



T.C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

**AKIL TEMELLİ NORMATİVİTE TEORİLERİ İLE HUKUKİ POZİTİVİZMİN
BAĞDAŞTIRILMASI**

(DOKTORA TEZİ)

YAHYA BERKOL GÜLGEÇ

BURSA - 2020



T.C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**AKIL TEMELLİ NORMATİVİTE TEORİLERİ İLE HUKUKİ POZİTİVİZMİN
BAĞDAŞTIRILMASI**

(DOKTORA TEZİ)

YAHYA BERKOL GÜLGEÇ

Danışman:

ALİ EMRE ZEYBEKOĞLU

BURSA - 2020

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığını ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih: 26.6.2020

İmza:



Adı Soyadı : Yahya Berkol Gülgeç
Öğrenci No : 711580011
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : ÖYP
Statüsü : Doktora



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 5/5/2020

Tez Başlığı / Konusu: Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam xiii + 674 sayfalık kısmına ilişkin, 5/5/2020. tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 5'tir.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç
- 3- 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.



5/5/2020

Adı Soyadı: Yahya Berkol Gülgeç

Öğrenci No: 711580011

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: ÖYP

Statüsü: ☐ Y.Lisans ☒ Doktora

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu



ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Yahya Berkol Gülgeç
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Bilim Dalı	: Anayasa Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora Tezi
Sayfa Sayısı	: xii + 677
Mezuniyet Tarihi	: .../.../2020
Tez Danışmanı	: Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu

AKIL TEMELLİ NORMATİVİTE TEORİLERİYLE HUKUKİ POZİTİVİZMİN BAĞDAŞTIRILMASI

Hukuki pozitivistizmin önemli eksiklerinden biri olarak hukukun normatifliğini açıklayamaması gösterilir. Çalışma bu eksikliğin rasyonalite temelli normativite teorilerinden faydalanarak giderilip giderilemeyeceğini sorgulamaktadır. Joseph Raz bir pozitivist olarak normativiteyi akıl tarafından tespit edilen davranış sebepleriyle açıklamaktadır. Raz'ın otorite temelli hukuki normativite anlayışı savunulabilir olsa da hukuki normativiteye ilişkin bütün soruları yanıtlamamaktadır. Bu nedenle otorite temelinde hukuki normativitenin açıklanabileceği kabul edilmelidir, ancak otorite anlayışının hukuki normativite için tek olasılık olduğu düşünülmemelidir. Hukuki pozitivistizmin benimsediği geçerlilik anlayışı olan sistemsel geçerlilik hukukun normatif yönünü aydınlatmakta eksik kalmaktadır. Bu nedenle de sistemsel geçerlilik anlayışının minimum aksiyolojik bir unsurla tamamlanması gerekmektedir. Bu unsur minimum bağlayıcılık şartıdır. Buna göre bir hukuk normunun varlığından bahsedebilmek için muhataplarının bu norma uymak için en azından belli bir davranış sebebi olması gerekir. Bu geçerlilik anlayışına aksiyon-sistemsel geçerlilik ismi verilebilir. Aksiyon-sistemsel geçerlilik bir hukuk sistemindeki normların geçerliliğini açıklamaya yönelir. Bununla birlikte, aksiyon-sistemsel geçerliliğin bir hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normunun geçerliliğini açıklaması mümkün değildir. Bu norm için aksiyon-olgusal geçerlilik anlayışı benimsenebilir. Sorgulanması gereken husus bağdaştırma projesinin ulaştığı bu iki geçerlilik anlayışının hukuki pozitivist iddialarla uyumlu olup olmadığıdır. Hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezi ve toplumsal olgu tezi olmak üzere iki temel tezi olduğu söylenebilir. Savunulan geçerlilik anlayışları ayrılabilirlik tezine uygun, ancak toplumsal olgu tezine aykırıdır. Dolayısıyla, ileri sürülen bağdaştırma kesinlikle doğal hukukçu bir nitelik taşımasa dahi ancak ayrılabilirlik tezi etrafında tanımlanabilecek geniş bir pozitivist teoriye vücut verebilir.

Anahtar Kelimeler: hukuki pozitivistizm, normativite, geçerlilik, bağlayıcılık, hukuk sistemi, otorite, dışlayıcı sebep, rasyonalite, ahlak, sağduyu

ABSTRACT

Name and Surname : Yahya Berkol Gülgeç
Institution : Social Sciences Institution
Field : Public Law
Branch : Constitutional Law
Degree Awarded : PhD
Page Number : xii + 677
Degree Date : ... / ... / 2020
Supervisor : Assistant Professor Ali Emre Zeybekoğlu

THE RECONCILIATION OF THE REASON-BASED THEORIES OF NORMATIVITY WITH LEGAL POSITIVISM

It is alleged that legal positivism falls short of explaining legal normativity and this is thought to be one of the fundamental deficiencies of the positivist theory. This study explores whether it is possible to remedy this shortcoming with the help of rationality-based theories of normativity. Joseph Raz explains legal normativity with reference to reasons for action recognized by the Reason. Although one can explain legal normativity based on Raz's authority-based understanding of normativity, this conception does not answer all questions pertaining to legal normativity. Therefore, one should concede that legal normativity can be explained by Raz's understanding of authority, but should not assume that this is all there is to legal normativity. Systemic validity, which is the understanding generally adopted by positivist theories, falls short of illuminating the normative dimension of law. Consequently, systemic validity needs to be supplemented with a minimum axiological element. This element is the condition of minimum binding force. Accordingly, in order to be able to speak of an existing norm, the addressees must have at least some reason to conform to the norm. This understanding of validity can be termed as the axio-systemic validity. The axio-systemic validity aspires to explain the conditions for the validity of the norms in a legal system. On the other hand, it cannot explain the validity of the hierarchically supreme norm of a legal system. The understanding of axio-factual validity can be adopted for the validity of the supreme norm. What needs to be questioned is whether these two understandings suggested by the reconciliation project are compatible with the basic tenets of legal positivism. Legal positivism can be said to have two basic tenets as the separability thesis and the social fact thesis. The defended understandings are compatible with the separability thesis but not with the social fact thesis. Therefore, the proposed reconciliation, though it definitely does not have the character of a natural law theory, can only lead to a wide positivist understanding which could be defined solely on the separability thesis.

Keywords: legal positivism, normativity, validity, binding force, legal system, authority, exclusionary reason, rationality, morality, prudence

ÖNSÖZ

“Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması” başlıklı bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu, Doç. Dr. K. Ahmet Sevimli, Doç. Dr. Sevtap Metin, Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Burcu Akbaba ve Dr. Öğr. Üyesi Engin Arıkan’dan oluşan jüri önünde savunulmuş ve başarılı bulunmuştur.

Öncelikle jürime katılmayı kabul eden sayın hocalarıma nezaket ve yapıcı eleştirileri için teşekkürü borç bilirim. Bu kapsamda tez danışmanlığımı üstlenen Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu’na minnettarlığımı ayrıca dile getirmem gerekir. Sayın hocam gerek çalışmanın yürütülmesi sırasındaki usuli engellerin aşılması, gerekse Bursa Uludağ Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri birimine sunduğu Doktora Tez Projesi ve yurt dışında araştırma yürütebilmem için sunduğu destekle bana her konuda destek olmuş, kapısını her daim açık tutarak telaşlı bir doktor adayının yüreğine su serpmiştir.

Çalışmamla ilgili araştırma yapmak amacıyla üç ay boyunca Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “Ziyaretçi Araştırmacı” unvanıyla ve TÜBİTAK Doktora Sırası Yurt Dışı Araştırma bursiyeri olarak bulundum. Ayrıca, Columbia Üniversitesi’nde gerçekleştireceğim araştırmayı danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre Zeybekoğlu ile birlikte bilimsel araştırma projesi olarak Bursa Uludağ Üniversitesi’ne sunduk. Sağladıkları maddi destek dolayısıyla TÜBİTAK ve Bursa Uludağ Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimine sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

TÜBİTAK ve Bursa Uludağ Üniversitesi’nin sağladığı destek bana Profesör Joseph Raz ile çalışma fırsatı sundu. Yurt dışında yürüttüğüm araştırmanın danışmanı olan Profesör Joseph Raz birlikte geçirdiğimiz süre içinde değerli vaktinden sayısız saati hukuk felsefesinin zorlu sorularıyla boğuşmakta olan bir doktor adayıyla tartışmak için ayırdı. Sayesinde kafamdaki pek çok soru işaretini giderdim ve tezimin temelini biraz daha sağlamlaştırabildim. Emekli olarak Columbia Üniversitesi’nden

ayrılmasından sonra dahi e-postalarım cevap veren, tezimin esaslı konuları hakkında beni aydınlatan Profesör Joseph Raz’a ömür boyu minnettar olacağım.

Bununla birlikte, Columbia Üniversitesi’ndeki araştırmam boyunca “Hukuki Yorum” (*Legal Interpretation*) seminerini takip etmeme müsaade eden ve Profesör Joseph Raz’ın emekliliğinin ardından resmî danışmanlığımı üstlenen R. Kent Greenawalt’a minnettarım. Ayrıca, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku” dersine katılım sağladığım Profesör Madhav Khosla’ya Columbia Üniversitesi’nde tezim dışındaki konularda da kendimi geliştirmeme önayak olduğu için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kemal Gözler daha önce yüksek lisans tezimin danışmanlığını yürütmüş, beni hukuk teorisi çalışmak yönünde teşvik etmiş ve doktora tezimin yazım sürecinde de her türlü konuda değerli görüşlerini benden esirgememiştir. Bu nedenle hocama minnettarlığımı sunmak isterim.

Çalışmalarda teşekkür edilmesi gereken gizli kahramanlar da olur. Bu kahramanlara her zaman atıflarla teşekkür edemezsiniz. Çalışmamı baştan sona okuyan, görüş ve eleştirilerini sunan, düzeltmeler öneren meslektaşım ve dostum Ar. Gör. Salih Taşdöğen’e teşekkür ederim. Benzer şekilde, zekâsı ve tecrübesine her daim güvendiğim, sabır, sağduyu, öneri ve eleştirileriyle eksiklerimi gizleyen Şeyma Olğun’a çok şey borçlu olduğumu belirtmek isterim. Tezimin son okumasını gerçekleştiren ve titizlikle çalışan Mehmet Öcal’a da ayrıca teşekkürlerimi iletirim.

Son olarak, bu çalışmayı ilk hocam, beni bilim ve matematikle tanıştıran, bilimsel düşüncenin esaslarını öğreten, bakış açısı ve fikirleri hayatımda her daim büyük önem arz etmiş olan sevgili babam İbrahim Gülgeç’e ithaf etmek isterim. Onun öğrencisi olmak benim için ifade edilemeyecek bir gurur ve övünç kaynağıdır.

Cihangir

3 Mart 2020

Yahya Berkol Gülgeç

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	iii
ÖZET.....	viii
ABSTRACT	ix
ÖNSÖZ.....	x
İÇİNDEKİLER.....	xii
KISALTMALAR CETVELİ.....	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM NORM, SEBEP, OTORİTE VE DIŞLAYICI SEBEP

I. NORM VE SEBEP.....	21
A. NORM KAVRAMI.....	22
B. NORM KATEGORİLERİ	26
C. EYLEM SEBEPLERİ VE NÖRMLAR.....	33
1. <i>Sebepl Kavramı</i>	34
2. <i>Sebepl Kategorileri</i>	36
a. Açıklayıcı Sebepl-Normatif Sebepl.....	36
b. Mükemmel Sebepl-Pro Tanto Sebepl.....	41
c. Epistemik Sebepl-Pratik Sebepl	46
d. Birinci Düzey-İkinci Düzey Eylem Sebepleri ve Dışlayıcı Sebepl	49
e. Dışsal Sebepl-İçsel Sebepl.....	52
f. Ahlakî Sebepl-Sağduyu Kaynaklı Sebepl.....	56
3. <i>Normlar ve Sebepl Arasındaki İlişki</i>	61
4. <i>Sebeplerin Tartılması ve Normatif Çatışma</i>	64
II. OTORİTE, DIŞLAYICI SEBEP VE HUKUKİ NÖRMATİVİTE	68
A. HUKUK KURALLARI VE DIŞLAYICI SEBEP.....	69
1. <i>Köken: Dışlayıcı Sebepl</i>	70
a. Dışlayıcı Sebeplerin Anlamı ve Fonksiyonu	70
b. Muhatabın Birinci Düzey Sebeplere Dayanmadan Karar Verdiği Örnekler	76
2. <i>Dışlayıcı Sebepl Olarak Hukuk Normları</i>	81
a. Otorite Kavramı	81
(1) Reddedilen otorite anlayışları.....	83
(2) Raz'ın otorite anlayışı.....	90
B. RAZ'IN DIŞLAYICI SEBEP VE OTORİTE DÜŞÜNCESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER	104
1. <i>Regan'ın Eleştirileri: Otoriteye İlişkin Gösterge Kural (Indicator-Rule) Anlayışı</i>	104
a. Gösterge Kural	106
b. Regan'ın Otorite Anlayışı.....	112
2. <i>Chaim Gans'ın Eleştirileri</i>	115

3. Edmundson ve <i>Practical Reason and Norms</i> 'un İkinci Baskısı	127
4. Postema-Raz Tartışması	135
a. Otonomi Tezi	135
b. Kaynak Tezinin Eleştirisi	138
c. Kaynak Tezinin Eleştirisi Hakkındaki Görüşümüz.....	140
d. Üstünlük Tezinin Eleştirisi	142
e. Raz'ın Cevabı.....	148
(1) Otonomi tezinin eleştirisi karşısında Raz'ın konumu.....	148
(2) Genel (generic) argüman ve eleştirisi	151
(3) Kaynak tezinin eleştirisine cevap	154
(4) Üstünlük tezinin eleştirisine cevap	156
5. Emran Mian'ın Eleştirileri: Otorite ve Dışlayıcı Sebep	161
a. Normal Gerekçelendirme Tezinin Eleştirisi	161
b. Koordinasyon Argümanının Eleştirisi.....	167
c. Yamalı Otorite Tezi.....	168
d. Dışlayamayan Dışlayıcı Sebepler	171
6. Perry'nin Eleştirileri.....	174
7. Shiner'in Eleştirileri	188
a. Gelişmiş (Sophisticated) Pozitivizm ve Eleştirisi	189
b. Fenomenolojik Argümanın Eleştirisi	190
c. Fonksiyonel Argümanın Eleştirisi	192
C. HUKUK KURALLARININ DIŞLAYICI SEBEP NİTELİĞİNE İLİŞKİN NİHAİ DEĞERLENDİRME	194
İKİNCİ BÖLÜM.....	200
GEÇERLİLİK VE NORMATİVİTE.....	200
I. OLGUSAL GEÇERLİLİK.....	202
A. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN ANLAMİ.....	203
B. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN BELİRLEYİCİSİ.....	205
C. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN VE YARGI FETİŞİZMİNİN ELEŞTİRİSİ	208
1. <i>Olgusal Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi</i>	208
2. <i>Yargı Fetişizminin Eleştirisi</i>	210
II. AKSİYOLOJİK GEÇERLİLİK	217
A. RADBRUCH FORMÜLÜ VE ELEŞTİRİSİ	217
1. <i>Formül</i>	218
2. <i>Formülün Eleştirisi</i>	225
a. Hart'ın Eleştisi	226
b. Fuller'in Yanıtı.....	229
B. FULLER VE HUKUKUN İÇSEL AHLAKI	231
C. ROBERT ALEXİ'NİN GEÇERLİLİK ANLAYIŞI.....	245
1. <i>Gözlemcinin Bakış Açısı</i>	246
2. <i>Katılımcının Bakış Açısı</i>	254
a. Doğruluk Argümanı	255
b. Adaletsizlik Argümanı	268

c.	İlkeler Argümanı (Argument From Principles)	274
(1)	İncealım (Incorporation) Tezi	280
(2)	Ahlakilik Tezi.....	285
3.	<i>Eleştiriler</i>	289
a.	Raz-Alexy Tartışması.....	289
(1)	Alexy'nin ayrılabilirlik tezi anlayışına karşı.....	289
(2)	Gözlemciler ve katılımcılar hakkında.....	297
(3)	Doğruluk iddiası hakkında	303
(4)	Adalet (adaletsizlik) argümanı hakkında	308
(5)	İlkeler argümanı hakkında.....	311
b.	Bulygin-Alexy Tartışması	313
(1)	Doğruluk iddiası: Bulygin'in eleştirileri ve Alexy'nin yanıtları	313
(2)	Hukuk ve ahlak arasındaki tanımlayıcı ve niteleyici ilişki: Eleştiri ve yanıtlar	317
c.	Hukuk İddia Etmez: MacCormick-Alexy Tartışması	321
d.	Marvel Cooke ve Sağduyunun Dışlandığı Eleştirisi	328
e.	John Gardner: Hukukun İddia Edebilirliği ve İddiasının İçeriği	330
(1)	Hukuk iddia edebilir mi?.....	330
(2)	Doğruluk iddiasına karşı	338
(3)	Zorunlu bağlantı tezine karşı.....	339
(4)	Alexy'nin yanıtları.....	341
III.	SİSTEMSEL GEÇERLİLİK	344
A.	WRÓBLEWSKI'NİN SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞI	347
1.	<i>Sistemsal Geçerliliğin Şartları</i>	348
2.	<i>Sistemsal Geçerliliğe Göre Hukuk Sistemi İnşaları</i>	358
B.	SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞINA YÖNELTİLEN GENEL ELEŞTİRİLER.....	360
C.	HANS KELSEN VE H. L. A. HART'TA SİSTEMSEL GEÇERLİLİK	386
1.	<i>Saf Hukuk Kuramında Sistemsal Geçerlilik</i>	386
a.	Tekil Hukuk Kurallarının Geçerliliği	387
b.	Temel Norm Kavramı ve Eleştirisi	389
(1)	Genel olarak temel norm.....	389
(2)	Temel normun içeriği.....	391
(3)	Temel normun üç fonksiyonu	398
c.	Kelsen'in Sistemsal Geçerlilik Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler.....	400
(1)	Varsayım olarak temel normdan kurgu olarak temel norma: Kendisiyle gelişen temel norm.....	400
(2)	Saf hukuk kuramının ikna edici olmayan aşkın argümanı	404
2.	<i>Hart'ın Sistemsal Geçerlilik Anlayışı</i>	409
a.	İlkel Toplum, Hukuk Sistemi ve Kurallar	409
b.	Tanım Kuralı, Niteliği ve Fonksiyonu.....	415
c.	Hukuk Kuralı ve Hukuk Sisteminin Geçerliliği.....	420
d.	Hart'ın Sistemsal Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi.....	421

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BAĞLAYICILIK KAVRAMI VE BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST
NİTELİĞİ

I. İKİ BAĞLAYICILIK.....	444
A. GÜÇLÜ ANLAMDA BAĞLAYICILIK.....	450
1. <i>Yükümlülük Kavramı</i>	453
2. <i>Bir Karşılaştırma: Yükümlülük ve Güçlü Anlamda Bağlayıcılık</i>	462
3. <i>Güçlü Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik</i>	470
a. Hukukun Ahlaki Eleştirisinin İmkânsızlığı	473
b. İrrasyonel Muhatabın Eleştirisinin İmkânsızlığı.....	476
c. Geçerliliğin Görelileştirilmesi	482
B. ZAYIF ANLAMDA BAĞLAYICILIK.....	483
1. <i>Pratik Fark Tezi (The Practical Difference Thesis)</i>	486
2. <i>Zayıf Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik</i>	496
a. Minimum Bağlayıcılık Şartı	496
b. Aksiyo-Sistemsal Geçerliliğin Üç Avantajı.....	505
(1) İmkânsız ve zorunlu davranışlar	507
(2) Anlamsız ifadelerin norm niteliği.....	512
(3) Tasvirî içeriğe sahip olan normların geçersizliği	513
c. Hukuk Sisteminin Geçerliliği	515
II. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ ÜZERİNE	541
A. AYRILABİLİRLİK TEZİ VE BAĞDAŞTIRMA PROJESİ	544
1. <i>Ayrılabilirlik Tezinin Anlamları</i>	544
a. Hukukun Belirlenmesi Açısından	545
b. Metodolojik veya Epistemolojik İlişkiler Açısından	548
c. Meşrulaştırma İlişkileri (Justificatory Relations) Açısından.....	548
d. Fonksiyonel İlişkiler Açısından	551
e. Nedensel İlişkiler Açısından.....	551
f. Psikolojik İlişkiler Açısından.....	555
g. İçerik Açısından	555
h. Yapısal İlişkiler Açısından	556
i. Ahlaki Değerlendirmelerin Zorunluluğu Açısından	557
j. Değerlendirme İlişkisi Açısından.....	558
k. Semantik İlişkiler Açısından.....	559
2. <i>Ayrılabilirlik Tezi ve Hukuki Pozitivizm: Hangi Tez?</i>	564
a. Joseph Raz ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi.....	565
b. John Gardner ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi	575
c. Jules Coleman ve Ayrılabilirlik Tezi	584
3. <i>Bağdaştırmanın Ayrılabilirlik Tezine Uygunluğu</i>	596
B. TOPLUMSAL OLGU TEZİ VE BAĞDAŞTIRMA PROJESİ.....	602
1. <i>Toplumsal Olgu Tezinin Anlamı</i>	603
2. <i>Bağdaştırmanın Toplumsal Olgu Tezine Uygunluğu</i>	617
C. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ HAKKINDA NİHAİ TESPİTLER.....	623

SONUÇ	627
KAYNAKÇA	649
ÖZGEÇMİŞ	674



KISALTMALAR CETVELİ

Kısaltma	Anlamı
bkz.	Bakınız
<i>Ibid.</i>	Aynı eser/yer
<i>op. cit.</i>	Adı geçen eser
<i>passim</i>	Eserin bütününe atıf
s. / ss.	Sayfa/sayfalar
ed.	Editör
çev.	Çeviren
örn.	Örneğin
vb.	Ve benzeri
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
AB	Avrupa Birliği

GİRİŞ

Giriş kısmında üç temel amacımız bulunmaktadır: 1) Genel olarak tez konumuzun kısa bir sunumunu gerçekleştirmek, 2) tez bölümlerinin içeriğine ilişkin bilgilendirme yapmak ve 3) çalışma boyunca geçerliliği sorgulanmayan temel varsayımlara yer vermek. Bu anlamda temel sorunsalımız girişin ilk kısmında sunulacak, çalışmayı hangi soruyu yanıtlamak için gerçekleştirdiğimiz ortaya konacaktır.

Düşünsel çalışmalar çoğu zaman gizli temeller üzerinde yükselir. Bu temellerin gizli kapaklı kalması, farklı varsayımlara dayanan araştırmacıların sunulan tezi doğru anlamamasına veya tezi ileri süren araştırmacının tartışmalı varsayımlara dayanarak eleştirilenler karşısında haksız bir avantaj elde etmesine neden olabilmektedir. Bu gizli temeller kimi zaman eleştiriler neticesinde ortaya çıkarılabilmekte, kimi zamansa gizli kalmaktadır. Sanıyoruz akademik dürüstlük ve gerçeğin ortaya çıkarılması adına bu çalışmada sorgulamadan kabul ettiğimiz temellerin açıkça belirtilmesinde fayda olacaktır. Bir ihtimal tezimizin sıhhati de bu temellerin doğruluğuna bağlı olabilir. Biz dayandığımız varsayımların sıhhatinin tezimizin sıhhatine etki edip etmediğine sonuç bölümünde değineceğiz.

Giriş kısmında son olarak çalışmanın bölümlerinin detaylı bir portresini sunacağız. İçerikte yer alan hususlar ve ulaşacağımız sonuçlara kısaca yer vereceğiz. Bununla birlikte yer verilebilecek olmakla birlikte çalışmada değinilmemiş sorun veya bakış açıları ile çalışmanın sorgulamadan kabul ettiği temel varsayımlara ilişkin açıklamalar da yapacağız ki tezin kapsamının niçin bu biçimde sınırlandırıldığı anlaşılabilirsin.

Gereklikler insan hayatının pek çok alanında boy gösterir. Kişinin işe gitmesi, temizlik yapması, sigarayı bırakması, kilo vermesi veya tezini bitirmesi gerekir. Bunun yanında, dinler kişinin iyi bir mümin olmasını gerektirir. Ahlak saygıyı ve dürüstlüğü

talep eder. Yapmamız gerekenler hayatımızı çepeçevre sarmıştır. Felsefe ise bu gerekliliklerden hangilerinin gerçek anlamda birer olması gereken olduğunu belirlemeye, bunlar arasındaki üstünlük veya öncelik ilişkilerini belirlemeye gayret eder.

Gereklilik iddiası hukukta da mevcuttur. Joseph Raz'ın deyimiyle hukukun bir meşruiyet ve otorite iddiası bulunur¹. Bu meşruiyet ve otoriteye dayanan genelde hukuk sistemi ve özelde de hukuk normu insan eylemine ilişkin gereklilikler bildirir. En azından hukuk teorisyenleri, dogmatik hukukçular ve hukuk uygulayıcıları hukuk kuralının normatif bir güce sahip olduğunu varsayarak hareket eder. Pozitivist hukuk teorileri de bu açıdan farklı değildir. Yükümlülük, aykırılık, ihlal, vazife gibi normatif içerikli kavramların pozitivist teorisyenlerce de kullanıldığını görmekteyiz².

Normativite çoğunlukla temeli rasyonalite ve sebeplere (*reason*) dayandırılarak açıklanmaya çalışır. Normativite teorisinin bu yönde gelişimi bazı yazarlarca eleştirilse de³, günümüzde baskın eğilimin bu yönde olduğunu reddedemeyiz. Akıl temelli teoriler olarak adlandırabileceğimiz bu teoriler, normativitenin ifade ettiği gerekliliğin insan aklından kaynaklandığını, normativitenin rasyonalite ile temellendirilebileceğini iddia eder. Öte yandan, pozitivist hukuk teorilerinin pek çoğunda -en azından klasik pozitivist teoriler olarak adlandırabileceğimiz Austin, Hart ve Kelsen'in teorilerinde- insan aklı ve rasyonalite kavramlarına bir atıfta bulunulmamaktadır. Bu da akla pozitivist teorilerin hukuki normativiteyi nasıl açıkladığı sorusunu getirmektedir.

Kanımızca bir olması gereken ihtiva ettiği düşünülen hukuk normunun niçin tam anlamıyla bir gereklilik arz ettiği, bu gerekliliğin tam olarak ne anlama geldiği ve hukuka uyması gerektiği iddia edilen kişiden beklenenin ne olduğu gibi konular pozitivist hukuk teorileri tarafından genellikle göz ardı edilmiştir. Doğal hukukçu teorisyenler, hukuki pozitivizmin hukuki normativiteyi açıklayamayacağı iddiasını

¹ Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 111-112.

² Giorgio Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, S. 190 (2014), s. 202.

³ Örn. bkz. Judith Jarvis Thomson, *Normativity*, Chicago: Open Court, 2010, ss. 125-126.

gündeme getirirler⁴. Bu eleştirinin en büyük sebebi hukuki pozitivizmin kaynak tezine (*sources thesis*) bağlılığıdır. Kaynak tezi, en genel tanımıyla, hukukun kaynaklarının ne olduğunun salt toplumsal olgulara bakılmak suretiyle belirleneceğini ifade eder⁵. Çalışmamızın verili kabul ettiği hususlardan bir tanesi olgulardan norm türetilmeyeceğini vurgulayan, olan-olması gereken düalizmidir. Hem Immanuel Kant hem de David Hume tarafından benimsenmiş olan⁶ pratik felsefenin bu temel ilkesi, kaynak tezine bağlılığını sürdüren hukuki pozitivizmin hukuki normativiteyi açıklamasını güçleştirmektedir. Eğer hukukun ne olduğu salt toplumsal olgular (*social facts*) dikkate alınarak belirlenebilirse, hukuki pozitivizm olgular yoluyla belirlenen hukuk kurallarının nasıl ve hangi şartlar altında norm niteliği taşıyabileceğini ortaya koymalıdır. Bu ise zannımızca genel olarak hukuka uyma yükümlülüğünün bulunduğu gösterilerek gerçekleştirilebilir⁷. Ancak, pek çok düşünür muhataplarının genel olarak, yani özel durumun gerekleri gözetilmeksizin, hukuka uyma yükümlülüğü bulunduğu düşüncesini reddetmektedir⁸. Hukuka uymak yönünde mutlak bir yükümlülüğümüz bulunmadığı konusunda genel bir fikir birliği bulunmaktadır⁹. Biz de bu çalışmada genel olarak hukuka uyma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul edeceğiz.

Çalışmamız hukuki pozitivizmin normativiteyi akıl kaynaklı eylem sebepleriyle açıklayan gelenekle ne ölçüde bağdaştırılabileceğini sorgulamaktadır. Temel olarak iki tür normativiteden bahsedeceğimizi söyleyebiliriz. Bunlardan ilkinin “özel güç tezi” olarak adlandırabiliriz. Bu tez Joseph Raz’ın meşru otorite kavramına dayanarak hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil ettiği düşüncesine dayanır. Buna göre, “normal gerekçelendirme tezinin”¹⁰ (*normal justification thesis*) gereklerini sağlayan, meşru bir

⁴ Stefano Berteau, “A Problem for the Unambitious View of Legal Normativity”, *Revus*, S. 37 (2019), ss. 9-10.

⁵ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979, ss. 46-47.

⁶ Bununla birlikte, Hume’un kimi zaman bu ilkeyi ihlal ettiği iddia edilmektedir. Bkz. John Finnis, “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *American Journal of Jurisprudence*, C. 52, S. 1 (2007), s. 45.

⁷ Burada iddiamız hukuki normativitenin yalnızca bu şekilde açıklanabileceği değildir. Vurgulamak istediğimiz hukuku yaratan toplumsal olguların her zaman norm yaratmasının olgular dışında bir referans kullanmadan açıklanabilmesinin ancak bu şekilde mümkün olduğudur.

⁸ Örn. bkz. William A. Edmundson, *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, ss. 7 vd.; Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 47; M.B.E. Smith, “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?”, *The Yale Law Journal*, C. 82, S. 5 (1973), ss. 950-976.

⁹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 233.

¹⁰ Kavramın çevirisinde Halit Uyanık’ı takip ettik. Bkz. Halit Uyanık, *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz’da Otorite Olarak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 164.

otoritenin kuralları muhataplarına özel nitelikte bir “eylem sebebi” (*reason for action*)¹¹ sağlayacaktır¹². Bu tür eylem sebepleri bir yandan muhatapların sahip olduğu belli sebeplere dayanarak hareket etmelerinin önüne geçerken, bir yandan belli bir eylem lehine birinci düzey eylem sebebi sağlar¹³. Raz bu tür sebeplere “korunan sebepler” (*protected reasons*) ismini vermektedir¹⁴.

Ancak, hukuk kuralları her zaman normal gerekçelendirme tezinin gereklerini sağlayamayabilir. Hatta Raz’a göre *de facto* otorite tarafından ihdas edilen hukuk kuralları çoğu zaman muhatapları açısından dışlayıcı sebep niteliği taşımayacaktır. Bunun nedeni otoritelerin çoğu zaman meşru otorite niteliği taşımayacak olmasıdır¹⁵. Bu durumda hukuk kurallarının bu özel normatif güce ve role sahip olmadığı durumlarda bu kuralların normatifliğinin nasıl açıklanacağı yahut bu kuralların norm niteliği taşıyıp taşımayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bir ihtimal, dışlayıcı (*exclusionary*) güç taşımayan hukuk kurallarının normativitesi ikinci düzey eylem sebepleriyle değil de birinci düzey eylem sebepleriyle açıklanabilir. Bu durumda ise hukuk teorisinin temel kavramlarından geçerlilik ve bağlayıcılığı incelemek, bu ikisinin birbiriyle ilişkisine karar verdikten sonra özel normatif güce sahip olmayan hukuk kurallarının norm niteliğini eylem sebeplerine dayanarak açıklayabilmek gerekecektir.

Geçerlilik, bağlayıcılık ve eylem sebepleri üzerinden gerçekleştirmeye çalıştığımız bağdaştırma projesine ilişkin tartışılması gereken son husus bu bağdaştırmadan yola çıkan bir teorinin pozitivist bir teori olup olmadığıdır. Esasen pozitivistin ne olduğu ve pozitivistlerin tam olarak hangi tezlere bağlı kaldığı tam olarak belli değildir¹⁶. Biz pozitivistin minimum içeriği olarak görülebilecek tezleri belirleyip, bağdaştırma tezinin pozitivist olarak görülüp görülemeyeceğini buna göre belirleyeceğiz. Böylelikle normativiteyi akıl temelli teorilerle açıklayan bir hukuki

¹¹ “*Reason for action*” ifadesinin çevirisinde de Halit Uyanık’ı takip ettik. Bkz. *ibid.*, s. 84.

¹² Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 22.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, s. 18.

¹⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1988, ss. 79-80. Ayrıca bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm*, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 58.

¹⁶ Örneğin John Gardner hukukî pozitivistlerin tek bir ortak teze sahip olduğunu ve diğer konularda hemfikir olmadığını belirtmektedir. Bkz. John Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, S. 46 (2001), ss. 200-201. Buna karşılık, Matthew Kramer pozitivist teorilerin bağlı olduğu ayrılabilirlik tezinin Gardner ve Coleman gibi yazarların kastettiğinden çok daha geniş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Matthew H. Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, S. 17 (2004), ss. 319, 321.

pozitivizmin mümkün olup olmadığını tespit etmiş olacağız. Analiz ve tartışmaların neticesinde ulaşacağımızı düşündüğümüz sonuç bağdaştırma projesinin vazgeçilmez pozitivist tezleri mümkün olan en az düzeyde ihlal edecektir. Ancak, ihlal az da olsa ihlaldır. Bu nedenle de bağdaştırma projesinin hukuk teorileri spektrumunun hangi aralığında yer aldığını tespit etmemiz gerekecektir.

Bu noktadan sonra sırasıyla çalışmamızda yer alan bölümleri ve bu bölümlerde ele alacağımız konuları sunacağız. Çalışmamız “Norm, Sebep, Otorite ve Dışlayıcı Sebep”, “Geçerlilik ve Normativite” ve “Bağlayıcılık Kavramı ve Bağdaştırmanın Pozitivist Niteliği” bölümlerinden oluşmaktadır.

Normativiteyi eylem sebepleriyle açıklama iddiasındaki bir çalışmanın norm ve eylem sebebi kavramlarıyla açılmasının kaçınılmaz olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte, bu genel kavramlara ilişkin tartışmaları uzatmanın asıl tartışmayı gölgede bırakabileceğinden çekiniyoruz. Dolayısıyla, çalışmamızın “Norm ve Sebep” alt başlığında norm ve eylem sebebi kavramlarına genel bakışımızı yansıtmakla yetineceğiz. Bu kısımda normun anlamı, eylem sebepleri ve türleri ile norm-eylem sebebi ve akıl (*Reason*)-sebep (*reason*) arasındaki ilişki gibi konulara değineceğiz.

Bu bölümdeki “Otorite, Dışlayıcı Sebep ve Hukuki Normativite” alt başlığı hukuki normativitenin özel gücü olarak Joseph Raz’ın otorite ve dışlayıcı sebep teorisine odaklanacaktır. Otorite temelli hukuki normativite belli şartlar altında hukuk kurallarının iki rolü üstlenebileceğini gösterir: 1) Hukuk kuralları muhataplarına daha önceden sahip olmadığı eylem sebepleri sağlayarak pratik açıdan fark yaratır. Pratik fark tezi hukukun normatif olabilmesi için muhataplarının sahip olduğu eylem sebeplerinde veya bu eylem sebeplerinin değerlendirilmesinde değişikliğe yol açması¹⁷ gerektiğini ileri sürer¹⁸. Bu anlamda Raz’ın normal gerekçelendirme tezinin gereğini

¹⁷ İfadeyi olduğundan daha karmaşık hâle getirmemek için “değişikliğe yol açmak”tan bahsediyoruz. Ancak, mühim olan söz konusu değişikliğin olgusal anlamda gerçekleşmesi değil, doğru değerlendirmede değişiklik meydana gelmesidir. Dolayısıyla, söz konusu değişiklik olgusal değil, normatif bir anlama sahiptir.

¹⁸ Jules L. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, C. 4, S. 4 (1998), s. 402; Wil Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, S. 6 (200), s. 46; Kenneth Einar Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, C. 6, S. 1 (2000), s. 38; José Juan Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Dritto & Questioni*, S. 1 (2001), s. 115. Bununla birlikte, pratik fark tezinin ileri sürdüğü şartın sisteme ait bütün hukuk kuralları tarafından sağlanması gerekip

yerine getiren kurallar pratik fark tezinin şartlarını da sağlayacaktır. Eğer bir muhatap sahip olduğu eylem sebeplerine ilişkin bir başkasının değerlendirmesine uyduğunda, sahip olduğu eylem sebeplerine daha iyi uyacaksa kendi değerlendirmesine göre hareket etmekten kaçınmalıdır¹⁹. 2) Otoritatif direktifler yalnızca muhataplarına yeni bir eylem sebebi sunmakla kalmaz, aynı zamanda muhatapların sahip olduğu eylem sebeplerinin doğru değerlendirilmesinde de değişikliğe yol açarlar. Raz’a göre, normal gerekçelendirme testini geçen bir otoritatif direktif muhatap açısından dışlayıcı sebep teşkil eder. Buna göre, muhatabın kural tarafından dışlanan eylem sebeplerine dayanarak hareket etmekten kaçınması gerekir²⁰.

Hukuk kurallarının özel normatif gücünü ele alacağımız bu alt başlıkta hukuk kurallarının hangi durumda dışlayıcı sebep niteliği taşıyacağını tartışacağız. Dışlayıcı sebeplerin anlamını ele aldıktan sonra hukuk kurallarının dışlayıcı sebep niteliğini tartışacağız.

Hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil edebilmesi için otoritenin meşru olması gerektiğini, daha doğrusu hukuk kuralının normal gerekçelendirme testini geçmesi gerektiğini söylemiştik. Bu bağlamda ilk olarak otorite kavramına değinmemiz gerekir. Joseph Raz’ın reddettiği otorite anlayışlarına yer verdikten sonra benimsediği otorite anlayışını ele alacağız. Raz otoriteyi “bağımlılık tezi”, “normal gerekçelendirme tezi” ve “üstünlük tezi” olmak üzere üç tezle açıkladığından, bu tezlerin anlamlarını ortaya koyacağız.

Bir sonraki amacımız Raz’ın otorite ve dışlayıcı sebep teorisine eleştirileri ele almak ve teorinin bu eleştiriler karşısında ayakta kalabildiğini göstermektir. Bu başlığın en detaylı kısmı burası olacaktır. Eleştirileri ve Raz’ın yanıtlarını kendi bakış açımızı da sunmaya gayret ederek ele alacağız. Değineceğimiz eleştiriler arasında Donald Regan, Chaim Gans, William Edmundson, Gerald Postema, Emran Mian, Stephen Perry ve Robert Shiner’in çalışmaları bulunmaktadır. Netice itibariyle, eleştirilere rağmen Raz’ın

geremediği tartışmalıdır. Örn. bkz. Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 76. Biz bu konuya ileride tekrar döneceğiz.

¹⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 53.

²⁰ Dışlayıcı sebebe ilişkin olarak bkz. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1999, ss. 39 vd.

otorite temelli hukuki normativite anlayışının niçin savunulabilir olduğunu, eleştirilerin eksiklerine dikkat çekerek göstermeye çalışacağız.

Hukuki normativitenin özel görünümünü ele aldıktan sonra meşru olmayan otoritenin direktiflerinin normatifliğini inceleyeceğiz. Bunun incelenebilmesi için ilk olarak geçerlilik kavramını ele almamız gerekir. Nitekim geçerlilik bir normun varlığıdır. Var olan norm ise bir beşerî eylem hakkında olması gereken ifade eder. Dolayısıyla, bir normun geçerliliğinin şartlarını belirlemek demek, normun ifade ettiği gerekliliğin şartlarını, neyin bir olması gereken ifade edip neyin etmeyeceğini belirlemek demektir. Elbette bizim bu kısımda geçerliliğiyle ilgilendiğimiz normlar hukuk normlarıdır.

“Geçerlilik ve Normativite” başlığı altındaki temel iddiamız hukuki geçerliliğin esas itibariyle sistemsel geçerliliği ifade ettiği, ancak sistemsel geçerliliğin tek başına hukukun normativitesini açıklamaya yetmeyeceği ve bu formülasyona saf olmayan bir bileşen eklenmesi gerektiğidir. Görüleceği üzere bu bileşen minimum düzeyde olacaktır. Yine de bu saf olmayan unsurun doğal hukukçu aksiyolojik geçerlilik anlayışından önemli bir farkı vardır. Doğal hukukçu aksiyolojik geçerlilik hukuk kuralının ahlaka uygunluğuyla ilgilenmekle yetinirken, biz geçerliliği genel olarak minimum rasyonalite şartına bağlayacağız. Minimum rasyonaliteden kastımız ise sistemsel açıdan geçerli olan normun ahlaki veya sağduyu kaynaklı minimum bir bağlayıcılığa sahip olmasıdır.

Hukukun temel kavramlarından geçerliliğe ilişkin hukuk teorisinde üç farklı temel yaklaşım olduğundan bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla aksiyolojik, sistemsel ve olgusal geçerlilik anlayışlarıdır. Aksiyolojik ve sistemsel geçerlilik anlayışları sırasıyla doğal hukukçu ve pozitivist teorilerin benimsediği temel anlayışlar olarak hukuki normativiteyi açıklamak iddiasındadır. Bununla birlikte, olgusal geçerlilik anlayışı hukukun normatif yönünü ihmal eder ve bu yönü açıklanması gerekmeyen, metafizik bir konu olarak ele alır. Detaylı olarak incelenecek olan aksiyolojik ve sistemsel geçerlilik anlayışlarından önce İskandinav realizminin temsilcilerinden Alf Ross’un görüşleri doğrultusunda olgusal geçerlilik anlayışına kısaca değineceğiz. Bu değiniyle başarmayı amaçladıklarımızı şu şekilde sıralayabiliriz: 1) Alf Ross’un geçerlilik

anlayışının niçin hukuki normativiteyi açıklama niyetinde olan bir çalışma için esas alınamayacağı ve 2) Alf Ross'un "olasılık olarak geçerlilik" anlayışının dayandığı etkililik kavramı ile pozitivist hukuk teorilerindeki etkililik kavramı arasındaki farkın ortaya konulması. Bu ikinci amaç çalışmamız açısından önemlidir. Nitekim görüleceği gibi bağdaştırma projesi iki farklı geçerlilik anlayışını gerektirecek ve bunlardan bir tanesi etkililik olarak geçerlilik düşüncesinden beslenecektir. Ancak, bu anlamdaki etkililik Ross'un olasılıksal etkililiği değil, tarihî olguların gözlemlenmesine dayanan etkililik anlayışıdır.

Bu kapsamda öncelikle Alf Ross'un geçerlilikten ne anladığı ortaya konacak ve olasılık olarak geçerlilik kavramı incelenecektir. Sonrasında Alf Ross'un geçerliliğin belirleyicisi olarak hâkimlere biçtiği rolden bahsedeceğiz. Ross'un teorisinin eleştirisini sunacağımız kısımdaysa iki iddiamız olacak: 1) Olasılık olarak geçerlilik anlayışı hukuki işlemin varlığını olasılık şeklinde ifade ettiği için kabul edilebilir değildir ve 2) hâkimlere yapılan vurgu diğer hukuk uygulayıcıları ve özel kişilerin hukuk sistemi açısından oynadığı önemli rolleri göz ardı etmekte, bu ihmal Ross'un teorisini yargı fetişisti hâline getirmektedir.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışı bir normun geçerliliğini sistem dışı, aşkın bir kaynağa uygunluğu üzerinden değerlendirir. Doğal hukuk teorilerinde bu aşkın kaynak genellikle ahlaktır. Doğal hukukçu gelenekten beslendiği söylenebilecek olan çağdaş anti-pozitivist (*anti-positivist*) veya pozitivist olmayan (*non-positivist*) akım, ahlaki doğruluk ile hukuki geçerlilik arasında eşikli ve negatif bir ilişki kurar. Bir başka deyişle, hukuk kuralının geçerli olabilmesi için ahlaka uygun olması gerekmez. Bununla birlikte, ahlaka belli bir eşiğin üzerine çıkan düzeyde aykırı olan hukuk kuralları geçerliliğini yitirir²¹.

Bu kısımda aksiyolojik geçerliliği savunan bütün görüşleri ele almamız mümkün değildir. Ancak aksiyolojik geçerlilik anlayışının çağdaş savunusunun bu anlayışın en güçlü versiyonu olduğunu varsayarak bu gelişmiş türlerin eleştirisini sunmak

²¹ Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, C. 1, S. 5 (Ağustos 1946), s. 107; Robert Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, çevirenler: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Oxford University Press (2004), s. 47.

niyetindeyiz. Bazı genel açıklamalarda bulunduktan sonra sırasıyla Gustav Radbruch tarafından geliştirilen formülü, Lon L. Fuller tarafından savunulan hukukun içsel ahlakını ve Robert Alexy'nin “doğruluk iddiası”ndan (*claim to correctness*) yola çıkarak geliştirdiği Radbruch formülü savunmasını ele alacağız. Bu kısımda aksiyolojik geçerlilik anlayışına dair en detaylı biçimde ele alacağımız görüş Robert Alexy'ye aittir. Bunun nedeni hem Alexy'nin Radbruch formülünün basit bir savunusunu gerçekleştirmekten öteye geçmiş olması hem de, görebildiğimiz kadarıyla, düşünürün görüşünün doktrinde çok önemli yankılarının olmasıdır.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışının genel sorunlarından bahsetmeyecek değiliz. Bununla birlikte, bu kısımda sunduğumuz eleştiri ve ileri sürdüğümüz argümanların aksiyolojik geçerlilik anlayışını bütünüyle reddetmeyi amaçladığı söylenemez. Hatta bizim en nihayetinde benimseyeceğimiz geçerlilik anlayışı da aksiyolojik bir unsur taşıyacaktır. Bu kısımdaki amacımız incelemeye konu teorilerin hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasındaki zorunlu bağı göstermekte başarısız olduğudur.

Radbruch formülünü ele aldığımız kısımda Radbruch'un hukuk düşüncesinin ve formülünün kısa bir sunuşundan sonra, Hart'ın bu formüle eleştirilerini ele alacağız. Daha sonrasında ise Fuller'ın Hart'a verdiği yanıtı, yani Hart-Fuller tartışması olarak bilinen fikir teatisine değineceğiz. Radbruch formülü en genel ifadesiyle şunu ifade eder: Bir hukuk kuralı tahammül edilemeyecek düzeyde bir adaletsizliğe yol açıyor veya baştan itibaren adalete ulaşmayı amaçlamıyorsa geçerli kabul edilemez²².

Hart'ın detaylı eleştirisine haksızlık ederek bu eleştirinin bizim açımızdan can alıcı noktasını vurgulayacak olursak, bir hukuk kuralının geçerliliği ile bağlayıcılığını ayırtmak gerekir. Buna göre, uyulmaması gereken bir hukuk kuralı yine de bir hukuk kuralı olabilir²³. Bu noktada karşımıza hukukun geçerliliği ve bağlayıcılığının ayrıştırılması çıkmaktadır²⁴.

²² Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, ss. 107-108. Bununla birlikte, baştan itibaren adalete yönelmeyip, eşitsizliği amaçlayan bir hukuk kuralının durumu biraz daha farklıdır. Radbruch'a göre bu tür normlar iptal edilebilir değildir. Baştan itibaren geçersiz olurlar (*ibid.*).

²³ Herbert Lionel Adolphus Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4 (Şubat 1958), s. 620.

²⁴ Aşağıda geçerlilikle bağlayıcılığın tamamen ayrıştırılmasının mümkün olmadığına değineceğiz. Hart'ın kastettiği bağlayıcılık bizim “güçlü anlamda bağlayıcılık” ismi vereceğimiz bağlayıcılık türüne denk

Hart-Fuller tartışması Radbruch'un pozitivizmden doğal hukukçuluğa²⁵ evrildiği sahne olan Nazi dönemi hukuk sistemi özelinde cereyan eder. Fuller Hart'ın eleştirilerinin temel eksikliğinin Nazi dönemindeki uygulamaların gerçek niteliğinden bihaber olması ve bu dönemde "hukuka bağlılık olarak hukuk" anlayışını anlamlı kılan bir hukukun hâlâ yürürlükte olduğunu varsaymasıdır²⁶. Fuller'ın Hart'ın eleştirilerine yanıtı esasen bir sonraki alt başlıkta ele alacağımız hukukun içsel ahlakı düşüncesine dayanır.

Hukukun içsel ahlakı hukukun amacı dikkate alınmaksızın anlaşılamayacağını savunur²⁷. Buradaki ahlak, hukuk kuralının içeriğinin yöneldiği amaç değil, bir topluluğun hukuka sahip olma amacıdır. Bu anlamda hukuk insan eylemini kurallara tabi kılma girişimi olarak anlaşılabilir²⁸.

Hukuk kurallarının içsel ahlakı Fuller'ın saydığı sekiz ilke ile güvence altına alınır. Bu ilkeler sırasıyla genellik, neşir (*promulgation*) zorunluluğu, geçmişe dönük kural yasağı, kanunların açıklığı (*clarity of laws*), kuralların çelişkiden beri olma gerekliliği, *impossibilium nulla obligatio est* ilkesi, kanunların içeriğinin zaman karşısındaki istikrarı, duyurulan kural ve memurların eyleminin uyumlu olması gerekliliği olarak sayılabilir. Bu kısımda bu gereklilik ve ilkeler kısaca açıklanmaktadır.

gelir. Kanımızca bu tür bağlayıcılık ile geçerlilik tamamen ayrıştırılabilir. Bununla birlikte, "zayıf anlamda bağlayıcılık" ismini vereceğimiz ve nihai formülasyonumuzda geçerliliğin minimum bağlayıcılık şartını teşkil edecek olan bağlayıcılık ile geçerlilik arasında kavramsal ve zorunlu bir ilişki olduğunu iddia edeceğiz.

²⁵ Radbruch benimsediği formül dolayısıyla bir doğal hukukçu olarak adlandırılacaksa, bu doğal hukukçuluğun "minimum" bir doğal hukukçuluk olacağı unutulmamalıdır. Nitekim formüle göre ahlâka aykırı her hukuk kuralı değil, yalnızca adalete "tahammül edilemeyecek" düzeyde aykırı hukuk kuralları geçerliliğini yitirecektir. Bununla birlikte, Finnis'e göre zaten bundan daha farklı bir doğal hukukçuluk tarih boyunca hiç savunulmamış, pozitivistler doğal hukukun hukuk ve ahlak arasında bir uyuşma aradığını, adalete aykırı hukuk kuralının hukuk olamayacağını iddia edildiğini ileri sürerek doğal hukukçuların iddialarını hedefinden saptırmıştır (John Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, 2. B., Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 364-365). Finnis'e göre adalete aykırı hukuk kuralları geçerliliğini korur. Bir başka deyişle, vatandaşların ve hukuk yetkililerinin adalete aykırılığına rağmen bu hukuk kuralına uyması gerekebilir. Bkz. Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, *op. cit.*, ss. 361-362; Sevtap Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXII, S. 1-2 (2004), ss. 186-187. Bu nedenle Finnis'in doğal hukuk teorisinin hukukî pozitivizmle çatışmaktan kaçınan, pozitivizmle uyumlu bir teori olduğu ileri sürülmektedir (Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", *op. cit.*, ss. 182-183).

²⁶ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2. B., New Haven: Yale University Press, 1969, s. 633.

²⁷ Robert S. Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", *Journal of Legal Education*, C. 18, S. 1 (1965), s. 16.

²⁸ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 106.

Sonrasında Fuller'ın içsel ahlak düşüncesine bazı eleştiriler yöneltmekteyiz. İçsel ahlakın sekiz ilkesinin hem hukuk sistemi hem de sisteme mensup tekil hukuk normlarının geçerliliği için kriterler sunduğuna dikkat çekeceğiz. Buna göre, sekiz ilkedен birini tamamen ihlal eden bir hukuk sistemi geçersiz olacaktır. Bu ise hukuk sistemindeki bütün normların ilkelerden bir tanesini ihlal ettiği anlamına gelir. Bu noktadan sonra Fuller'ın bağlayıcılık ve geçerliliği özdeşleştirmesini eleştireceğiz. Fuller hiç kimsenin içsel ahlakın ilkelerine aykırı bir kurala uyması gerekmeyeceğini, bu tür bir kuralın geçersiz olacağını belirtir²⁹. “Hukuka uymak yönündeki ahlaki yükümlülük” ile hukuk kuralının geçerliliğinin bu şekilde özdeşleştirilmesi bir yandan geçerli bir norma uyma yükümlülüğü olmayabileceğini göz ardı etmekteyken, diğer yandan hukuki normativitenin sağduyu temelinde açıklanabileceğini görmezden gelir. Geçersiz bir norma uyma yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği doğru olsa da, bunun tersi her zaman doğru değildir. Yani, kanımızca geçerli bir norma uyma yükümlülüğünün olmadığı durumlar Fuller'ın içsel ahlak anlayışından hareketle açıklanamaz.

Sonrasında Fuller'ın düşüncelerine Summers tarafından yöneltilen eleştirileri inceleyeceğiz. Summers'ın eleştirisini en basit hâliyle Fuller'ın içsel ahlak anlayışının gerçekten ahlaki bir anlayış olmadığı şeklinde ifade edebiliriz³⁰. Netice itibarıyla, geçerlilik ve (güçlü anlamda) bağlayıcılık kavramlarını özdeşleştirmesi dolayısıyla Fuller'ın görüşünü kabul etmediğimizi söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunsa dahi -ki biz en nihayetinde bu iddiayı da reddedeceğiz- bu bağ hukuk normunun ahlaka uygunluğu ve geçerliliği arasında değil, ahlaka uygunluğu ve bağlayıcılığı arasında konumlandırılmalıdır.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışına dair bir sonraki durağımız Robert Alexy'nin hukuki pozitivizme yanıtıdır. Bu kısımda Alexy'nin katılımcının ve gözlemcinin bakış açılarından kastını ele alacak, hukukun ahlaki doğruluk iddiasını inceleyecek ve Alexy'nin doğruluk, adaletsizlik ve ilkeler argümanlarına (*the argument from correctness, injustice and principles*) değineceğiz. Nihayetinde Alexy'nin hukuki

²⁹ *Ibid.*, s. 39.

³⁰ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 24-25. Benzer yönde bir eleştiri Hart tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Herbert Lionel Adolphus Hart, “The Morality of the Law”, *Harvard Law Review*, C. 78, S. 6 (Nisan 1965), s. 1286.

pozitivizm eleştirisinin niçin başarısız olduğunu, kendi eleştirilerimizi başka yazarların eleştirileriyle harmanlayarak açıklayacağız.

Alexy'nin hukuki pozitivizme temel saldırısı ayrılabilirlik tezinine (*separability thesis*) yönelir. Genel olarak pozitivizmin bu temel tezinin hukuk ve ahlak arasında zorunlu (kavramsal) bir bağ olmadığını iddia ettiği söylene de ayrılabilirlik tezinin anlamı oldukça tartışmalıdır. Bununla birlikte, Alexy'nin bu tezden ne anladığı aşağı yukarı ortadadır. Radbruch formülünün detaylı bir savunusunu gerçekleştiren Alexy'ye göre hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağ, hukuk normunun geçerliliği noktasında ortaya çıkar. Buna göre, ahlaka aşırı biçimde aykırı (geçersizlik eşiği) bir hukuk normu, hukukilik niteliğini, yani geçerliliğini kaybeder³¹. Dolayısıyla, bizim bu kısımda yanlışlamaya çalıştığımız iddia da hukuki geçerlilik ve ahlaki uygunluğun zorunlu olarak ilişkili olduğu iddiasıdır.

Alexy'nin temel argümanlarını yukarıda değindiğimiz çerçevede sunduktan sonra, bu argümanlara yöneltilen eleştirileri ele alacağız. İlk olarak Joseph Raz'ın eleştirilerine ve bu eleştirilere karşı Alexy'nin yanıtlarına yer vereceğiz³². Sonrasında sırasıyla Eugenio Bulygin, Neil MacCormick, Marvel Cooke ve John Gardner'ın eleştirilerini sunarak, Alexy'nin doğruluk iddiasına dayanan aksiyolojik geçerlilik anlayışının eksiklerini ortaya koymaya çalışacağız. Aksiyolojik geçerlilik anlayışına ilişkin kısım, bölümde ulaştığımız genel sonuçları özetleyen bir paragrafla sona erecek.

Bir sonraki kısımda sistemsel geçerlilik anlayışını ele alacağız. Sistemsel geçerlilik anlayışı genel olarak hukuki pozitivistler tarafından benimsenmekle birlikte, doğal hukukçular tarafından reddedilmez. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı esasen saf aksiyolojik bir geçerlilik anlayışı değildir. Yalnızca sistemsel geçerliliğe sahip bazı irade açıklamalarının ahlaka belli bir eşiğin üzerinde bir aykırılık teşkil etmesi durumunda norm niteliği taşımayacağını ileri sürer. Sistemsel geçerlilik anlayışıysa hukuki geçerliliği salt sistemsel kriterler temelinde tanımlamayı amaçlar.

³¹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 47.

³² Joseph Raz'ın eleştirileri için bkz. Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 17-35. Alexy'nin yanıtları için bkz. Robert Alexy, "An Answer to Joseph Raz", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 37-55.

İlk olarak Wróblewski'nin düşünceleri doğrultusunda sistemsel geçerlilik anlayışının kriterlerini tespit edeceğiz³³. Genel olarak Wróblewski'yi takip etmekle birlikte, yazarın formülasyonunda ufak tefek değişiklikler yapacağız. Bu noktadan sonra sistemsel geçerlilik anlayışına yöneltilecek bazı genel eleştirilere yer vereceğiz. Bu eleştiriler şu ortak kanıda bir araya gelir: Hukuk sistemlerinin işleyişinde uygulama bulan öyle kurallar vardır ki bu kuralların geçerliliği sistemsel geçerlilik anlayışına göre açıklanamaz. Bu noktada uluslararası hukuk normları, kanunlar ihtilafı durumunda uygulanan yabancı hukuk sistemine ait normların durumu ve hâkimler tarafından uygulanan ahlaki ilkeler gibi durumlar örnek gösterilebilir. Bu eleştirileri özetledikten sonra eleştirilerin yerinde olmadığını, sistemsel geçerlilik anlayışının bu normların geçerliliğini açıklayamadığı eleştirisinin hukuk sisteminde geçerli olarak kabul edilen normun hangi norm olduğuna dair yanlış bir tespitten kaynaklandığını göstermeye çalışarak sistemsel geçerlilik anlayışını savunacağız.

Sistemsel geçerliliğe ilişkin sonraki tartışmalarımız iki büyük pozitivist Hans Kelsen ve H.L.A. Hart'ın teorilerindeki geçerlilik anlayışlarının incelenmesiyle devam edecek. Bu kapsamdaki amacımız hem iki teorisyenin geçerlilik anlayışının bir eleştirisini sunmak hem de sistemsel geçerlilik anlayışıyla hukukun normatifliğinin niçin açıklanamadığını ortaya koymaktır. Sonuç olarak sistemsel geçerlilik, hukuk pratiğine en uygun, pratikteki geçerlilik algısını en iyi yansıtan anlayış olmasına rağmen, hukuki normativiteyi açıklamakta başarısız olmaktadır. Kanımızca hukuki pozitivizmin hukuki normativiteyi açıklamadaki başarısızlığı da sistemsel geçerliliğin bu eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

Sistemsel geçerlilik anlayışının bu eksikliği sistem dışı, aksiyolojik bir unsura atıfla giderilebilir. Çalışmamız bu unsuru ve niteliklerini tespit edebilmek için bağlayıcılık kavramını ele alacaktır. Bu kapsamda iki tür bağlayıcılık olduğu iddia edilecektir. Buna göre, bir normun bağlayıcı olduğunu söylediğimizde iki şeyi ifade ediyor olabiliriz: 1) Her şey dikkate alındığında muhatabın normun öngördüğü eylemi gerçekleştirmesinin gerekmesi veya 2) muhatabın norma uymak için eylem sebebi

³³ Wróblewski'nin görüşleri için bkz. Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, editörler: Zenon Bankowski ve Neil MacCormick, Berlin: Springer, 1992, ss. 77 vd.

olduğu. Bu ifadelerden ilki güçlü anlamda bağlayıcılığı, ikincisi ise zayıf anlamda bağlayıcılığı dile getirmektedir.

Sistemsel geçerliliğe eklenecek olan bağlayıcılık anlayışının güçlü anlamda bağlayıcılık olması bazı temel sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunlardan en önemlilerinin geçerlilik kavramının görelileştirilmesi ve sahip olduğu sebebi dikkate almayan bir muhabata irrasyonellik eleştirisinin yöneltilmesinin imkânsız hâle gelmesi olduğu söylenebilir. Bu eksikleri dolayısıyla, bir normun geçerli olabilmesi için sistemsel geçerliliğe ek olarak sahip olması gereken niteliğin güçlü anlamda bağlayıcılık olamayacağını ileri süreceğiz.

Zayıf anlamda bağlayıcılık düşüncesi yalnızca güçlü anlamda bağlayıcılığın sakıncalarından uzak olmakla kalmaz, aynı zamanda sistemsel geçerlilik anlayışını benimseyen pozitivist yazarların genel olarak kabul ettiği, ancak sistemsel geçerlilik anlayışıyla açıklanamayan bazı geçersizlik durumlarını da açıklayabilir. Bu durumlara örnek olarak anlamsız ifadelerin norm niteliği taşıyamayacağı, norm içeriğinin tasvirî bir önermeden ibaret olamayacağı düşünceleri ile *impossibilium nulla obligatio est* ve *necessitatum nulla obligatio est* ilkeleri verilebilir. Bunun yanında, zayıf anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilen geçerlilik anlayışı aynı zamanda ihmal edilen normun uygulanmamasına rağmen geçerliliğini korumasını da açıklayabilmektedir.

Sonuç olarak sistemsel geçerliliğe eklemlenerek bağdaştırma projesinin temel geçerlilik anlayışını oluşturacak olan bağlayıcılık anlayışının zayıf anlamda bağlayıcılık olması gerektiğini iddia edecek ve bu aksiyolojik unsuru hukuki geçerliliğe ilişkin minimum bağlayıcılık şartı olarak adlandıracacağız. Aksiyolojik unsuru barındıran bu “nitelikli sistemsel geçerlilik” anlayışına ise aksiyo-sistemsel geçerlilik ismini vereceğiz.

Aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışıyla hukuk sistemine ait normların geçerliliğini açıklamak ve bazı ayırsız durumlarda hukuk kurallarının niçin geçersiz olduğunu ortaya koymak mümkün olsa da bu anlayışın önemli bir eksiği vardır. Aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışı bir hukuk sisteminin başlangıç noktasını tesis eden anayasanın (veya bir hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normunun) geçerliliğini açıklayamaz. Bunun nedeni, anayasanın ihdasından önce, anayasanın

geçerli biçimde ihdas edilmesine ilişkin kriterleri belirleyecek olan bir hukuk sisteminin mevcut olmamasıdır. Dolayısıyla, bağdaştırma projesinin en azından anayasanın geçerliliğine ilişkin bir tespitte bulunması gerekir.

Anayasanın geçerliliğinin nasıl açıklanacağını ortaya koymak için hukuk teorisyenlerinin bir hukuk sisteminin geçerliliği için gerekli olduğunu düşündüğü etkililik ve kurumsallık şartlarına değineceğiz. Bu şartlara ilişkin tartışmalar neticesinde anayasanın geçerliliği için yeterliliği tartışmalı iki şart önereceğiz. Bunlardan ilki anayasanın genel itibariyle etkili olmasıdır. İkincisi ise anayasanın en üstün siyasi iktidar tarafından ihdas edilmesidir.

Bununla birlikte, anayasanın geçerliliğinin salt olgusal geçerlilik anlayışı temelinde belirlenmesi mümkün değildir. Etkili olan şeyin bir norm niteliği taşıması, sistemsal geçerlilik anlayışı açısından olduğu gibi, yalnızca minimum bir aksiyolojik unsurun dâhil edilmesiyle mümkün olur. Böylelikle anayasanın geçerliliği açısından aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışını benimseyecek ve bu anlayışın çalışmanın temel varsayımlarından biri konumundaki olan-olması gereken ikiliğine aykırı olmadığını ileri süreceğiz.

Bağdaştırma projesinin benimseyeceği iki geçerlilik anlayışı bu şekilde belirlendikten sonra tartışılması gereken bu anlayışların hukuki pozitivizmle uyumlu olup olmadığıdır. Hukuki pozitivizmin temel tezleri ayrılabilirlik tezi ve toplumsal olgu tezi olarak tespit edildikten sonra, aksiyo-sistemsal ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışlarının bu tezlere uygun olup olmadığı tartışılacaktır. Bu bağlamda ayrılabilirlik teziyle ilgili bir ön sorun, bu tezin kapsamını ve anlamını tespit etmektir. Bu anlam ve kapsamın tespitinden sonra iki geçerlilik anlayışının da ayrılabilirlik tezini ihlal etmediği ortaya konacaktır. Toplumsal olgu tezi kapsamında söz konusu olabilecek bir tartışma ise yumuşak pozitivizmin benimsediği zayıf toplumsal olgu tezi ile sert pozitivizmin benimsediği güçlü toplumsal olgu tezi (kaynak tezi) arasındaki ayrımdır³⁴. Aşağıda değineceğimiz gibi, çalışmamız yumuşak ve sert pozitivizm arasındaki tartışmaları kapsam dışında bırakmaktadır. Bu doğrultuda, her iki yaklaşımı da geçerli pozitivist yaklaşımlar olarak kabul ederek bağdaştırma projesini bu iki yaklaşımdan

³⁴ Toplumsal olgu tezinin zayıf ve güçlü türevleri hakkında bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 46-47.

daha az talepkâr olan yumuşak pozitivizmin benimsediği toplumsal olgu tezi temelinde sinayacağız. Buna rağmen, bağdaştırma projesinin toplumsal olgu tezini ihlal ettiğini kabul edeceğiz.

Bu noktada karşımıza bağdaştırma projesinin hangi hukuk teorisinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Belki de bu soruya kategorik bir yanıt vermektense hukuk teorilerini hukuki pozitivizmden (hatta hukuki realizmden) doğal hukukçu teorilere doğru bir spektrum olarak düşünmek daha doğrudur. Eğer böyle bir değerlendirme yapılabilirse bağdaştırma projesi neticesinde ulaşılan geçerlilik anlayışlarının bu spektrumda hukuki pozitivizme yakın bir konumda yer alacağı, ahlakilik tezi çevresinde tanımlanan doğal hukukçu anlayışla karşıtlığı ortaya konarak iddia edilecektir. Projenin ayrılabilirlik tezi çevresinde yapılacak geniş bir hukuki pozitivizm kapsamına dâhil edilebileceği vurgulanacaktır.

Bir çalışmada yazarın önceki çalışmalarına, fikirlerine veya gözlemlerine dayanan, tekrar tekrar sorgulanmayan bazı varsayımların bulunması kaçınılmazdır. Eğer okuyucu, yazarın önceki çalışmalarına aşina değilse ve özellikle de bu konularda yazardan farklı düşünüyorsa, çalışmanın temel varsayımlarının çalışmanın anlaşılmasını güçleştirmesi olasıdır. Kanımızca bu duruma karşı dayanılan bu temel varsayımları ve bu varsayımların çalışmada sorgulanmadan kabul edildiğini vurgulamak, anlaşılacak açısından önemlidir.

Bizim bu çalışmamızın temel varsayımlarından biri olan ve olması gereken ikiliği/düalizmidir. Hume Kanunu olarak da bilinen bu ikiliğe göre, olgusal gözlemlerden normatif sonuçlar istihraç edilemez. Bunun tersi de doğrudur. Bir başka deyişle, olması gerekenden de olana ilişkin sonuçlar çıkarılamaz³⁵. Her ne kadar Hume Kanunu pek çok filozof tarafından doğru kabul edilmişse de, olan-olması gereken

³⁵ Olan-olması gereken ikiliğine dair genel olarak bkz. Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, ss. 63-82, 86.

ayrımının tartışmasız olduğunu söylemek zordur³⁶. Bu çalışmada Hume Kanununun geçerliliği tartışılmayacaktır.

Olan-olması gereken ikiliğinden dolayı hukuk normlarının normatif niteliğini açıklarken olgulardan norm türetmemeye özen göstermek durumundayız. Çalışmamız hukuki normativitenin eylem sebeplerine dayanılarak açıklanmasını ele alacak olduğu ve eylem sebeplerinin birer olgu olduğu kabul edildiği için³⁷, eylem sebeplerinin normatif kaynağının belirlenmesi gerekecektir. Biz bu olguların ahlaki veya sağduyu kaynaklı normlar dolayısıyla eylem sebebi teşkil ettiğini savunacağız.

Çalışmada detaylı bir biçimde tartışılmadan kabul edilecek olan bir başka husus ahlaki eylem sebeplerinin sağduyu kaynaklı sebepler karşısında ağır bastığı, belli bir eylem yönünde ahlaki sebebi olan muhatabın, karşıt eylem lehine sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebebi ihmal ederek, ahlaki sebep doğrultusunda hareket etmesi gerektiğidir. Bununla birlikte, hukuki normativitenin ahlak ve sağduyu olmak üzere iki farklı kaynaktan türeyebileceğini savunan çalışmamız açısından bu varsayım işleri biraz daha zorlaştırmaktadır. Nitekim bağdaştırma projesi kapsamında ulaşılabilecek olan geçerlilik anlayışlarının pozitivist bir nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi noktasında, ahlaki eylem sebeplerine sağduyu kaynaklı eylem sebepleri karşısında üstünlük tanıyan bir varsayım olsa olsa projeyi doğal hukukçu teorilere yaklaştıracaktır.

Üçüncü temel varsayımımız “doğru pozitivism” anlayışına ilişkindir. Dworkin’in H.L.A. Hart’a yönelttiği eleştiriler sonrasında hukuki pozitivistler arasında yumuşak ve sert pozitivism olmak üzere iki ayrı kamp oluşmuştur. Bu iki kamp birbirinden ahlaki değerlendirmelerin bir hukuk kuralının geçerliliği veya içeriğinin belirlenmesinde oynadığı role ilişkin düşüncelerine göre ayrılabilir. Buna göre, yumuşak pozitivistler hukuk sistemindeki bir norm veya Tanıma Kuralının atfıyla ahlaki ve diğer değerlendirici kriterlerin bir hukuk normunun varlığı veya içeriğinin belirlenmesinde rol oynayabileceğini kabul ederler³⁸. Sert pozitivistler ise bir hukuk

³⁶ En azından belli durumlarda olan-olması gereken arasında bir ilişki olması gerektiğine dair bkz. Hersch Lauterpacht, “Kelsen’s Pure Science of Law”, in *Modern Theories of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1933, ss. 110-111.

³⁷ Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 18.

³⁸ Bkz. Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 206.

kuralının varlığı veya içeriğini belirlerken ahlaki veya diğer değerlendirici kriterlere hiçbir zaman yer verilemeyeceğini savunur³⁹.

Çalışmamız boyunca bu iki pozitivist akım arasındaki tartışmada bir saf tutmayacak ve her iki anlayışın da “pozitivist” etiketini hak ettiğini varsayacağız. Bu varsayım da bağdaştırma projesinin pozitivist niteliğinin tespitinde önem arz edecektir. Eğer her iki anlayış da pozitivist ise, bağdaştırma projesinin bu iki anlayıştan birine uygun olması yeterlidir. Dolayısıyla, projenin daha az talepkâr olan pozitivist anlayış temelinde sınanması yeterli olacaktır.

Temel varsayımlarımızın bu sayılanlardan ibaret olduğunu söyleyebiliriz. Temel varsayımların dışında bir de çalışmanın kapsamına dâhil edilmesi düşünülebilecek olan, ancak edilmeyen bazı konular da bulunmaktadır. En azından bu konuları kısaca zikredip onları niçin çalışmanın kapsamına dâhil etmediğimizi açıklamak isteriz.

Hukuki normativitenin açıklanmasına ilişkin ilginç bir teori Scott Shapiro tarafından geliştirilmiştir. Shapiro’nun plan temelli hukuk teorisi (*planning theory of law*) olarak adlandırdığı teori⁴⁰, temel hukuk kurallarını en nihayetinde belli bir amaca yönelik planlar olarak algılar⁴¹. Shapiro’ya göre plan temelli hukuk teorisi zorunlu olarak pozitivisttir ve ayrıca hukuki normativiteyi açıklayabildiği iddiasındadır⁴².

Kuşkusuz pozitivistler tarafından hukuki normativitenin nasıl açıklandığını incelemek açısından plan temelli hukuk teorisinin ele alınması önem teşkil etmektedir. Ancak, önemli düşünürlerin araçsal rasyonaliteye (*instrumental rationality*) ilişkin şüphecî yaklaşımları bizi bu yola girmekten alıkoymuştu⁴³. Araçsal rasyonalitenin Kant’ın bir amacı benimseyenin, o amaca ulaşmasına yarayacak araçları da benimsemesi

³⁹ Bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 46; Scott J. Shapiro, *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011, s. 27; Roger A. Shiner, “Law and Authority”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, S. 2 (1989), s. 7.

⁴⁰ Scott J. Shapiro, “Planning Agency and the Law”, *New Essays on the Normativity of Law*, editörler: Stefano Bertea ve George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2011, s. 59.

⁴¹ *Ibid.*, s. 18.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Joseph Raz, Christine Korsgaard ve Michael E. Bratman araçsal normativiteyi reddeden veya şüpheyle yaklaşan yazarlara örnek gösterilebilir. Bkz. Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., ss. 141-172; Christine M. Korsgaard, “Normativity of Instrumental Reason”, op. cit., ss. 215-254; Michael E. Bratman, “Reflections on Law, Normativity and Plans”, in *New Essays on the Normativity of Law*, editörler: Stefano Bertea ve George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2011, ss. 73-85.

gerektiği yönündeki düşüncesinden kaynaklandığını söyleyebiliriz⁴⁴. Bu yaklaşıma ilişkin temel şüpheyi şu şekilde ifade edebiliriz: Sırf bir amacımız var diye bizi o amaca götürecek araçları benimsememiz gerekmez. Bir başka deyişle, bir eylemin, amacımız olan başka bir eylemi gerçekleştirmeye yaraması, araç konumundaki eylemi gerçekleştirmek yönünde bir sebebimiz olduğu anlamına gelmez. Araç konumundaki eylemi gerçekleştirmek için sebebimiz olup olmadığı, amaç konumundaki eylem yönünde bir sebebimiz olup olmamasına bağlıdır⁴⁵. Bir başka deyişle, eğer amaç her şey dikkate alındığında gerçekleştirilmemesi gereken bir eylemse, söz konusu amacı benimsemiş olmamız o amaca götürecek araç niteliğindeki eylemleri gerçekleştirmek için sebebimiz olduğu anlamına gelemez.

Burada bu eleştiriye kesinlikle hak verdiğimizizi iddia etmek istemiyoruz. Ancak, en iyi ihtimalle bu ünlü düşünürlerin eleştirisini çürütmek adına kapsamlı bir tartışmaya girmemiz gerekcek ki plan temelli hukuk teorisinin hukukunun normativitesini açıklayabildiğini kabul edelim. Dolayısıyla, konuyla ilgili herhangi bir kesin karara varmadan, plan temelli hukuk teorisini çalışmanın kapsamının dışında bırakmaya karar verdik. Bunun yerine, daha savunulabilir olduğunu düşündüğümüz ve her hukuk kuralının normatif niteliğini açıklama iddiasında olmayan otorite temelli hukuk teorisini incelemekle yetindik.

Son olarak, Alf Ross'un olasılık olarak geçerlilik anlayışını bir kenara bırakırsak, çalışmamız ağırlıklı olarak pozitivist ve doğal hukukçu perspektiflere yer vererek hukuki realizmi ihmal edecektir. Kuşkusuz, hukuki realistlerin de hukuki normativiteye ilişkin bir perspektifi olması mümkündür⁴⁶. Bununla birlikte, Brian Leiter, birçok hukuki realistin hukuki normativite konusunda sessiz kaldığına dikkat çeker⁴⁷. Michael S. Green'e göreyse, bazı hukuki realistler hukuki normativiteyi açıkça

⁴⁴ Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 11. B., çev. Mary Gregor, ed. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 28.

⁴⁵ Korsgaard, "Normativity of Instrumental Reason", *op. cit.*, ss. 250-251; Bratman, "Reflections on Law, Normativity and Plans", *op. cit.*, ss. 77-78. Raz da eğer amaç ahlaki değerden yoksunsa, bizi amaca götürecek araçları benimsememiz gerekmediğini düşünür. Raz'ın araçsal sebepleri (*instrumental reasons*) kişilerin belirlediği amaçlardan bağımsızdır. Bkz. Raz, *From Normativity to Responsibility*, *op. cit.*, ss. 144-145.

⁴⁶ Hanoch Dagan, "Normative Jurisprudence and Legal Realism", *The University of Toronto Law Journal*, C. 64, S. 3 (yaz 2014), ss. 450-451.

⁴⁷ Brian Leiter, "Legal Realism", in *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, 3. B., editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell, 2006, ss. 58-59.

reddetmektedir⁴⁸. Hâl böyleyken, hukuki realizmden yola çıkarak hukuki normativiteye ilişkin bağdaştırma projesine yarar sağlayacak görüşlere ulaşmanın pek mümkün olmadığına karar verdik.



⁴⁸ Michael S. Green, “Legal Realism as Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, C. 46, S. 6 (2005), s. 1921.

BİRİNCİ BÖLÜM

NORM, SEBEP, OTORİTE VE DIŞLAYICI SEBEP

Bu kısımda öncelikle norm ve sebep kavramları incelenecek, çalışmamız için önem teşkil eden eylem sebeplerinin temeli ortaya konacaktır. Sonrasında Joseph Raz'ın otorite temelli hukuki normativite anlayışını ele alacağız. Bu çerçevede hukuk kurallarının dışlayıcı bir normatif fonksiyona sahip olmasının şartlarını belirleyerek “hukukun özel normatif gücü”nü ortaya koyacağız.

I. NORM VE SEBEP

Varlık dünyası ikiye ayrılmıştır: Olanlar ve olması gerekenler. Bu ayrım tarihsel olarak daha eski olan Platon'un idealar ve fenomenler ayrımını andırır. Platon'a göre fenomenler, bir başka deyişle görünenler diyarı, gerçekler diyarı olarak adlandırabileceğimiz idealar diyarının bir yansımasından ibarettir. Duyular aracılığıyla kavranabilecek olan yalnızca görünenin bilgisidir. Aslın, yani ideanın bilgisine ancak akıl yoluyla ulaşılabilir⁴⁹. Bilgiye ulaşmada akıl ve duyuların rolü hâlâ tartışmalı olsa da çağdaş felsefe idea-fenomen dikotomisini terk etmiş gibi görünmektedir. Olan ve olması gereken düalizmi ise henüz tam anlamıyla aşılamamış, terk edilememiştir. Bu dikotomi aynı zamanda normativitenin anlaşılması için büyük önem arz eder. Ancak olan-olması gereken düalizmi idealar-görünenler dikotomisine göre çok daha katı ve geçişsiz bir dikotomi olarak tasarlanmıştır. Örneğin görünenlerden yola çıkarak akıl yoluyla ideaya ulaşmak mümkündür. Ancak, olgulardan yola çıkan birisinin olması gerekene varmasını sağlayacak bir aracı mevcut değildir. Benzer şekilde, bilinen bir olması gerekenden yola çıkılarak bulunabilecek, kavranabilecek bir olgu da mevcut değildir.

Bu kısımda öncelikle normun ne olduğunu araştıracağız. Dolayısıyla, ilk olarak norm kavramını genel hatlarıyla ele alacak, sonrasında farklı norm kategorilerine

⁴⁹ Platon idea ve fenomen arasındaki ilişkiyi ünlü mağara alegoriyle açıklar. Bkz. Plato, “The Republic”, in *The Republic of Plato*, 2. B., çev. Allan Bloom, New York: Basic Books, 1991, ss. 193 vd. Platon'un idea ve fenomen teorisi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Karl Raimund Popper, *Open Society and Its Enemies*, 4. B., Cilt: I, Princeton: Princeton University Press, ss. 18-34. Platon'un felsefesinin hukuk alanındaki yansımaları için bkz. Jerome Hall, “Plato's Legal Philosophy”, *Indiana Law Journal*, C. 31, S. 2 (1956), ss. 171-206.

değineceğiz. Sonrasında sebep kavramını tartışacak, farklı sebep kategorilerine değinecek ve normlar ile sebepler arasındaki ilişkiyi tespit edeceğiz.

A. NORM KAVRAMI⁵⁰

Norm kelimesi Latince kökenli "*norma*" kelimesinden türemiştir. *Norma* "kural, standart" anlamlarına gelmektedir⁵¹. Hukukla sınırlı olmamakla birlikte normlar bir hukuk sisteminin en temel parçasını oluşturur⁵². Kelsen, norm kavramının genellikle emir veya reçete anlamına geldiğini belirterek⁵³ şöyle bir tanım yapmaktadır: "*'Norm' bir kimsenin belirli bir şekilde davranması gerektiğini, kimsenin o kişinin, o şekilde davranmasını istediğini ima etmeden ifade eden bir kuraldır*"⁵⁴. Ancak, Kelsen'in bu tanımı bir hayli karışıktır.

Norm kavramının anlamını netleştirmek için normatif bir kuralla fen bilimi kuralı arasındaki farka değinebiliriz. Fen bilimi kuralları "A durumunda B olur" şeklinde ifade edilirken normatif kurallar "A durumunda B'nin olması gerekir" şeklinde ifade edilebilir⁵⁵. Fen bilimi kuralları belli bir durumda belli bir şeyin olacağını ifade ederler. Bu kurallar olguların incelenmesi suretiyle doğrulanıp yanlışlanabilir. Başka bir deyişle, fen bilimi kuralları olgular arasında neden-sonuç ilişkisi kurar. Oysa normatif kurallar belli bir durumda belli bir eylemin yapılması gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla, olgulara bakarak normatif kuralın doğrulanması veya yanlışlanması mümkün değildir.

⁵⁰ Bu kısmı yazarken şu çalışmalarımızdan faydalandık: Yahya Berkol Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha, 2018; Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2. B., İstanbul: On İki Levha, 2018. Kimi paragraflar bu çalışmalarda olduğu hâliyle buraya alınmıştır. Gereken yerlerde ifadelerimizi düzelttik ve değiştirdik. Ayrıca, anılan çalışmalarda yer almayan yeni tartışmalara da yer verdik.

⁵¹ Bkz. D. P. Simpson, *Cassell's Latin Dictionary*, 5. B., New York: Mac Millan Publishing Company, 1968, s. 414; University of Notre Dame Latin Dictionary and Grammar Aid, <http://www.archives.nd.edu/cgi-bin/lookup.pl?stem=norma&ending>, Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020.

⁵² Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 1999, s. 59.

⁵³ Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel, 1973, s. 217.

⁵⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, çev. Anders Wedberg, 3. B., Cambridge: Harvard University Press, 1949, s. 35.

⁵⁵ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 46; Raimund Hauser, *Norm, Recht und Staat*, Viyana: Springer, 1968, s. 20.

*Necessitatum nulla obligatio est*⁵⁶ ilkesi bir fen bilimi kuralının ifade edeceği gibi, doğal zorunluluktan dolayı gerçekleşecek olan davranışların normun gerektirdiği eylem olamayacağını ifade eder⁵⁷. İhlal edilemeyecek, etkililiği yüzde yüz olmak zorunda olan kural, normatif bir kural değil, bir fen bilimi kuralıdır. Doğal zorunluluktan dolayı gerçekleştirilecek olan davranışlara ilişkin kurallar olana ilişkin birer önerme olarak ifade edilebilir. Bütün normların en temel özelliği ise olana değil olması gerekene ilişkin olmalarıdır. Bu özellikler normatif kuralları (normları) fen bilimi kurallarından ayırır.

Impossibilium nulla est obligatio ilkesiyse yerine getirilmesi imkânsız olan bir davranışın normun içeriğinde yer alamayacağını belirtir. Bu ilkeye İngilizce literatürde “*ought implies can*” düsturuyula da atıf yapılmaktadır⁵⁸. Kant’a göre, bir muhatabın belli bir eylemi gerçekleştirmesi gerekmesi için söz konusu eylemin gerçekleştirilebilir olması gerekir⁵⁹. Dolayısıyla, normların doğal zorunluluklar gereği muhatap tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayan davranışlara ilişkin gereklilik ifade etmesi mümkün değildir. Hiç kimsenin yüz metreyi üç saniyede koşması gerekemez.

Buraya kadar yapılan tartışmada normlara ilişkin şu iki özelliğin tartışılmaz olduğu söylenebilir: 1) Normlar beşerî bir eylemi konu alırlar. İnsan eylemlerini düzenlemeye yönelirler. 2) Normlar olana değil, olması gerekene ilişkindirler. Dolayısıyla, kestirme tanımların kusurlu olabileceğini unutmadan bu çalışmadaki norm kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: “*Norm, beşerî eylem hakkında 'olması gereken' ifade eden bir standarttır*”⁶⁰.

⁵⁶ Bu ilke ve biraz aşağıda yer verdiğimiz *impossibilium nulla obligatio est* ilkesi ileride zayıf anlamda bağlayıcılığın avantajlarına değinirken tekrar ele alacağımız konular olduğundan burada detaylı açıklamalardan kaçınıyoruz.

⁵⁷ Örneğin Korsgaard normların ihlal edilebilirliğini özellikle vurgulamaktadır. Bkz. Christine Korsgaard, “The Origin of Value and the Scope of Obligation”, in *The Sources of Normativity*, 14. B., editör: Onora O’Neill, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 164; Korsgaard, “The Normativity of Instrumental Reason”, *op. cit.*, s. 231, 245.

⁵⁸ Bkz. Nick Ferreira, “Feasibility Constraints and Human Rights: Does ‘Ought’ Imply ‘Can’?”, *South African Journal of Human Rights*, C. 28, S. 3 (2012), s. 483; Guglielmo Feis, “Ought Implies Can: Counter-Examples and Intentions”, *European Journal of Legal Studies*, C. 9, S. 2 (2017), ss. 37-39.

⁵⁹ Immanuel Kant, *The Critique of Pure Reason*, çev. ve ed. Paul Guyer, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 540.

⁶⁰ Burada şunu da vurgulamak gerekir ki normlar yalnızca eyleme ilişkin olmak zorunda değildir. İnançlara ve akıl yürütmeye ilişkin normlar da olur. Örneğin matematik normatif bir alandır (José Medina, *The Unity of Wittgenstein's Philosophy: necessity, intelligibility and normativity*, New York:

Eylemin yalnızca kişilerin hareketlerini ifade ettiği, örneğin kişilerin akıl yürütmesine ilişkin kuralların hukuk normu olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülebilir. Aşağıda da göreceğimiz gibi, Joseph Raz beşerî eylemi düzenlemediği için norm olmayan hukuk kurallarından bahsetmektedir⁶¹. Bizim anlayışımıza göre eylem kavramına kişinin duygu, düşünce ve akıl yürütmesinin iradi değişimleri de dâhil edilmelidir⁶². Netice itibarıyla, yalnızca dışa yansıyan hareketlere ilişkin kurallar değil, içsel süreçlere dair kurallar da normatif âleme aittir. Dolayısıyla, "norm" kavramını yalnızca eyleme ilişkin kuralları kapsayacak şekilde kullanmayı doğru bulmuyoruz.

Burada ayrıca normların önermelerle kıyaslanmasına kısaca değinmek isteriz. Dilde bildirimler önerme adı verilen cümlelerle yerine getirilir. Mantık bize önermelerin doğruluk veya yanlışlık değeri alabilen bildirimler olduğunu söyler⁶³. Kelsen'e göre önermelerin aksine normlar doğru veya yanlış olamazlar. Normlar geçerli veya geçersizdir. Doğruluk/geçerlilik ve yanlışlık/geçersizlik arasında benzerlik dahi yoktur. Örneğin, yanlış bir önerme yine de önermeyken, geçersiz bir norm, norm değildir⁶⁴. Keza, Kelsen önermeler arasında çatışma olabileceğini, ancak normlar arasında çatışma olamayacağını şu şekilde vurgulamaktadır:

"Çelişen önermelerden yalnızca birinin doğru, diğerinin yanlış olabilmesi gibi, çelişen normlarda da yalnızca biri geçerliyken diğerinin geçersiz olması gerekecektir. Ancak durum bu değildir. Nitekim eğer böyle olsaydı, biri bir şeyin ifa edilmesini, diğeryise edilmemesini belirten iki normdan

State University of New York Press, 2002, s. 155 (Matematik ve mantığın tasvirî değil normatif - *prescriptive* - olduğuna dair)). Konuyla ilgili daha detaylı tartışmalar için bkz. Mateusz Hohol, "Normativity of Mathematics: A Neurocognitive Approach", in *The Many Faces of Normativity*, editörler: J. Stelmach, B. Brożek, M. Hohol, Kraków: Copernicus Center Press, 2013, ss. 191-222. Hukuk normlarının da yalnızca eyleme yönelik normlar olmadığını, hukukun akıl yürütmeye ilişkin normlar da içerebileceği iddia edilebilir. Örneğin hâkimlere yönelik yorum kuralları içeren bir hukuk sisteminde bu kuralların hâkimlerin akıl yürütmesine ilişkin kurallar olduğu söylenebilir. Ancak, en nihayetinde bu normlar da hâkimin "belli bir şekilde karar vermesine" ilişkin kurallar olarak yorumlanabileceği için bunların da eyleme ilişkin olduğunu düşünebiliriz. Hukuk normlarına ilişkin literatürde hukuk normlarının beşerî "eyleme" ilişkin oldukları düşüncesi çok sık rastlanan bir düşünce olduğu için bu çalışma kapsamında bu tartışmayı detaylı bir biçimde ele almamaya karar verdik.

⁶¹ Joseph Raz, "Legal Principles and Limits of Law", *The Yale Law Journal*, C. 81, S. 5 (1972), s. 835.

⁶² Dietmar von der Pfordten, "Obligations, Norms and Rules", *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Pawel Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, s. 168.

⁶³ Greg Restall, *Logic: An Introduction*, Londra: Routledge, 2006, s. 7.

⁶⁴ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, op. cit., s. 115.

yalnızca biri geçerli olacak ve dolayısıyla da normların çelişmesi söz konusu olmayacaktı."⁶⁵

Bu noktada Kelsen'e katılıyoruz. Normlar mantık önermeleri değildir. Burada bir şeyin daha altını çizmek gerekir. Normlar birer önerme olmasa da kişilerin veya hukuk uygulayıcılarının hukuki yükümlülüklerle dair yaptığı akıl yürütmelerde önermeler kullanılır. Nitekim normlar önerme değilse de, belli bir şekilde davranmaya yönelik bir yükümlülük olduğu yönündeki hukuki -veya diğer normatif alanlara ilişkin- tespitler birer önermedir⁶⁶. Bunlar, doğruluk veya yanlışlık değeri taşırlar.

Bu başlıkta son olarak şu konuya değinelim: Olması gereken normun kendisinden ayrı bir varlığa sahip midir? Yukarıda olması gerekeni ifade ettiğini belirttik. Bununla tam olarak ne demek istedik? Olması gereken (*ought*) ayrı, norm ayrı mıdır? Bunların ikisinin birbirinden ayrı şekilde var olması mümkün müdür? Eğer bunların ikisi tam olarak aynı şey değilse normativite kavramı bunlardan hangisiyle ilintilidir?

Normların “olması gereken” bildirdiği şeklindeki ifade yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bu ifadeden, sanki normun dışında bir yerde bir olması gereken varmış da, norm yalnızca o olması gerekene göndermede bulunuyormuş anlamı çıkmaktadır. Oysa durum böyle değildir. Norm, olması gerekenin kendisidir. Norm yoksa olması gerekenden bahsedilemez. Benzer şekilde, olması gereken ifade etmeyen bir norm da olamaz. Bu iki tespitimize karşı bir itiraz öne sürülebilir. Buna kısaca cevap verelim.

İtiraz belli bir kategorideki normun başka bir kategorideki bir olması gerekene atıf yaptığı durumlara ilişkindir. Örneğin, cinayet hem hukuken hem de ahlaken yasaktır. Karşıt görüş, hukuk normunun olmadığı, cinayetin yasaklanmadığı bir toplumda, yine de insan öldürmemeye yönelik bir gereklilik bulunacağını ileri sürerek norm-olması gereken birliğine karşı çıkabilir. Ancak, bu itiraz kanımızca pek güçlü değildir. Birden fazla normun aynı yönde olması gereken teşkil etmesi mümkündür. Bu normlar aynı kategoride olabileceği gibi farklı kategorilerde de bulunabilir. Elbette,

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Çünkü normatif düzene ilişkin bu tür tespitler "tasvirî cümleler" (*descriptive sentences*) niteliğindedir. Bkz. Jaap Hage, "Separating Rules From Normativity", in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Pawel Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, s. 18.

bunlardan bir tanesinin yokluğu, doğrudan olması gerekenin yokluğuna yol açmaz. Ancak, bunun sebebi norm-olması gereken birliğin yanlışlığı değil, normatif âlemde hâlâ söz konusu olması gerekeni teşkil eden bir normun mevcut olmasıdır. Kaldı ki, hukuk-ahlak eksenindeki örneğimizi dikkate alırsak, cinayetin hukuken suç sayılmamış olması, aynı yöndeki ahlak normunun varlığından dolayı, cinayete karşı bir olması gereken olmadığı anlamına gelmez; cinayeti yasaklayan “hukuki” bir gereklilik olmadığı anlamına gelir.

Farklı norm kategorilerinin bulunduğu yaygın bir görüştür. İlk kategorizasyona göre, yukarıda tanımlamaya çalıştığımız kavram olan norm, bu kategorilerden yalnızca bir tanesidir. Diğer bir kategorizasyon ise “norm” kavramını üst başlık olarak ele alarak kural ve ilke ayrımına değinir. Aşağıda bu kategorizasyonları ve bunlara ilişkin görüşlerimizi sunacağız.

B. NORM KATEGORİLERİ

Krasner’a göre dört tip normatif kategori bulunur. Bunlar ilke, norm, kural ve karar verme sürecinin usuli kurallarıdır. Bu kategoriler arasında en soyut kategori ilkelerdir. Krasner, ilkeleri olgulara, nedenlere ve doğruluğa ilişkin inançlar olarak tanımlar⁶⁷. Bu tanımıyla ilkeler bir rejim veya sistemin temelinde yer alan varsayımlardır⁶⁸. Diğer kategoriler daha somuttur. Bunları soyuttan somuta normlar, kurallar ve karar verme sürecinin usuli kuralları olarak sıralayabiliriz⁶⁹.

İlkelerin bu kavramlaştırmasıyla ilgili bazı sorunlar vardır. Bu sorunlardan ilki bu şekilde tanımlanan bir kategorinin diğer kategorilerden ayrılmasına, ikincisi ise ilkelerin belirlenmesine ilişkindir. Arend, bir şeyin ilke mi, norm mu yoksa kural mı olduğunun belirlenmesinin her zaman mümkün olmadığını belirtmektedir⁷⁰. Diplomatların dokunulmazlığı örneğini ele alan Arend, diplomatların

⁶⁷ Stephen D. Krasner, "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes As Intervening Variables", in *International Regimes*, editör: Stephen D. Krasner, New York: Cornell University Press, 1983, s. 2.

⁶⁸ Anthony Clark Arend, *Legal Rules and International Society*, Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 14.

⁶⁹ *Ibid.*, ss. 14-15.

⁷⁰ *Ibid.*, s. 15.

dokunulmazlığının temel bir hukuki doğruluk inancını yansıttığı için bir ilke, devletlerin ve devlet yetkililerine diplomatları tutuklamamaları yönünde bir yükümlülük yüklediği için bir norm ve hatta belirli bir eyleme ilişkin talimat içerdiği için de kural olarak değerlendirilebileceğini vurgular⁷¹. İkinci olarak, kanımızca ilkelerin inanç kavramı üzerinden tanımlanması da sorun yaratır. Bu noktada ilke kavramının içsel bakış açısıyla ilişkili olduğu görülmektedir. Hart, “dışsal bakış açısı” (*external point of view*) ve “içsel bakış açısı” (*internal point of view*) ayrımına gitmektedir. Buna göre, hukukun dışsal bakış açısıyla ifade edilmesi belli bir yerde hukukun ne olduğunu, o hukuka tabi kişilerin inanç ve görüşlerini dikkate almadan ifade etmektir⁷². Örneğin, "1982 Anayasasına göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir" tespitinde bulunan bir avukatın ifadesi dışsal bakış açısını örneklendirir. Dışsal bakış açısında tespitte bulunan kişi basit bir gözlemci gibi hareket eder ve söz konusu normu kabul etmesi gerekmez⁷³. İçsel bakış açısı ise belli bir sistemde, belli bir normun ne olduğunu ifade etmekle yetinmez. Normun muhataplarının o normla ilişkisini de inceler. İçsel bakış açısında tespitte bulunan kişinin söz konusu normu kabul edip etmediğine ve kullanıp kullanmadığına da bakılır⁷⁴. Bu durumda ilkeler açısından söz konusu olan inancın kimin inancı olacağı sorusu ortaya çıkar. Hart, ikincil kurallar için hukuk sisteminin hukuk uygulayıcı yetkililerinin (*officials*) içsel bakış açısını esas almaktadır⁷⁵. Hart'ın bu çözümü de sorundan azade değildir⁷⁶. Ancak, zaten bu çözümün Krasner'ın ilke tanımı için uygulanabileceğini düşünmüyoruz. Çünkü ikincil kurallar Hart tarafından birincil kurallara ilişkin kurallar olarak tanımlanmaktadır⁷⁷. Birincil kurallar ise hukuk sisteminin muhataplarının eylemlerini düzenlemeyi amaçlayan ve yükümlendirici nitelikteki kurallardır⁷⁸. Bir başka deyişle, Hart'ın birincil kuralları,

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Scott Shapiro, "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, C. 75, S. 3 (2006) , s. 1160.

⁷³ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 3. B., Oxford: Clarendon Press, 2012, s. 89; Shapiro, "What is the Internal Point of View?", *op. cit.*, s. 1160.

⁷⁴ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 89.

⁷⁵ *Ibid.*, ss. 116-117.

⁷⁶ Hukuk uygulayıcı yetkililerin yalnızca hâkimlerden mi yoksa diğer devlet yetkililerinden mi oluştuğu, hukuk uygulayıcıları arasında belli bir kuralın benimsenmesi noktasında anlaşmazlık çıkması hâlinde söz konusu kuralın varlığı hakkında ne söylenebileceği gibi hususlar bu sorunlar arasında gösterilebilir. Ayrıca, hukuki normativitenin içsel bakış açısıyla açıklanıp açıklanamayacağı da tartışmalıdır. Hukuki normativitenin içsel bakış açısıyla ve uzlaşım sal (*conventional*) Tanıma Kuralı üzerinden açıklanıp açıklanamayacağına ileride sistemsel geçerlilik anlayışını ele alırken değineceğiz.

⁷⁷ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 94.

⁷⁸ *Ibid.*, s. 91.

Krasner'ın normlarına karşılık gelmektedir. Ancak, Krasner'ın ilkelerinin normlara ilişkin olması gerekmez. Dolayısıyla, Hart'ın ikincil kurallar için ürettiği ve sorundan azade olmayan çözümün Krasner'ın ilkelerine doğrudan uygulanabilmesi mümkün değildir. İlkelerin içsel bakış açısı ve inançla tanımlanması, bu ilkelerin tespitini daha da güçleştirecek, inancın yokluğu veya devamsızlığı durumunda belirsizlik ortaya çıkacaktır.

Kuşkusuz, ilkelerle normların ve diğer kategorilerden ayrılmasının zor olması bu kategorilerin Krasner'ın belirttiği şekilde var olmadığını göstermez. Belki de inanç kavramı ve içsel bakış açısına ilişkin sorunlar da hummalı bir çalışma ile giderilebilir. Ancak, Krasner'ın ilke tanımını benimsemememizin bir sebebi daha vardır. Terimlerin burada olduğu gibi tartışmalı, anlamlarının belirsiz olduğu durumlarda onlara hukuk dilinde kullanıldığı şekle en yakın anlamın verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Krasner'ın ilke tanımı bu şartı yerine getirmez. Bize öyle geliyor ki Krasner'ın kullandığı şekilde ilkeler pozitif hukuk düzenlemesine konu olamazlar. Pozitif şekilde düzenlendikleri zaman bu ilkelerin ilke boyutunu aşacağını söyleyebiliriz. Bunlar artık bir sistemin veya rejimin temelindeki varsayımlar olmaktan çıkacaklardır. Örneğin, İngiliz hukukundaki parlamentonun üstünlüğü ilkesinin Krasner'ın ilke tanımına uygun olduğu söylenebilir. Bu ilke hukuk düzenindeki hiçbir norm tarafından öngörülmemiştir. Keza, yazılı bir anayasası bulunmayan İngiliz hukukunun temelinde yatan varsayımın parlamentonun üstünlüğü ilkesi olduğu düşünülebilir⁷⁹. Ancak, aynı şey Türk anonim şirketler hukukunun emredici hükümler ilkesi için söylenemez. Her şeyden önce anonim şirket esas sözleşmelerinin içeriğini konu olan bu ilke bir varsayım veya inançtan çok daha fazlasını, bağlayıcı bir hukuk kuralını ifade etmektedir. İkinci olarak, emredici hükümler ilkesi her ne kadar esas sözleşme normuna ilişkin gibi dursa da, esasen anonim şirket kurucularının ve esas sözleşme değişikliklerinde pay sahiplerinin eylemleri üzerinde olması gereken ifade eden bir norma benzemektedir. Bir başka deyişle, emredici hükümler "ilkesi" daha çok Krasner'ın "norm" olarak

⁷⁹ Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin İngiliz hukukunun temel normu olabileceği düşünülmektedir. Bkz. Neil Parpworth, *Constitutional and Administrative Law*, 8. B., Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 71. Biz bu kadar belirli içeriğe sahip olan bir temel norm varsayımına, temel normu eleştiriye daha da açık hâle getireceği için sıcak bakmamıştık. Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., s. 413.

adlandırdığı kategoriye benzemektedir. Ancak, bu yazılı norm genel bir nitelik taşıdığından olsa gerek, bir norm olarak değil ilke olarak isimlendirilmiştir.

Norm kategorilerine ilişkin daha bilindik bir çalışma Ronald Dworkin'in "Model of Rules"⁸⁰ makalesidir. Bu çalışmaya Robert Alexy⁸¹ tarafından katkı sağlanmış ve Joseph Raz, Dworkin'in norm kategorilerine ilişkin anlayışını eleştirmiştir⁸². Biz de burada öncelikle Dworkin'in norm kategorilerine ilişkin tartışmasını Raz'ın eleştirileriyle birlikte ele alıp kendi bakış açımızı sunacağız.

Dworkin ünlü "Model of Rules" makalesinde ilke kavramını norm üst başlığının altında değerlendirmektedir. Buna göre, normlar ilkeler ve kurallar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu iki kategori arasındaki fark mantıksaldır. Kurallar ya uygulanır ya da uygulanmaz⁸³. İlkelerin uygulanıp uygulanması ise bu denli siyah-beyaz değildir. İlkenin varlığı bu ilkenin hâkimler tarafından belli bir eğilim yaratacak şekilde dikkate alınması gerektiği anlamına gelir⁸⁴. Alexy de ilkelerin kurallardan farklı olarak birer optimizasyon emri (*optimization command*) olduğunu belirtmekte ve ilkelerin hukuken ve olgusal olarak mümkün olduğu derecede uygulanacak normlar olduğunu düşünmektedir⁸⁵. Dworkin ve Alexy ilkeler arası bir çatışma ile kurallar arası bir çatışmanın farklı şekillerde çözümleneceğini düşünmektedir. Dworkin'e göre, kurallar çatıştığında bu kurallardan bir tanesinin geçersizliği söz konusu olur⁸⁶. İlkeler çatıştığında ise bu ilkelerin önemine göre bir değerlendirme yapılması gerekir⁸⁷. Bir başka deyişle, ilkeler çatıştığında bu ilkelerden bir tanesinin geçersizliği söz konusu olmaz.

⁸⁰ Ronald M. Dworkin, "Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, C. 35, S. 1 (Güz 1967).

⁸¹ Alexy hukuki ilkelerin optimizasyon emri (*optimization commands*) olduğundan bahseder. İlkelerin çatışması hâlinde bu çatışma ilkelerden birinin geçersizliğiyle sonuçlanmaz. İlkelerin önemine (ağırlığına) göre her iki ilkenin de gereği olabildiğince yerine getirilir. Bkz. Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, C. 13, S. 3 (2000), ss. 295-297.

⁸² Bkz. Raz, "Legal Principles and Limits of Law", *op. cit.*, *passim*.

⁸³ Ronald M. Dworkin, "Model of Rules", *op. cit.* s. 25; Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *op. cit.*, s. 295.

⁸⁴ Dworkin, "Model of Rules", *op. cit.*, s. 26.

⁸⁵ Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *op. cit.*, s. 300.

⁸⁶ Dworkin, "Model of Rules", *op. cit.*, s. 27; Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *op. cit.*, s. 295.

⁸⁷ Dworkin, "Model of Rules", *op. cit.*, s. 27.

Joseph Raz, Dworkin tarafından geliştirilen ve Alexy tarafından benimsenen ilke-kural ayrımını eleştirmektedir. Bu eleştiride Raz'ın ilk uğrağı normların ayrılabilirliği (indivuation). Ayrılabilirlik tartışmasının cevabını bulmayı umduğu soru şudur: Anlamlı normatif birim nedir? Bu kapsamda bütün bir kanun metninin mi, bir kanun maddesinin mi yoksa ancak yaptırım içeren bir veya birkaç kanun maddesinin mi norm teşkil edeceğini belirlemeye çalışır. Benzer bir tartışma dil felsefesinde de mevcuttur. Anlamın birimi nedir? Kelime mi cümle mi⁸⁸? Raz, Dworkin'in ilkelerle ilgili tartışmada ayrılabilirliğin öneminin farkında olmadığını iddia etmektedir⁸⁹. Raz'a göre, bağımsız bir ilke gibi görünen normatif birimler (madde, fıkra, paragraf vs.) esasen belli kanunlara ve diğer normlara yapılan kısa atıflardır. Dolayısıyla, ayrılabilirlik tezi bize ilkelerin görünürdeki kalabalıklığının yanıltıcı olduğunu söyler⁹⁰.

Raz, Dworkin'in hukuk kurallarının gerçekten çatışamayacağını düşündüğünü yazar⁹¹. Dworkin'in makalesinden bu sonucun nasıl çıktığı ilk bakışta anlaşılamayabilir. Dworkin'in bu konuda söylediğini hatırlayacak olursak: İki hukuk kuralı çatıştığında bunlardan bir tanesi geçersizdir. İşte bu tespit tam da iki kuralın çatışamayacağını söylemektedir. Nitekim bir hukuk kuralının geçerliliği onun hukuki varlığıdır⁹². Olan bir şeyle olmayan bir şeyin çatışması mümkün olmayacağına göre, kuralların çatışması ancak zahirî bir çatışma olabilir. Dworkin'e göre geçerliliğini korurken çatışabilen normlar ilkelerdir. Raz ise kuralların da çatışabileceğini düşünmektedir. Bunun nedeni ise farklı kuralların birbirini nitelendirip, birbirinin anlamını değiştirebilmesidir⁹³. Bir örnekle açıklamaya çalışalım. X normu şöyledir: "D durumunda her A, α ile yükümlüdür". Y normu ise şu şekildedir: "D durumunda askerlik görevini yerine getiren A'lar, α ile değil β ile yükümlüdür". Bu iki normun çatıştığı ortadadır. Bunun sonucunda Y normu geçersiz olmaz. Aksine, X normunun istisnasını düzenleyen geçerli ve çatışan bir başka norm konumundadır. Askerlik görevini yerine getiren A'lar açısından bu

⁸⁸ Örneğin Joshua Gert anlamın temel biriminin kelime değil, cümle olarak belirlenmesinin daha yararlı olduğunu düşünmektedir. Bkz. Joshua Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 63.

⁸⁹ Raz, "Legal Principles and Limits of Law", *op. cit.*, s. 829.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, s. 830.

⁹² Joseph Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2. B., Oxford: Clarendon Press, 1997, s. 45. Aksi yönde bkz. Giovanni Sartor, "Legal Validity as Doxastic Obligation: From Definition to Normativity", *Law and Philosophy*, C. 19, S. 5, ss. 608-609.

⁹³ Raz, "Legal Principles and Limits of Law", *op. cit.*, ss. 830-832.

çatışmanın *lex specialis derogat legi generali* ilkesi uyarınca, Y lehine çözümleneceği düşünülebilir.

Dworkin'in hukuk kurallarının gerçekten çatışamayacağı düşüncesine bir başka sebeple karşı çıkmak da mümkündür. Dworkin hukuk kuralları her çatıştığında bu kurallardan birinin geçersiz olacağını varsaymaktadır. Ancak, hukuk sistemlerinde geçersizlik *genellikle* çatışan normların var olduğu anda değil, bu çatışma tespit edilip normlardan birinin geçersiz olduğuna karar verildiği anda ortaya çıkar. Bir başka deyişle, hukuk sistemlerinde normlar geçersiz *kılınır*. Hatta hukuk sistemlerinin kanun-anayasa çatışmalarına getirdiği genel çözüm düşünülürse, anayasa ile çatışan kanunun geleceğe dönük olarak geçersiz kılınır. Bir başka deyişle, söz konusu kanun, belki de uzun bir süre boyunca, anayasal normla çatışmasına rağmen geçerli bir norm olarak mevcut olabilir. Ayrıca, hukuk düzeni bazı çatışmalar açısından bir geçersizlik yaptırımı öngörmemiş olabilir. Örneğin, Türk hukuku açısından usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların anayasayla çatışması durumunda uygulanabilecek bir yaptırım mevcut değildir. Bu durumda uluslararası antlaşma ile anayasa arasındaki çatışma gerçek bir çatışma olacak ve normlardan birinin geçersizliğiyle sonuçlanmayacaktır. Kısacası, hukuk kurallarının çatışarak birlikte var olamayacağına, hukuk kuralları arasında gerçek çatışmaların bulunamayacağına dair görüşü kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Dworkin'in ilke-kural ayrımını eleştirmeye devam eden Raz, kural ve ilkelerin çatışması durumunda bu çatışmanın farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde çözümleneceğini düşünmektedir. Ancak, Raz, kuralların da önemi ve ağırlığı (*importance and weight*) olduğunu vurgular. Yine de, kurallar arası çatışmalar yalnızca kuralların göreceli önemine göre çözülürken, ilkeler arasındaki çatışmalar, bu ilkelerinin önemi yanında olası sonuçlarıyla birlikte değerlendirilerek çözülür⁹⁴. Dworkin'in argümanının bu değiştirilmiş biçimini kabul eden Raz, yine de ilkeler ve kurallar arasında mantıksal bir fark bulunmadığını vurgular⁹⁵. İlkeler de kurallarla çatışabilir ve bu durumda çatışma ilke ve kuralın göreceli öneminin sonuçlarıyla birlikte değerlendirilmesiyle çözülür. Dolayısıyla, ilkeler ve kuralların çatıştığı durumlarda

⁹⁴ *Ibid.*, s. 833.

⁹⁵ *Ibid.*

kurallar da ilkeler gibi muamele görmektedir⁹⁶. Raz'ın Dworkin'e yönelik eleştirisine kısaca göz attık. Şimdi Raz'ın ilke-kural ayrımını nasıl yaptığını inceleyeceğiz.

Raz'a göre de ilkeler ve kurallar arasındaki ayrım mantıksal bir ayrımdır. Ancak bu, bütün kuralların ve ilkelerin yeknesak bir mantıkla formüle edilebileceği anlamına gelmez⁹⁷. Raz, norm niteliği taşımayan kuralların varlığına işaret eder. Bunlar doğrudan kişilerin eylemleri açısından sebep teşkil etmek yerine, bu sebepleri normların anlamını veya uygulanışını nitelendirerek kişinin eyleme ilişkin sebeplerini dolaylı olarak etkilerler⁹⁸. İşte, bunların bir kısmı, özellikle de daha genel ve geniş nitelikte olanları ilke olarak adlandırılır⁹⁹. Hage ve Verheij de benzer bir şekilde kurallar ve ilkeler arasındaki farkı bir derece farkı olarak görmekte, kuralların yalnızca kendi neticeleri lehine sebep sağlamanın dışında, farklı sonuçlara yol açacak kuralların uygulanması aleyhinde de sebep sağladıklarını ileri sürmektedir¹⁰⁰.

Biz Raz tarafından önerilen ayrıma katılmıyoruz. Bunun sebebi bizim norm tanımımızın Raz'ın norm anlayışından daha geniş olması ve daha da önemlisi, normların kişilerin içsel süreçlerine de hitap edebildiğini kabul etmemizdir. Gördüğümüz gibi, Raz'ın norm olmayan kurallardan bahsetmesinin sebebi bu kuralların eylem açısından bir sebep üretmeyip, düşünce, yorum vb. içsel faaliyetler açısından sebep sunuyor olmasıdır. Biz norm kavramını bu içsel süreçlere de ilişkin olabilecek şekilde algılıyoruz. Kaldı ki, eğer hukuk pratiğinde ilke ismini alan normların durumunu düşünürsek, ilkelerin eylemi düzenlemeye yönelmediği, bunu ancak dolaylı olarak yaptığı tespitinin yerindeliği tartışmalıdır. Örneğin, Türk hukukunda idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna dayanmasını ve bu eylem ya da işlemlerin kanuna aykırı olmamasını ifade eder¹⁰¹. Görüldüğü gibi, kendisinden ilke olarak bahsedilen bir kural, idareye mensup kişilerin eylemleri açısından bir "olması gereken" teşkil etmekte, idare mensuplarının kanuna uygun davranması için bir sebep teşkil etmektedir. Burada, elbette söz konusu isimlendirmenin yanlışlığı tartışma konusu

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, s. 834.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 835.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Jaap Hage ve Bart Verheij, "Reason-based Logic: A Logic For Reasoning With Rules and Reasons", *Information and Communications Technology Law*, C. 3, S. 2-3 (1994), ss. 177, 179.

¹⁰¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt: I, 2. B., Bursa: Ekin, 2009, s. 136.

edilebilir. Ancak, biz, bu denli yerleşik kullanımların, önceden benimsenen tanımlar dolayısıyla yanlış olduğunu iddia etmeyi doğru ve yararlı bulmuyoruz. Benimsenen tanımlar, tutarlı oldukları ölçüde yerleşik kullanımlara uygun olmalıdır.

Bununla birlikte, hukuk pratiğinde ilke olarak adlandırılan normların sıklıkla kurallardan daha genel nitelikli ve soyut olduğunu görürüz. Dolayısıyla, belki de normun genellik niteliğine göre bir ilke-kural ayırımına gidilmesi mümkündür. Normun genel olması hukuk uygulayıcılarının normu anlamlandırırken daha geniş bir serbestisi olduğu anlamına gelecektir. Bu nedenle, ilke ve kurallar arasında hukuk uygulayıcılarının ve özellikle hâkimlerin ilkeleri uygularken daha geniş bir yorum yetkisine sahip olduğu düşünülebilir. Ancak, bunun dışında ilkeler ve normlar arasında mantıksal bir fark bulunduğu görüşünü savunmak güçtür. Bunun nedeni normların fiziksel eylem dışındaki içsel değerlendirme süreçlerine de ilişkin olabileceğini kabul etmemiz ve Raz'ın vurguladığı gibi kuralların da kimi zaman ilkeler gibi önemi ve sonuçları doğrultusunda değerlendirmeye tabi olabilmesidir.

C. EYLEM SEBEPLERİ VE NORMLAR

1950'lerin ortasından bu yana normativiteyi pratik sebeplerle (*practical reasons*) açıklamaya çalışan görüş gittikçe daha fazla destek kazanmaya başlamıştır¹⁰². Normativitenin açıklanmasında pratik sebeplerin baskın konuma gelmesi, benzer bir eğilime hukuki normativite alanında da rastlanmasına yol açmıştır. Buradaki temel amacımız eylem sebebi kavramını, farklı sebep kategorilerini sunmaktır. Sonrasında eylem sebepleri ile yukarıda ele aldığımız norm kavramı arasındaki ilişkiyi kuracak, sebeplerin tartılması ve normatif çatışmaya ilişkin bazı açıklamalarda bulunacağız. İlk olarak sebep kavramının burada kullandığımız anlamına ilişkin bir incelemeye girmemiz gerekmektedir.

¹⁰² Thomson, *Normativity*, op. cit., s. 125.

1. Sebep Kavramı

Bu kısımda bahsedeceğimiz sebep kavramının İngilizce karşılığı “*cause*” değil, “*reason*”dır. Her iki kavram da dilimize sebep olarak çevrilebilir. Ancak, bu iki kavramın anlamı farklıdır. “*Cause*” kavramı sebep-sonuç ilişkilerindeki sebeptir. Bir başka deyişle, “*cause*”un söz konusu olduğu durumlarda, bu olguyu takip eden bir sonuç bulunmaktadır. Öyle ki “*cause*” mutlak suretle bir “*effect*”e, dilimize uygun şekilde ifade edecek olursak, bir sonuca yol açar. Bu iki olgu (*cause* ve *effect*) arasındaki ilişki doğal zorunluluktur. Tam olarak ifade etmek gerekirse, “*cause*” “bir harekete, olaya veya duruma yol açan kişi veya şey”¹⁰³ şeklinde tanımlanabilir. Şu tür Türkçe cümlelerde söz konusu olan “*reason*” değil “*cause*”dur: “Yağmurun nedeni havadaki su buharının atmosferin üst katmanlarında yoğunlaşmasıdır”, “Kanserin en önemli sebebi sigaradır”, “Düşüğüm için dizim yaralandı”. Bu örneklerden de fark edilebileceği gibi, “*cause*”un her zaman sonuca kendi başına ve doğrudan yol açması gerekmez. Örneğin, sigara içmek başlı başına kansere yol açmayabilir. Ancak, sigaranın kansere yol açan bir faktör olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, “*cause*”un “etken” anlamı da bulunmaktadır. Sigara içmek kanserin olası “*cause*” kümesinde bir etken olarak bulunmaktadır.

“*Reason*” kavramı için şu tanımlar önerilmektedir: “bir şeyin olması veya bir kişinin belli bir şekilde davranmasına ilişkin olgular”, “bir şeyi yapmayı doğru kılan şey”¹⁰⁴, “bir hareket veya olayın nedeni, açıklaması veya gerekçesi”¹⁰⁵. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, “*reason*” kavramı “*cause*” kavramını kapsamaktadır. Nitekim yukarıda “*cause*” kavramı için verdiğimiz tanım, “*reason*” için önerilen tanımların içine yerleştirilmiştir. Ancak, bizim bahsettiğimiz sebep kavramının karşılığı “bir hareket veya olaya yol açan şey” anlamındaki “*cause*” değil, “bir şeyi yapmayı doğru kılan şey” veya “belli şekilde davranmaya ilişkin olgular” anlamına gelen dar anlamdaki “*reason*”dır. Örneğin şu ifadelerde söz konusu olan “*cause*” değil “*reason*”dır: “Okula gitmek için sebebim yok”, “Dışarıya neden çıktığımı söylemek zorunda değilim”,

¹⁰³ English Oxford Library Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cause>, ET: 16.4.2020.

¹⁰⁴ İlk iki tanım için bkz. Cambridge Dictionary, https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/reason_1, ET: 16.4.2020.

¹⁰⁵ English Oxford Library Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/reason>, ET: 16.4.2020.

“Kimseye sebepsiz yere ithamda bulunmam”. Dikkat edileceği üzere, burada bir motivasyondan, eylemin altında yatan bir gerekçeden bahsetmekteyiz. İlk örnekteki bildirimde bulunan kişinin okula gitmesi için bir sebebinin olmaması birden fazla anlama gelebilir. Belki de okul tatildir ve okulun tatil olduğu bir günde öğrencinin okula gitme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Şimdi okulun tatil olmadığını ve öğrencinin bir sabah uyandığını düşünelim. Bu öğrencinin okula gitmek için bir sebebi olduğunu düşünürüz. Çünkü okul açıktır ve bir öğrenci olarak okula gitmesi *gerekmektedir*. Ancak, bu sebep öğrencinin okula gitmesine yol açmayacaktır. Öğrenci başka hiçbir şeye gerek olmaksızın okula yönelmeyecektir. Hatta böyle bir sebebin öğrencinin okula gitmesinin “*cause*”u olması mümkün değildir. Ancak, öğrenci olduğunun ve sorumluluklarının farkında olan kişinin bu sebebi tanıyıp, o sebep doğrultusunda hareket etmesi ve okula gitmesi *beklenir*. Zaten “*reason*” kavramını normativitenin temeli olmaya elverişli kılan da o ve ilişkili olduğu eylem arasındaki ilişkinin doğal zorunluluk veya illiyet olmamasıdır. Eğer norm olduğu düşünülen önermeyle eylem arasında illiyet ilişkisi varsa, bir başka deyişle, kişinin sözde normun öngördüğünden farklı bir şekilde davranması mümkün değilse ortada bir norm yoktur¹⁰⁶. Bu sebeple, normativite kavramının “*cause*” ile açıklanması mümkün değildir. Bununla birlikte, nasıl bir “*cause*”un sonuca tek başına yol açması gerekmiyorsa, “*reason*”ın da bir gerekliliği tek başına açıklayabilmesi gerekmez. Bazı durumlarda belli bir eylemin gerekçelendirilebilmesi için birden fazla “*reason*”a sahip olunması gerekir.

Dolayısıyla, “sebep akımı” olarak isimlendirebileceğimiz rasyonalist açıklama, hukukun normativitesini *rationun* kendine özgü normativitesiyle açıklar. Hukuk normunun insan açısından bir sebep teşkil ettiğini, kişinin aklına hitap ederek hukuk normuna uymamanın irrasyonel olacağını ileri sürer. Dolayısıyla, sebep akımının açıklaması gereken normativiteyle akıl arasındaki ilişkidir¹⁰⁷. Bizim amacımız hukukun normativitesinin sebep kavramına dayandırılıp dayandırılmayacağını belirlemek olduğu için, özel olarak hukuki normativiteyle akıl arasındaki bağlantı da kurulmalıdır. Ancak, sebep kavramı da kendi içinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu kategorilerin hepsi belirttiğimiz amaç açısından uygun değildir. Şimdi bu ayrımları ele alalım.

¹⁰⁶ Doğal zorunlulukların norm niteliği taşıyamayacağı düşüncesi *necessitatem nulla obligatio est* ilkesiyle ifade edilir. İlerleyen bölümlerde bu ilkeye geri döneceğiz.

¹⁰⁷ Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 5.

2. Sebep Kategorileri

Bu kısımda incelenen sebep kategorileri açıklayıcı-normatif, mükemmel-*pro tanto*, epistemik-pratik, dışsal-içsel, birinci düzey-ikinci düzey ve ahlaki-sağduyu kaynaklı olarak sıralanacaktır. Burada sebepler arasında mümkün olan bütün kategorileri tükettiğimiz iddiasını taşımıyoruz. Kanımızca temel kategoriler teşkil eden bu ayrımlara değinerek çalışma açısından önem teşkil eden ayrımları tespit etmek niyetindeyiz.

a. Açıklayıcı Sebep-Normatif Sebep

Sebebe ilişkin ilk ayrım açıklayıcı sebepler (*explanatory reasons*) ve normatif sebepler (*normative reasons*) arasındaki ayrımdır. Göreceğimiz gibi, açıklayıcı sebepler ve normatif sebepler arasındaki ayrım bizim yukarıda değindiğimiz "*cause*" ve "*reason*" ayrımına benzemektedir.

Açıklayıcı sebepler, bir şeyin niçin o şekilde olduğunu açıklayan, bir şeyin oluşuyla ilgili bilgi sağlayan olgulardır¹⁰⁸. Raz her olgunun bu anlamda sebep olduğunu, çünkü her olgunun belli bir fenomenin açıklanmasında rol oynayabileceğini, her olgunun bir "neden böyle?" sorusunun yanıtında yer alabileceğini düşünmektedir¹⁰⁹. Önergelerin de açıklayıcı rol oynayabileceği düşüncesine karşı Raz, önergelerin yanlış olabileceğini ve yanlış önergelerin açıklayıcı rol oynayamayacağını ileri sürer. Doğru önergelerse olgulara işaret ederler. Dolayısıyla, ancak olguların açıklayıcı sebep olabileceği ve bütün olguların mutlaka belli bir fenomen, başka bir olgu açısından açıklayıcı sebep olabileceği kabul edilmelidir¹¹⁰. Stefano Berteau açıklayıcı sebeplerin normativitenin temeli olamayacağını belirtirken bu sebeplerin bir eylemin niçin

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 16.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

gerçekleştirildiğini açıklayıp, neden gerçekleştirilmesi gerektiğini açıklamadığını vurgulamaktadır¹¹¹.

Açıklayıcı sebepler konusunda son olarak "güdüleyici sebeplere"¹¹² (*motivating reasons*) değinmek gerekir. Kısaca açıklamak gerekirse güdüleyici sebepler eyleme ilişkin açıklayıcı sebeplerdir. Bunlar kişinin belli bir eylemi niçin gerçekleştirdiğini açıklamakta rol oynarlar. Genel olarak belirlediğimiz açıklayıcı sebep-normatif sebep ayrımı, eyleme ilişkin sebepler açısından güdüleyici sebep-meşrulaştırıcı sebep (*justificatory reason*)¹¹³ ayrımına dönüşmektedir. Bu bağlamda bir eylemin niçin gerçekleştirildiğini açıklayan olgular birer güdüleyici sebeptir. Örneğin, kişinin yere düşen anahtarını almak için eğildiğini düşünelim. Burada anahtarın yere düşmesi (veya anahtarın yerde olması) kişinin eğilmesi için güdüleyici bir sebeptir. Benzer şekilde, internetten yemek siparişi veren ve müşteri notu olarak 100 TL üstü getirilmesini isteyen kişinin, yanında bozuk para getirmeyen kuryeye sinirlenip bağırdığını düşünelim. Burada kuryenin 100 TL üstü getirmemiş olması, kişinin kuryeye bağırmasının güdüleyici sebebidir. Güdüleyici sebeple meşrulaştırıcı sebep arasındaki fark, ilkinden farklı olarak ikincinin bir eylemin niçin gerçekleştirildiğini açıklamaktan öteye geçmesi ve söz konusu eylemin niçin gerçekleştirilmesi gerektiğini açıklamasıdır¹¹⁴. Bu fark da zaten açıklayıcı sebep-normatif sebep ayrımına denk geldiği için bu konuda burada daha fazla açıklama yapmayacağız.

Bununla birlikte Raz "tam açıklayıcı sebep" (*complete explanatory reason*) kavramına da değinmektedir. Buna göre, tam açıklayıcı sebep öyle bir sebeptir ki herhangi bir başka olgunun açıklamaya dâhil edilmesi açıklamayı daha doğru ve daha iyi hâle getirmez¹¹⁵. Raz'ın sebep kavramı bir olgunun veya olayın açıklamasında yer alan ve o olayı mükemmel şekilde açıklayan bütün sebepleri değil, bu açıklamada yer

¹¹¹ Stefano Berte, "Obligation: A Legal-Theoretical Perspective", in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Pawel Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, ss. 156-157.

¹¹² Kavram için bkz. *ibid.*, s. 156. Bu kavram için "*motivational reason*" tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. Joshua Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, *op. cit.*, s. 112.

¹¹³ Kavram için bkz. Berte, "Obligation: A Legal-Theoretical Perspective", *op. cit.*, ss. 156-157.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Raz, *From Normativity to Responsibility*, *op. cit.*, s. 17.

alan tekil sebepleri ifade etmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla, açıklayıcı sebebin bir olayı veya olguyu eksiksiz şekilde açıklaması şart değildir.

Bu kısımda açıklayıcı sebeplerden başka bir fonksiyon üstlenen, bir olayın niçin gerçekleştiğini değil niçin gerçekleşmesi gerektiğini veya bir eylemin niçin yapıldığını değil niçin yapılması gerektiğini açıklayan sebepleri, yani normatif sebepleri inceleyeceğiz. Raz, normatif sebepler de dâhil olmak üzere, bütün sebeplerin olgu olduğunu düşünmektedir¹¹⁷. Bir başka deyişle, hem açıklayıcı sebepler hem de normatif sebepler birer olgudur. Aynı zamanda her olgu bir başka olgu veya fenomenin açıklanmasında bir fonksiyon üstlenebileceği için, bütün olgular birer açıklayıcı sebeptir. Bu da normatif sebeplerin de esasında birer açıklayıcı sebep olduğu anlamına gelmektedir. Ancak, buradan bu iki kavramın aynı anlama geldiği çıkarılamaz. Her ne kadar birer olgu olan normatif sebeplerin açıklayıcı bir fonksiyonu olsa da, bunların normatif fonksiyonu onları açıklayıcı sebeplerden ayırır¹¹⁸.

Bir başka görüş normatif sebeplerin de açıklayıcı olduğunu, ancak bu sebeplerin açıkladığı hususun bir olması gereken olduğunu düşünmektedir. Örneğin Berteau'ya göre yükümlülükler açıklayıcı (güdöleyici) sebeplerle değil, ancak normatif (meşrulaştırıcı) sebeplerle açıklanabilir¹¹⁹. Benzer bir şekilde John Broome da normatif sebepler için *ought-fact* (olması gereken olgusu) kavramı üzerinden normatif sebeplerin belli bir yükümlülüğümüzü açıklayan olgular olduğunu belirtmektedir¹²⁰. Yine Broome'un deyimiyle, burada "açıklamak" açısından normatif olan ve olmayan sebepler arasında bir fark bulunmamaktadır. Fark bu sebeplerin açıkladığı şey konusunda ortaya çıkmaktadır¹²¹. Dolayısıyla, Broome ve Berteau'ya göre normatif olsun veya olmasın, sebepler açıklama işini görürler. Raz ise normatif sebeplerin normatif olmayan sebeplerden neyin açıklandığına bağlı olarak ayrılabilirliğini kabul etmez. Ona göre

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*, s. 18. Bununla birlikte, Raz olgu ifadesini geniş anlamda kullanmaktadır. Örneğin belli bir davranışın ahlaken değerli olması da olgu kapsamına dâhil edilir. Raz olguların bunun dışında olay ve süreçlerin meydana gelmesini de ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, ss. 17-18. Biz de çalışmamızda olgu kavramını geniş anlamıyla kullanacağız.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Berteau, "Obligation: A Legal-Theoretical Perspective", *op. cit.*, s. 157.

¹²⁰ John Broome, "Reasons", in *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, editörler: R. Jay Wallace, Philip Pettit, Samuel Scheffler, Michael Smith, Oxford: Clarendon Press, 2006, s. 34.

¹²¹ *Ibid.*

normatif sebepler yalnızca normatif önermelerin (olması gerekene ilişkin önermelerin) doğruluğunu açıklamaktan fazlasını yaparlar¹²².

Raz'a göre Broome'un görüşünün hatalı olmasının iki sebebi vardır. Bunlardan ilki *akrasia* durumuna ilişkindir. *Akrasia* kişinin doğru eylemi bilmesi, fakat bu eylemi gerçekleştirmemesidir. *Akrasianın* sebebi tembellik, bağımlılık (uyuşturucu ve sigara örneklerinde olduğu gibi) gibi irade zayıflığı türleri olabileceği gibi başka bir sebep de olabilir. Burada mühim olan doğru eylemin sergilenmemesinin sebebinin cehalet olmamasıdır. Kişi *akrasia* durumunda doğru eylemi gerçekleştirmekten bilerek kaçınır. Raz'a göre *akrasia* durumunda bilerek doğru eylemden kaçınan kişi daha zayıf bir sebebe dayanmaktadır. Bir başka deyişle, her ne kadar bu sebep mevcut durumda daha güçlü bir sebep tarafından (doğru eyleme işaret eden sebep) bertaraf edilmişse de kişinin hiçbir sebebe dayanmadığı söylenemez¹²³. Bu daha zayıf sebep ise (*lesser reason*) kişinin eylemini açıklayabildiği ve güdüleyebildiği için normatif bir sebeptir. Ancak, bu normatif sebep herhangi bir normatif önermenin açıklanmasına katkıda bulunmamaktadır¹²⁴. Bu durumu bir örnekle açıklamaya çalışalım. A uzun yıllardır sigara içmektedir ve nefes darlığı şikâyetiyle doktora başvurmuştur. Doktor A'ya artık sigarayı bırakması gerektiğini, soluma kapasitesinin düştüğünü ve yaşadığı nefes darlığının sigara kaynaklı olduğunu söyler. A şikâyetlerinin sona ermesi için sigarayı bırakmak zorunda olduğunu bilmektedir. Ancak, sigara bırakma sürecinin zorluğu ve bu süreçte yaşayacağı sıkıntılardan dolayı sigarayı bırakmaz. A'nın içinde bulunduğu durum *akrasiadır*. Bu durumda A sebepsiz yere sigara içmeye devam etmemektedir. Bir olgu olarak sigara bırakma sürecinde çekeceği sıkıntılar onu daha ağır basan sebebe dayanarak hareket etmekten alıkoymaktadır. Bir başka deyişle, mevcut durumda "sigara bırakma gerekliliğine", bir olması gerekene işaret eden sebep, sigara içmeye devam etmeyi destekleyen sebebi bertaraf etmekte, o sebebe ağır basmaktadır. Ancak, bu durum sigara içmeye devam etmeyi destekleyen sebebin sebep olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü bu sigarayı bırakmanın zorluğu hâlâ kişinin sigara içmeye devam etmesini açıklayabilmekte, sigara içmeye devam etmek konusunda kişiyi güdüleyebilmektedir. Sonuç itibarıyla, sigarayı bırakmanın zorluğu normatif bir sebep

¹²² Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., ss. 22-23.

¹²³ *Ibid.*, s. 22.

¹²⁴ *Ibid.*, ss. 22-23.

olmasına karşın herhangi bir normatif önermenin, yani sigarayı bırakma gerekliliğinin, açıklanmasına katkı sağlamamaktadır.

Burada bahsi geçen normatif önerme hakkında bazı çıkarımlarda bulunmak gerekir. Ne Raz ne de Broome bu konuda doğrudan bir açıklama yapmaktadır. Aşağıda normlar ve eylem sebeplerinin ilişkisini ele alacağımız kısımda belirteceğimiz gibi, birer olgu olan eylem sebeplerine normatif güçlerini sağlayan normlardır. Dolayısıyla, her eylem sebebinin bir normdan kaynaklandığını söyleyebiliriz. Normlara ilişkin olarak normatif önermeler dile getirilebilir. Ancak, eylem sebepleri kaynaklandıkları normlara ilişkin normatif önermeleri açıklamaya yaramaz. Raz'ın *From Normativity to Responsibility* eserindeki açıklamalarından, normatif önermelerin her şey dikkate alındığında bir muhatabın gerçekleştirmesi gereken eyleme ilişkin olması gerektiğini anlıyoruz. Nitekim *akrasia* durumunda muhatabın dayandığı zayıf sebebin açıklayamadığı normatif önerme, ancak her şey dikkate alındığında muhatabın yapması gereken eyleme ilişkin bir önerme olabilir. Sigarayı bırakma örneğini dikkate alacak olursak, sigara içmeyi bırakmanın zorluğu, "Her şey dikkate alındığında muhatabın sigarayı bırakması gerekir" şeklindeki normatif önermenin açıklanmasına katkıda bulunmamaktadır. Raz'ın belirttiği gibi bu eylem sebebi ne bu önermenin doğruluğunu ne de yanlışlığını açıklayabilir. Önerme doğrudur, ancak eylem sebebinin bu doğruluğun açıklanmasında hiçbir rolü yoktur.

Raz'ın ikinci eleştirisi Broome'un da kabul ettiği bir durumdan yola çıkmaktadır. Broome bazı durumlarda bir kişinin belli bir eylemde bulunması gerekmediği gibi, o eylemden kaçınmasının da gerekmebileceğini belirtmektedir¹²⁵. Broome'a göre bunun sebebi fiil lehine ve aleyhine olan sebeplerin eşit ağırlıkta olması olabilir. Ancak daha muhtemel olan senaryoda sebeplerin ağırlığı tam olarak bilinemeyeceği için hesap yapılamaması, dolayısıyla da kişinin belli bir yönde davranmasının gerekmemesi söz konusu olur¹²⁶. Ancak Raz'a göre böyle durumlarda ya fiil aleyhine ve lehine normatif sebebin bulunmaması ya da lehte ve aleyhteki normatif sebeplerin birbirini bertaraf etmesi söz konusu olur¹²⁷. Dikkat edilecek olursa her iki durumda da söz konusu fiile ilişkin normatif durum aynıdır. Yani, fiilin yapılması gerektiğini bildiren doğru bir

¹²⁵ Broome, "Reasons", *op. cit.*, s.38-39.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 39.

¹²⁷ Raz, *From Normativity to Responsibility*, *op. cit.*, s. 23.

normatif önerme (*an ought proposition*) bulunmamaktadır. Bu nedenle Raz, normatif sebeplerin normatif önermeleri açıklamaktan daha fazlasını yaptığını, bu sebeplerin varlığının normatif önermelerin doğruluğunu göstermek ve açıklamaktan farklı bir anlamı olması gerektiğini düşünmektedir¹²⁸.

Netice itibarıyla Raz, normatif sebepleri inanç ve eyleme ilişkin akıl yürütmelerde sıçrama tahtası olarak kullanılabilen ve normatif kudrete ve etkiye sahip olgular olarak görmektedir¹²⁹. Elbette bu kısımdaki açıklamalar bizim konumuz açısından yeterli değildir. Normatif sebeplerin inanç ve eyleme ilişkin akıl yürütmelerde söz konusu normatif etkiye nasıl sahip olabildiğinin açıklanması gerekmektedir. Hukukun normativitesinin normatif sebeplerle açıklanması ancak bu konuda bir şüphe kalmadığında mümkün olur. Ancak, bu kısımdaki temel amacımız farklı sebep kategorilerini görmekti. Dolayısıyla tartışmanın geri kalanında normatif sebeplerin kendi arasındaki ayrımlarına değineceğiz.

b. Mükemmel Sebep-Pro Tanto Sebep

Mükemmel sebep-pro tanto sebep ayrımı Broome'a özgü bir ayrımdır. Bu ayrımı görmek, normatif sebeplerin bu alt kategorilerini incelemek bu kısmın amacını oluşturmaktadır. İncelemeye mükemmel sebeplerle başlamadan önce *pro tanto* ifadesinin “belli ölçüde”, “durumun gerektirdiği kadar” anlamlarına geldiğini belirtelim¹³⁰. Dolayısıyla, *pro tanto* sebepler belli ölçüde sebeptir. Yani, bunların normatif gücünde mükemmel sebeplere oranla bir eksiklik söz konusudur diyebiliriz.

Broome'a göre mükemmel sebep (*perfect reason*) kişinin belli bir eylemde bulunması gerektiğini açıklayan bir sebeptir¹³¹. Mükemmel sebep açıklama ve normativite olmak üzere iki unsuru içinde barındırmaktadır. Bir olgu olan mükemmel sebeple “belli bir yönde yükümlülüğü olma” olgusu arasındaki ilişki normatif değildir.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Bkz.

Oxford

Reference,

<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100350449>, ET: 10.3.2020; Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/legal/pro%20tanto>, ET: 10.3.2020.

¹³¹ Broome, "Reasons", *op. cit.*, s. 35.

Mükemmel sebebin açıklayıcı fonksiyonu burada yatar. Ancak ikinci olgu, yani “belli bir yönde davranma yükümlülüğü olma” olgusu normatiftir¹³². Normatif olguların normatif olmayan unsurları olabileceğini gösteren bu durum, normatif olan ve olmayan sebepler arasındaki ayrımı bulanıklaştırmaktadır¹³³.

Bununla birlikte, Broome aynı yönde birden fazla mükemmel sebep bulunabileceğini düşünmektedir. Bu konudaki tartışmayı sunmadan önce bu konuda Broome’un örneğini ve açıklamalarını aynen aktarmayı uygun buluyoruz:

“Ev yapımı grappanın¹³⁴ sağlığına zarar verdiği gerçeği onu neden içmemen gerektiğini açıklar, bu nedenle de ev yapımı grappa içmemen için mükemmel bir sebeptir. Niçin ev yapımı grappa içmemen gerektiğine ilişkin bir başka açıklama onun metil alkol içermesidir. Bu rakip bir açıklama değildir; ilkiyle uyumludur. Bu yüzden ev yapımı grappa içmemen için mükemmel bir sebep, içeceğin metil alkol içermesidir. Artık ev yapımı grappa içmemen için iki ayrı mükemmel sebebimiz bulunmaktadır.”¹³⁵

Kısaca ifade etmek gerekirse, mükemmel sebepler kişinin belli bir eylemde bulunması gerektiğini açıklayan, bu gerekliliği tartışmasız biçimde kuran olgulardır. Broome *pro tanto* sebeplere ihtiyacı şu şekilde açıklamaktadır: “Mükemmel sebeplerin yanı sıra başka tür normatif sebepler bulunmalıdır, çünkü ϕ yapman gerekme de sıklıkla X olgusunun ϕ yapman için bir sebep olduğunu söyleriz”¹³⁶. Bu durumlarda X ’in mükemmel sebep olmamasının nedeni bu olgunun tek başına hiçbir gerekliliği açıklamamasıdır¹³⁷. Bir başka deyişle, *pro tanto* sebepler bir eylem lehine belli bir destek sağlasalar da bu eylemin gerekliliğini tek başlarına açıklayamazlar.

Broome’a göre, *pro tanto* sebeplerin bulunduğu durumlarda bir tartma işlemi (*weighing*) söz konusu olur. Bir eylem lehine olan sebeplerle aleyhine olan sebepler değerlendirilir. Bunlara sanki bir tartının iki kefesine konan ve ağırlığı olan nesnelermiş gibi davranılır ve ağır basan taraftaki sebeplerin gösterdiği eylem gerçekleştirilir. Elbette, sebeplerin nesneler gibi kesin biçimde belirlenebilir ağırlıkları yoktur. Ancak,

¹³² *Ibid.*, s. 34.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Grappa üzümünden yapılan alkollü bir İtalyan içkisidir.

¹³⁵ Broome, "Reasons", *op. cit.*, s. 35.

¹³⁶ *Ibid.*, s. 36.

¹³⁷ *Ibid.*

sebeplerin ağırlığının ölçüsü belirsiz olsa da tartma işlemine benzer bir işlemin uygulanması ve hangi tarafın ağır bastığının belirlenmesi gerekir¹³⁸.

Broome'un amacı *pro tanto* sebepleri tanımlayabilmektir. Orijinal tanımını bir eleştiri neticesinde değiştirmiştir. Burada bizi yalnızca nihai tanım ilgilendirmektedir. Buna göre *pro tanto* sebep, belli bir eylemde bulunma gerekliliğinin tartma içeren gerçek veya potansiyel bir açıklamasında eylem lehine ya da aleyhine sayılan veya ne söz konusu eylemin yapılması gerektiğini ne de yapılmaması gerektiğini açıklayan bir olgudur¹³⁹. Bu karışık tanımları sadeleştirmeye çalışalım. *Pro tanto* sebepler farklı yöndeki sebeplerin değerlendirilmesi gereken bir durumda, belli bir eylem lehine veya aleyhine bir olması gerekene işaret eden olgulardır. Ancak, öyle bazı durumlar vardır ki belli bir olgu belli bir eylemin gerçekleştirilmesi gerektiğini göstermediği gibi, bu eylemden kaçınılması gerektiğini de göstermez. Bu tür olgular da Broome'un aldığı bir eleştiri¹⁴⁰ neticesinde *pro tanto* sebeplerin tanımına eklenmiştir.

Mükemmel sebeplerle *pro tanto* sebepler arasındaki tek fark ilkinin bir gerekliliği, bir olması gerekeni açıklamada tek başına yeterli olmasına rağmen, ikincinin tek başına yeterli olmaması ve aksi yöndeki sebepler arasında bir tartmanın gerçekleştirilmesinin gerekmesidir. Bir başka deyişle, aksi yönde bir gerekliliği açıklayan başka bir *pro tanto* sebebin yokluğunda her *pro tanto* sebep mükemmel sebep teşkil edecektir. Broome da bazı durumlarda *pro tanto* sebeplerin belli bir eylemin gerekliliğini açıklamada tek başlarına yeterli olabileceğini, yani bir *pro tanto* sebebin aynı zamanda mükemmel sebep olabileceğini kabul etmektedir¹⁴¹. Bu da akla mükemmel sebep-*pro tanto* sebep ayrımının gerekli/önemli olup olmadığını getirmektedir. Kanımızca mükemmel sebeplerin de aslında birer *pro tanto* sebep olduğu ve hatta mükemmel sebep denilen olguların mevcut olduğu durumlarda dahi bir tartma işlemi gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Yalnızca bu tartma işleminde terazinin karşı kefesine koyacak bir ağırlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, “0” ağırlığa karşı tartılan *pro tanto* sebep her seferinde üstün gelmekte, bu nedenle de tek başına bir yükümlülüğü veya gerekliliği açıklamakta başarılı olmaktadır. Mükemmel sebep kavramı tamamen

¹³⁸ *Ibid.*, ss. 36-37.

¹³⁹ *Ibid.*, ss. 40-41.

¹⁴⁰ Eleştiri ve eleştirinin değerlendirilmesi için bkz. *ibid.*, s. 40.

¹⁴¹ *Ibid.*, s. 42.

pro tanto sebep kavramı ve tartma işlemi üzerinden açıklanabildiğine göre, mükemmel sebebin en azından “temel”, “asli” bir sebep kategorisi oluşturmadığını söyleyebiliriz. Nitekim sebepler ve sebeplerin akıl yürütmedeki etkisi ve normatif önermelerin doğruluğunu açıklamadaki başarısı mükemmel sebep kavramına başvurulmaksızın, yalnızca *pro tanto* sebep kavramı üzerinden açıklanabilmektedir.

Joseph Raz, Broome’un mükemmel sebep-*pro tanto* sebep ayrımını eleştirmektedir. Raz *pro tanto* sebeplerin iki temel unsuru birleştirdiğini belirtir. İlk olarak, *pro tanto* sebeplerin belli ağırlıkları vardır ve bir kimsenin ne yapması gerektiği bu ağırlığın bir fonksiyonu olarak ifade edilebilir¹⁴². İkinci olarak, eylem lehinde *pro tanto* bir sebebin var olması, aynı eylem aleyhine de bir sebebin olabileceğini ima eder¹⁴³. Raz, Broome’un *pro tanto* sebeplerin ağırlığına ilişkin görüşlerini gerekçelendirmediğini belirtir. Ona göre, eylem sebeplerinin ağırlığı sadece bir metafordur. Raz da bir sebebin başka bir sebebi yenmesinden bahsetmekte, ancak bundan dolayı çatışan sebepleri savaşa tutuşmuş düşmanlar olarak gördüğünün düşünülmemesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁴⁴. Raz’a göre mühim olan çatışan sebeplerin varlığında bunlara ilişkin çeşitli önermelere dayanarak sonuca varılacak olmasıdır¹⁴⁵. İkinci unsura ilişkin kısa tartışmasında Raz, mükemmel sebep ve *pro tanto* sebepler arasında mantıksal bir farklılık olduğunu vurguladıktan sonra mükemmel sebeplerle çatışabilecek bir sebebin bulunmaması gerektiğini vurgular. Bir başka deyişle, mükemmel bir sebebin varlığı tek başına bu sebebin desteklediği eylemin aleyhinde bir eylem sebebinin bulunmadığı anlamına gelmektedir¹⁴⁶. En nihayetinde Raz, bu karışıklığın gerçek ve önemli olduğunu, ancak normatif sebeplerin Broome’un *pro tanto* sebeplerinin iki niteliğiyle sınırlanması gerekmediğini vurgulamaktadır. Buna göre, normatif sebepler arasında epistemik-pratik gibi daha temel ayrımlardan bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla, Raz kendi tartışmalarında bu ayrımı ihmal eder¹⁴⁷.

Burada tek bir hususa dikkat çekmek isteriz. Raz, Broome’un mükemmel ve *pro tanto* sebeplere dair görüşüne ilişkin bir hataya düşüyor olabilir. Belki de biz satır

¹⁴² Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 21.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, ss. 21-22.

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 22.

¹⁴⁷ Bkz. *ibid.*, s. 22.

aralarındaki gerekçelendirmeyi göremiyoruz. Ancak, kanımızca Broome mükemmel ve *pro tanto* sebepler arasındaki farkı mantıksal bir fark olarak kurgulamamaktadır. Bir başka deyişle, Raz'ın belirttiğinin aksine, mükemmel bir sebebin varlığının mantıksal olarak bu sebeple çelişebilecek bir sebebin bulunamayacağını ifade etmesine gerek yoktur. Broome yalnızca mükemmel sebebin bir kimsenin niçin belli bir eylemi gerçekleştirmesi gerektiğini açıklayabilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Zaten, *pro tanto* bir sebebin belli durumlarda mükemmel sebep niteliği taşıyabileceğini belirtmesi de iki kategori arasındaki farkı mantıksal bir fark olarak görmediğini göstermektedir. Bununla birlikte, eğer Raz'ın düşündüğü gibi mükemmel sebepler kendisiyle çatışabilecek başka bir sebebin var olamayacağı sebepler olsaydı ve bu sebeplerin varlığı gösterilebilseydi, *pro-tanto* ve mükemmel sebepler arasındaki ayrımın temel ve önemli bir ayrım olabileceğini kabul etmemiz gerekirdi.

Sonuç olarak, mükemmel sebebin niteliğinde "mükemmel" bir yan olmadığını, bu sebebin yalnızca rakipsiz (*uncontested*) bir *pro tanto* sebep olduğunu söyleyebiliriz. Mükemmel sebep olan olguyla *pro tanto* sebep olan olgunun sebep niteliğinde bir fark bulunmamaktadır. Zaten Broome'un da belirttiği gibi, bazen *pro tanto* sebeplerin de mükemmel sebep olabilmesi bu hususu doğrulamaktadır. Ancak, bu doğrulamanın gerçekleşebilmesi için aynı olgunun aynı eylem açısından mükemmel ve *pro tanto* sebep teşkil ettiği iki ayrı örnek bulmak durumundayız. Mesela şöyle bir örnek bizim açımızdan elverişli olmaz: "Sigaranın sağlığa zararlı olması" olgusu hiç sigara içmemiş birisi için "sigaraya başlamama"nın mükemmel sebebidir. Yani, bu kişinin niçin sigaraya başlamaması gerektiğini tek başına açıklayabilmektedir. Ancak aynı olgu, yani sigaranın sağlığa zararı, sigara içen birisi için ancak *pro tanto* bir sebep teşkil edebilir. Nitekim bu kişinin sigarayı bırakma sürecinde yaşayacağı sıkıntı sigara içmeye devam etmesi için bir sebep oluşturur¹⁴⁸. Biz şu örneği öneriyoruz: Havanın çok güzel olması hafta sonu bir gezi veya tatile çıkmak için mükemmel sebep teşkil edebilir. Eğer kişinin başka bir işi yoksa, güzel havayı dışarıda bir gezi veya tatille değerlendirmek gerekir. Ancak, pazartesi gününe yetiştirmesi gereken bir dilekçesi olan avukat için havanın güzel olması ancak *pro tanto* bir sebeptir. Havanın güzelliğinin karşısındaki kefeye

¹⁴⁸ Bu noktada sigara içen kişinin sahip olduğu sebeplere ilişkin aşağıda inceleyeceğimiz türden dışlayıcı bir sebep olmadığını varsayıyoruz. Burada sigara içerken çekilecek sıkıntıların "insan acıdan kaçınılmalıdır" şeklindeki bir normu, bir olması gerekeni açıklayan bir olgu olduğunu varsayalım.

yetişmesi gereken dilekçe oturtulmuştur. Bu iki durumda da sebep olma niteliğini tartiştığımız olgu havanın güzelliğidir. Ancak, görüldüğü gibi aynı olgu aynı eylem açısından (tatil veya geziye gitme) bir durumda m kemmел sebep teşkil ederken, diğer durumda *pro tanto* sebep teşkil etmektedir.

Netice itibariyle şunu söyleyebiliriz: şeyleri dilediğimiz gibi isimlendirebiliriz. Dolayısıyla, bir eylemin gerekliliğini etkileyen tek olgunun olduğu durumlarda bu olguya "m kemmел sebep", birden çok olgunun olduğu durumlardaysa "*pro tanto* sebep" ismini koyabiliriz. Sorun bu isimlendirmeyi yapamayacak olmamız değil, bu isimlendirmenin sebep kavramını açıklamada ne kadar başarılı olduğudur. Kanımızca, sebeplere ilişkin teorilerin bu isimlendirmeden kazanacağı pek bir şey yoktur. Amacımız hukukun normativitesinin eylem sebepleriyle açıklanıp açıklanamayacağını, bu açıklamanın nasıl yapılması gerektiğini belirlemek olduğuna göre, bu isimlendirmeyi devam ettirmenin bir anlamının olmadığı kanısındayız.

c. *Epistemik Sebep-Pratik Sebep*

Normatif sebeplerin kendi arasındaki bir başka ayrım, epistemik sebep (*epistemic reason*) ve pratik sebep (*practical reason*)¹⁴⁹ ayrımıdır. Eylem sebeplerinin pratik sebeplerin en önemli alt kategorisini oluşturduğu s ylenebilir¹⁵⁰. Ayrımın var olmasının nedeni inancın bir eylem olmadığının d ř n lmesidir¹⁵¹. Bu ayrımı incelememizin önemli bir sebebi hukukun normativitesinin hukuk normunun bir eylem sebebi olmasına dayanılarak açıklanabilecek olmasıdır. Bu kısımda epistemik sebebi pratik sebepten ayıracak ve -eğer varsa- bu ikisi arasındaki ilişkiyi inceleyeceğiz.

Raz'a göre, eylem ve inanç sebepleri dışında arzu ve duygu sebepleri gibi başka tür sebepler de vardır. Ancak, bunlardan en temel olanları eylem ve inanç sebepleridir.

¹⁴⁹ Terimin İngilizcesi hem pratik sebep, hem de pratik akıl anlamına gelmektedir. Bizim burada incelediğimiz husus pratik akıl değil pratik sebeptir.

¹⁵⁰ Joseph Raz, eylem sebepleri dışında pratik sebeplerin bulunduğunu düşünmektedir. Bkz. Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 41, dn. 12.

¹⁵¹ Christopher Hookway, "Epistemic Norms and Theoretical Deliberation", in *Normativity*, ed. Jonathan Dancy, Oxford: Blackwell, 2000, s. 60.

Nitekim diğer tür sebepler bu sebeplere bağlıdır veya onlardan türer¹⁵². Epistemik sebepler veya inanç sebepleri bir önermenin doğruluğuna veya yanlışlığına inanmak için sebep teşkil eden olgulardır¹⁵³. Pratik sebepler veya eylem sebepleri ise bir eylemin yapılması veya yapılmaması gerektiğine işaret eden, bu gerekliliği açıklayan, eylemlerin değerlendirilmesinde rol oynayan olgulardır¹⁵⁴. Bir başka deyişle, pratik sebepler belli bir eylemin lehine veya aleyhine işlerken, epistemik sebepler bir şeye inanmak lehine veya aleyhine işler¹⁵⁵. Her iki ikisi de normatif sebeplerdir. Örneklendirmek gerekirse, kişinin susamış olması su içmek için pratik bir sebeptir. Öte yandan, havanın kara bulutlarla kaplı olması yağmur yağacağına inanmak için epistemik bir sebeptir.

Pratik sebeplerle epistemik sebepler arasındaki ilişki tartışmalıdır. Eylem sebeplerine ilişkin tamamen nesnelci olan düşünürler belli bir olgunun eylem sebebi olup olmadığının, muhatabın o olguyu bilip bilemeyeceğinden bağımsız olduğunu iddia eder¹⁵⁶. Eylem sebeplerine ilişkin perspektivist bir bakış açısı benimseyen teoriler ise muhatabın belli bir olgunun varlığından haberdar olmasının beklenemeyeceği durumlarda söz konusu olgunun eylem sebebi niteliği taşımadığını düşünmekte ve eylem sebebine uygun davranmayan/davranamayan muhatabı irrasyonel olarak görmemektedir¹⁵⁷.

Biz bu tartışmanın detaylarına girmeyeceğiz. Ancak, şu kadarını söylemekle yetinelim. Doğru eyleme ilişkin sebeplerin her zaman nesnel olması kanımızca makul olmayan bazı sonuçlara yol açar. İlk insanları düşünelim. Bu insanların çıplak tenin uzun süre güneş ışınlarına maruz kalması durumunda cilt kanserinin ortaya çıkacağını bilmelerinin imkânı yoktur. Bilmesinin imkânı olmayan bir konuda objektif anlamda doğru eylemi gerçekleştiremeyen ve deniz kenarında çıplak biçimde güneşlenen insanın irrasyonel olduğunu söyleyebilir miyiz? Kant'ın ahlak hakkında söylediklerini hatırlayalım. Buna göre, bir muhatabın ahlaka uygun davranması için yalnızca ahlaken

¹⁵² Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 15.

¹⁵³ Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 36.

¹⁵⁴ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., ss. 15-16; Thomas Michael Scanlon, *What We Owe to Each Other*, 3. B., Cambridge: Harvard University Press, 2000, s. 17.

¹⁵⁵ Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, op. cit., s. 19.

¹⁵⁶ Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, ss. 229-234.

¹⁵⁷ Bkz. Benjamin Kiesewetter, "How Reasons Are Sensitive to Available Evidence", in *Normativity: Epistemic and Practical*, editörler: Conor McHugh, Jonathan Way ve Daniel Whiting, Oxford: Oxford University Press, 2018, ss. 90-91.

doğru eylemi gerçekleştirmesi yetmez. Bunu bir ödev olduğu için, yani doğru sebeple gerçekleştirmesi gerekir¹⁵⁸. Kant aynı zamanda aklın öznenen gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir davranış talep etmeyeceğini de belirtir¹⁵⁹. İlk insan örneğinde “çıplak ve uzun süre güneşlenmemek” mümkün olsa da, “cilt kanserine yol açacak olması nedeniyle çıplak ve uzun süre güneşlenmemek” mümkün değildir¹⁶⁰. Kanımızca, Kant haklıysa ve eğer muhatabın doğru sebebe dayanması rasyonel olarak mümkün değilse, ortada muhataba uygulanabilir bir olması gereken, bir yükümlülük olmadığını kabul etmek gerekir. Burada kesin bir sonuca ulaşamayacak olsak da en azından belli şartlarda, örneğin muhatabın bilgi eksikliğinden hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı durumlarda, bilincinde olunmayan olgunun muhatap için eylem sebebi teşkil etmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Joseph Raz epistemik sebepler ve pratik sebepler arasındaki bazı farklara işaret etmektedir. Bunlardan ilki pratik sebeplerin çoğulculuğudur. Epistemik sebepler her zaman bir önermenin doğruluğuna veya yanlışlığına ilişkindir. Epistemik sebeplerin ilgili olduğu tek husus bir önermenin doğru mu yanlış mı olduğudur¹⁶¹. Pratik sebepler ise aynı anda pek çok hususla ve değerle ilişkili olabilir¹⁶². İki normatif sebep kategorisi arasındaki bu farkı kısaca ifade etmek gerekirse, epistemik sebeplerin yöneldiği tek değer "doğruluk" (*truth*) iken pratik sebepler pek çok farklı değere (dostluk, dürüstlük, sadakat) hizmet edebilir. Raz ayrıca daha güçsüz bir epistemik sebebin kolaylıkla göz ardı edilebileceğini, ancak tartma işlemi neticesinde hafif kalan pratik sebeplerin hâlâ birer sebep olarak kalmaya devam ettiğini düşünmektedir¹⁶³. Şöyle bir örnek verebiliriz: Sigarayı sağlık sorunları nedeniyle bırakması gereken kişinin sigarayı bırakmak için

¹⁵⁸ Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, op. cit., s. 11.

¹⁵⁹ Kant, *The Critique of Pure Reason*, op. cit., s. 540. Aslında “*ought implies can*” veya “*impossibilium nulla obligatio est*” şeklinde de ifade edilen bu düstur gerçekleştirilmesi fiziksel olarak imkânsız olan davranışa atıfta bulunur (*impossibilium nulla obligatio est* ilkesini çalışmamızın “Bağlayıcılık ve Bağdaştırmanın Pozitivist Niteliği” başlığı altında ele alacağız). Ancak, eğer aynı zamanda ahlaka uygun davranmak doğru sebeple davranmayı gerektiriyorsa sebebi bilemeyecek olan öznenin doğru davranışı gerçekleştirmesi imkânsız demektir.

¹⁶⁰ Elbette burada söz konusu gerekliliğin ahlaki bir gereklilik olup olmadığı tartışılabilir. Burada insanın kendi sağlığını korumasının ahlaki bir gereklilik olduğunu varsayıyoruz. En nihayetinde ahlaki ödevlerin de bilgi eksikliği nedeniyle yerine getirilememesi mümkün olduğu için kişinin kendi sağlığını korumasının ahlaki bir ödev olup olmamasının ulaştığımız sonucu değiştirmeyeceğini düşünüyoruz. Ensestin ahlaken yanlış olduğunu varsayarsak İokaste ile evlenen Oidipous’un irrasyonel olduğunu söyleyebilir miyiz? Sofokles’in eserini bir tragedya yapan zaten Oidipous’un en azından İokaste ile ilgili olarak başına gelenlerde bir suçunun olmaması değil midir?

¹⁶¹ Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 41.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*, s. 42.

kuvvetli bir pratik sebebi vardır. Ancak, sigarayı bıraktığında kilo alacağından korkan kişinin, zayıf da olsa, sigarayı bırakmamak için de pratik bir sebebi vardır. İdeal olan ilkinin tam olarak gerçekleştirmek, ancak mümkün olduğunda daha zayıf sebebi de dikkate almak, onu da gerçekleştirmeye çalışmaktır. Yani, bu senaryoda kişinin yapması gerekenin sigarayı bırakmak, ancak kilo almamak için aynı zamanda düzenli spor yapmaya başlamak olduğu söylenebilir.

Epistemik sebeplerin aksine pratik sebepler tek başlarına bir eylemi gerektirmek için yeterli olabilir¹⁶⁴. Bir başka deyişle, eğer kişinin belli bir eylemi gerçekleştirmek için sebebi varsa ve bu eylemi gerçekleştirmemek için hiçbir sebebi yoksa, eylemin gerçekleştirilmesi gerekir. Bu eylemin gerçekleştirilmemesi aykırılık olarak nitelendirilecektir. Oysa kişinin belli bir önermenin doğruluğuna inanmak için sebebinin olması ve aksine inanmak için sebebinin olmaması söz konusu inancın doğruluğunu garanti etmez¹⁶⁵. Bunun sebebiyse inancın ertelenmesi mümkünken eylemin ertelenmesinin mümkün olmamasıdır¹⁶⁶. Kişi ne önermeye ne de aksi bir önermeye inanmak suretiyle inancı erteleyebilir. Ancak, eylemi gerçekleştirmeyerek gereken eylemin aksini gerçekleştirmiş olacağınız için eylemin aynı şekilde ertelenmesi mümkün değildir¹⁶⁷.

d. Birinci Düzey-İkinci Düzey Eylem Sebepleri ve Dışlayıcı Sebepler

Bu kısımda eylem sebeplerinin kendi arasındaki bir ayrıma değinmek istiyoruz. Bu ayrım birinci düzey (*first order*) ve ikinci düzey (*second order*) sebepler arasındaki farka dayanır. Bu farkın neticesinde Raz'ın otorite temelli hukuk anlayışını ele alırken sıkça karşılaşacağımız dışlayıcı sebep (*exclusionary reason*)¹⁶⁸ kavramını da inceleyeceğiz.

¹⁶⁴ *Ibid.*, s. 45-46.

¹⁶⁵ *Ibid.*, s. 46.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Biz “*exclusionary reason*” ifadesinin Türkçe çevirisi için Halit Uyanık'ın önerisini esas aldık. Bkz. Uyanık, *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, op. cit., s. 99.

Daha önce sebeplerin tartılmasından bahsetmiştik. Buna göre, her sebebin belli bir ağırlığı vardır. Dolayısıyla, bir eylemin lehine ve aleyhine aynı anda farklı sebeplerin bulunması mümkündür. Her ne kadar sebeplerin tartılması belli ağırlığa sahip nesnelerin tartılması kadar net ve kesin olmasa da, kişi bu sebepler arasında bir kıyaslama yaparak ağır basan sebeplerin işaret ettiği eylemi gerçekleştirmelidir. Bu husus kişinin aksi bir eylem gerçekleştirmek için sebebi olmadığını göstermez. Söz konusu sebeplerin mevcut durumda yenildiğini (*defeated*) gösterir. Joseph Raz'a göre, sebepler arasındaki her çatışma bu tartma işlemi neticesinde çözümlenmez¹⁶⁹. Bu çatışmaların çözümünde ikinci düzey sebepler de rol oynar.

Birinci düzey eylem sebepleri kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini gösteren olgulardır. Bu olgular arasındaki çatışmalar eylem lehine ve aleyhine olan sebeplerin tartılması yoluyla çözülür¹⁷⁰. İkincil sebepler ise bir nevi sebeplerin sebebidir. Bu bağlamda ikinci düzey sebepleri bir sebebe dayanarak davranmaya veya bu sebebe dayanarak davranmaktan kaçınmaya ilişkin sebepler olarak tanımlayabiliriz¹⁷¹. Bu anlamda, birinci düzey sebepler ve ikinci düzey sebepleri Hart'ın birincil ve ikincil kurallarına benzetebiliriz. Hart'a göre birincil kurallar doğrudan vatandaşların yükümlülüklerini düzenlemeye yönelik kurallarken, ikincil kurallar birincil kurallar hakkındaki kurallardır¹⁷².

Dışlayıcı sebepler ise ikinci düzey sebeplerin içinde bir kategoridir. Dışlayıcı sebepler belli bir sebebe dayanarak davranmaktan kaçınmaya ilişkin sebeplerdir¹⁷³. Bir başka deyişle, ikinci düzey sebeplerin kaçınmaya ilişkin olanları dışlayıcı sebep kategorisini oluşturur. Bir örnekle bu kategorileri berraklaştırmaya çalışalım.

Onur araba satın almak istemektedir. Önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk araba A₁ daha ucuz, daha temiz ve daha yenidir. İkinci araba A₂ ise daha pahalı, kirli ve eski olmasına rağmen çevre açısından daha zararsızdır. A₁'in satıcısı arabanın sahip olduğu avantajları birer birer açıklayarak kendi arabasını alması konusunda Onur'u ikna

¹⁶⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 35-36.

¹⁷⁰ Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), s. 913.

¹⁷¹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 39.

¹⁷² Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 94. Biz ileride bu tanımın doğru olup olmadığını irdelleyeceğiz.

¹⁷³ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 39.

etmeye çalışır. Onur, arabalar konusunda çok bilgili olan arkadaşı Faruk'tan karar vermesine yardımcı olmasını ister. Faruk Onur'a çevrenin korunmasının insanlığın ortak gündemi olduğunu, arabalardan bir tanesinin çevre açısından daha zararsız olmasının bu durumda en önemli sebep olması gerektiğini belirtir ve Onur'a A₂'yi satın almasını tavsiye eder. Onur bütün avantajlarına rağmen A₁'i değil, A₂'yi almaya karar verir. A₁'in satıcısı Onur'un makul davranmadığını, kendi arabası hem daha yeni, hem daha ucuz hem de daha temizken A₂'yi alma kararının akıl dışı olduğunu iddia eder. Farklı kefellerdeki sebepleri tartan Onur'un kolaylıkla A₁'i almaya karar vermesi gerektiğini söyler. Onur ise bu konuda kendisinden daha bilgili olan arkadaşı Faruk'un değerlendirmesine uyması gerektiğini belirtir. İşte bu örnekte Onur, bir ikinci düzey sebebin varlığını ileri sürerek sebepler arasındaki tartma işlemini es geçmektedir. Söz konusu sebep Faruk'un arabalar konusunda Onur'dan daha uzman olması ve her şey dikkate alındığında A₂'yi satın almasını tavsiye etmesidir.

Broome, Raz'ın dışlayıcı sebep kavramının kendi kategorizasyonuna göre bir *pro tanto* sebep olduğunu düşünmektedir¹⁷⁴. Kanımızca bu tespitinde bir açıdan haklıdır da. Nitekim Raz, bir dışlayıcı sebebin yenilmediği sürece dışlayıcı olduğunu belirtmektedir¹⁷⁵. Bir başka deyişle, bir dışlayıcı sebebin daha güçlü bir ikinci düzey sebep tarafından yenilmesi mümkündür. Ancak, *pro tanto* sebeplerle dışlayıcı sebepler arasında önemli bir farkın bulunduğunu da belirtmek gerekir. Birinci ve ikinci düzey sebepler farklı pratik değerlendirme türlerine işaret ederler. Buna göre, ikinci düzey sebepler birinci düzey sebepler dengesine doğrudan dâhil olmaz¹⁷⁶. Birinci düzey sebepler doğrudan bir eylem lehine veya aleyhinedir. İkincil sebeplerse bir sebebe dayanarak hareket etme veya bu sebebe dayanarak hareket etmekten kaçınmaya yöneliktir. Broome'un tespitinin ve Raz'ın ifadelerinin bize söylediği tek şey dışlayıcı sebeplerin belli bir sebebe dayanarak hareket edilmesini engellemekte ancak başka bir ikinci düzey sebep bu dışlayıcı sebebi bertaraf etmiyorsa başarılı olacaktır. Peki ama nasıl bir sebep dışlayıcı bir sebebi bertaraf edebilir? Joseph Raz dışlayıcı sebeplerin bir başka ikinci düzey sebep tarafından bertaraf edilebileceğini belirtmektedir¹⁷⁷. Bir dışlayıcı sebeple, eylemin belli bir sebebe dayanarak gerçekleştirilmesine ilişkin sebep

¹⁷⁴ Broome, "Reasons", *op. cit.*, s. 47.

¹⁷⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 40.

¹⁷⁶ Bkz. Perry, "Second-order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *op. cit.*, ss. 913-914.

¹⁷⁷ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 40.

çatıştığı zaman bu çatışma aynen ilk derece sebepler arasında olduğu gibi bir tartma işlemiyle çözümlenecektir.

e. Dışsal Sebep-İçsel Sebep

Dışsal (*external*) ve içsel (*internal*) sebep kavramları normatif içselcilik (*internalism*) ve dışsalcılık (*externalism*) ile karıştırılabilir. Dolayısıyla, öncelikle normatif içselcilik ve dışsalcılıktan kısaca bahsetmek ve dışsal-içsel sebep ayrımını bundan sonra değerlendirmek isteriz.

İçselcilik düşüncesi kendi içinde zayıf ve güçlü türlere ayrılır. Güçlü içselciliğin iddiası kişilerin normatif sebeplere dayanarak gerçekleştirdiği normatif yargıların mutlaka söz konusu kişileri sebebin ve yargının işaret ettiği eylemi gerçekleştirmek yönünde motive edeceğini savunur¹⁷⁸. Güçlü içselcilere örnek olarak Hume’u gösterebiliriz. Nitekim Hume’a göre normatif yargı ve motivasyon arasında zorunlu ve kavramsal bir ilişki bulunur¹⁷⁹. Güçlü anlamda içselciliğin savunduğu, belli bir eylemi gerçekleştirmek konusunda normatif bir yargıya varan kişinin bu eylemi gerçekleştirmek konusunda duyduğu arzunun bu eylemi gerçekleştirmemek yönünde duyduğu bütün arzularından daha güçlü olmak zorunda olduğu şeklinde de ifade edilebilir¹⁸⁰. Dolayısıyla, normatif bir yargıya varan kişi, yargının işaret ettiği eylemi gerçekleştirmeyi arzu etmekle kalmaz, bu arzusu karşı yöndeki bütün arzularından daha güçlüdür. Dolayısıyla, bu anlayışta, bir şeyi yapması gerektiği konusunda belli bir kanıya varan kişinin o eylemi gerçekleştirmeye güdülenmemesi mümkün değildir. Güçlü içselciliğin eleştirildiği bir nokta, *akrasia* ve irade zayıflığı gibi hususları açıklayamamasıdır¹⁸¹.

Zayıf içselcilik güçlü kuzeninin bu eksikliğini gidermeye çalışır. Buna göre, her normatif yargı kişiyi işaret ettiği eylemi gerçekleştirme konusunda belli bir ölçüde

¹⁷⁸ Bkz. Amadi Hattiangadi, *Oughts and Thoughts: Rule-Following and the Normativity of Content*, Oxford: Clarendon Press, 2007, s. 42.

¹⁷⁹ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Auckland: The Floating Press, 2009, s. 699; Hattiangadi, *Oughts and Thoughts: Rule-Following and the Normativity of Content*, op. cit., s. 41.

¹⁸⁰ Robert Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, Londra: Routledge, 2006, s. 40.

¹⁸¹ Hattiangadi, *Oughts and Thoughts: Rule-Following and the Normativity of Content*, op. cit., s. 42.

motive eder. Ancak, bu motivasyonun kişinin en güçlü motivasyonu olması gerekmez¹⁸². Kişi, başka arzuların etkisi altında yapması gerekeni yapmaktan kaçınabilir. Smith kendi zayıf içselciliğini şu şekilde formüle etmektedir: Bir eylemi gerçekleştirmesi gerektiğini düşünen kişi, irrasyonel olmadığı sürece, söz konusu eylemi gerçekleştirmeye güdülenir¹⁸³. Dolayısıyla, irrasyonel bir öznenin yapması gerektiğini düşündüğü eylem açısından motive olmaması mümkündür.

Dışsalcılar Humecu bir içselciliği belli bir durumda sahip olduğumuz sebeplerin arzularımıza bağlı olamayacağını, Kantçı bir içselciliği ise tamamen rasyonel olsak dahi bazı sebeplerin bizi motive etmeyebileceğini söyleyerek reddeder¹⁸⁴. Normatif dışsalcılık muhatabın arzularından ve rasyoneliteden bağımsız olarak birtakım değerler belirler ve bunların muhatabı motive edip edemeyeceğine bakılmaksızın olması gereken teşkil ettiğini ileri sürer. Örneğin, sağlığına kavuşmak kişi açısından her zaman bir sebep teşkil eder. Kişinin sağlığına kavuşmayı isteyip istememesinin bir önemi yoktur¹⁸⁵.

Dışsalcılığa ilişkin olarak dikkat çekilmesi gereken bir nokta normatif dışsalcılığı savunanların dünyanın bir niteliği (*property*) olarak olması gereken teşkil eden değerler tespit etmesidir. Bir başka deyişle, dünyada, muhatabın iç dünyasının değil, dış dünyanın birer niteliği olan değerler mevcuttur ve her muhatabın bu değerlere ulaşmaya çalışması gerekir. Yani, içselci teorilerde kişinin eyleminin pratik gerekçelendirilmesi (*practical justification*) arzulama veya rasyonel bir yargıda bulunmadan kaynaklanırken, dışsalcı teorilerde kişinin arzu ettiği veya hakkında yargıda bulunduğu şeyin bir niteliğinden, yani söz konusu arzu veya yargıdan bağımsız bir olgudan kaynaklanmaktadır¹⁸⁶.

¹⁸² Örn. bkz. Robert Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, op. cit., s. 53 (Aristoteles'in içselciliğinin Kant'ın içselciliğinden daha zayıf olmasına, Aristoteles'in felsefesinde muhatabın arzuları doğrultusunda belli ölçüde motive olacağına dair).

¹⁸³ Michael Smith, *The Moral Problem*, Oxford: Blackwell, 2004, s. 61.

¹⁸⁴ Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, op. cit., s. 170. Bununla birlikte, Kant'ın içselciliği birazdan değineceğimiz normatif sebeplere ilişkin bir içselciliktir. Bkz. Robert Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, op. cit., s. 51.

¹⁸⁵ Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, op. cit., s. 170.

¹⁸⁶ Ruth Chang, "Can Desires Provide Reasons for Action", in *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, editörler: R. Jay Wallace, Philip Pettit, Samuel Scheffler ve Michael Smith, Oxford: Clarendon Press, 2006, ss. 57, 88.

Motivasyonel dışsalcılık (*motivational externalism*) adı verilen dışsalcılık türü motivasyonu göz ardı etmez. Buna göre normatif doğrulara ilişkin muhatabın sahip olduğu inanç veya muhatabın belli bir normatif yargıda bulunması, muhatabın söz konusu eylemi gerçekleştirmek için motive olmasını gerektirmez. Bu motivasyon kişinin inancı veya normatif yargısından bağımsız bir şekilde sağlanmalıdır¹⁸⁷. Örneğin, Mill'e göre ahlaki bilinç veya yargılar kişiyi ahlaki davranmak konusunda motive etmemekte, bu motivasyon ahlaka aykırı davranılması hâlinde harekete geçen içsel yaptırım mekanizmasını kişiye benimseten bir yetiştirilme tarzından, ahlaki bilinç veya yargıdan bağımsız olarak sağlanmaktadır¹⁸⁸.

Joshua Gert içselci ve dışsalci anlayışların ana kategorileri olarak tanımlanabilecek olan Humecu içselcilik, Kantçı içselcilik ve dışsalcılığı ana hatlarıyla açıklarken şöyle bir sorudan yola çıkmaktadır: Mevcut motivasyonel durumumuzdan bağımsız olarak hareket etmek için sebebimiz olabilir mi? Yazara göre bu soruya verilen cevap “hayır” ise, uygun model Humecu içselcilik olacaktır. “Evet” cevabının verilmesi durumundaysa başka bir soru sormak gerekmektedir: Belli bir yönde davranmak için sebebimiz varsa, tamamen rasyonel olmamıza rağmen bu eylemi gerçekleştirmek için motive olmamamız mümkün müdür? Burada hayır cevabı Kantçı içselciliğe yol açarken evet cevabı bir tür dışsalcılığa neden olacaktır¹⁸⁹.

Dışsal-içsel sebep ayrımı normatif sebeplere ilişkin bir ayrımdır¹⁹⁰. Burada söz konusu olan muhatabın sahip olduğu eylem sebebinin onun için de mi yoksa dışında mı olduğudur. Örneğin, Hume'un sebep anlayışına göre muhatabın eylem sebebine sahip olması muhatabın söz konusu eylemi gerçekleştirmesi durumunda bir arzusunu tatmin edeceği anlamına gelir¹⁹¹. Bu anlamda normatif içselcilik ile eylem sebeplerine ilişkin içselcilik arasında bir bağlantı olduğu söylenebilir. Normatif içselciler genel itibariyle normatif sebeplerin muhatabın motivasyon veya arzularıyla belli bir ilişki içinde

¹⁸⁷ Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, op. cit., s. 79.

¹⁸⁸ Christine M. Korsgaard, “Reflective Endorsement”, in *The Sources of Normativity*, 14. B., ed. Onora O'Neill, 2010, Cambridge: Cambridge University Press, s. 81.

¹⁸⁹ Bkz. Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, op. cit., s. 172'deki diyagram.

¹⁹⁰ Stephen Finlay ve Mark Schroeder, "Reasons for Action: Internal vs. External", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), ed. Edward N. Zalta, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/reasons-internal-external/>, ET: 15.4.2020.

¹⁹¹ *Ibid.*

olduğunu kabul eder¹⁹². Bir başka deyişle, normatif içselciler genellikle eylem sebeplerinin de içsel olduğunu düşünür. Dışsal sebep kavramını savunanlar ise belli bir eylem lehinde normatif sebebin var olmasının muhatabın sahip olduğu bilgi, arzu veya motivasyona bağlı olmadığını ileri sürer¹⁹³.

Joseph Raz sebeplere ilişkin dışsalcılığın önemli bir temsilcisi olarak gösterilebilir. Raz’a göre arzular eylem sebebi teşkil edemez. Belli durumlarda arzuların eylem sebebi teşkil ettiğini ifade eder biçimde konuşuruz. Ancak, bunun nedeni söz konusu arzularının tatminini değerli görüyor olmamızdır. Saf arzuların eylem sebebi teşkil etmesi mümkün değildir¹⁹⁴. Scanlon da “*What We Owe To Each Other*” başlıklı yapıtında benzer görüşleri savunmuştur¹⁹⁵.

Normatif içselcilik ve dışsalcılık ile sebeplere ilişkin içselcilik ve dışsalcılık kavramlarına ilişkin detaylı bir çalışma yürütmemiz mümkün değildir. Bu gelenekler pratik felsefedeki temel ayrımları temsil ederler. Bununla birlikte, en azından çalışma kapsamında neyi kabul ettiğimize yönelik genel bir açıklama yapmamız gerekir. Biz güçlü içselcilik düşüncesini benimsemiyoruz. Buna göre, bir muhatabın bir eylem sebebine sahip olup olmadığı o muhatabın içsel arzu veya motivasyonuna zorunlu olarak bağlı olamaz. Yukarıda açıklandığı gibi, bu tür bir kabul *akrasia* ve irade zayıflığı gibi durumları açıklayamaz. Ayrıca, aşağıda açıklayacağımız gibi, biz eylem sebeplerinin normlardan kaynaklandığını düşünüyoruz. Ahlaki ve sağduyu kaynaklı normların tanınması, akıl aracılığıyla gerçekleşir. Joseph Raz da akıldan eylem sebeplerini tanımanın, bu sebeplerin farkına varmanın aracı olarak bahsetmektedir¹⁹⁶. Akıl aracılığıyla eylem sebebinin veya bu eylem sebebini sağlayan normun farkına varmanın bir kişiyi mutlaka motive edip etmeyeceği ayrı ve eylem sebeplerine ilişkin tartışma açısından asli olmayan bir husustur. Bizim açımızdan mühim olan eylem sebebinin varlığının tespit edilebilmesidir. Gereklik kişinin sahip olduğu motivasyondan bağımsız olarak ortaya çıkacaktır.

¹⁹² Thomas Gitzert-Studnicki, “On legal things to do: external and internal legal reasons: Comments on Brian H. Bix’s ‘Hart, Kelsen and legal normativity’”, *Revus*, S. 37 (2019), s. 31.

¹⁹³ *Ibid.*, ss. 31-32.

¹⁹⁴ Joseph Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, 2001, ss. 50-62.

¹⁹⁵ Bkz. Scanlon, *What We Owe To Each Other*, *op. cit.*, ss. 34-40.

¹⁹⁶ Raz, *From Normativity to Responsibility*, *op. cit.*, s. 86.

f. Ahlaki Sebep-Sağduyu Kaynaklı Sebep

Çalışmamız açısından en önemli ayrımlardan biri ahlaki ve sağduyu kaynaklı (*prudential*) sebepler arasındadır. Hem ahlaki hem de sağduyu kaynaklı sebepler normatif sebeplerdir. Bir başka deyişle, bu sebepler belli eylemlerin gerekçelendirilmesine ve doğru eylemin tespitine yararlar. Aynı zamanda, her iki sebep de akıl kaynaklıdır. Bir başka deyişle, ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplere ilişkin ilkelere akıl aracılığıyla ulaşırız¹⁹⁷. Bu sebeplerin arasındaki fark ve ilişkiyi belirlemek için öncelikle bunların kaynaklarına değinmek gerekir.

Ahlak bir eylemin doğruluğu veya yanlışlığına ilişkin evrensel normlardan oluşur. Ahlaki bir gereklilikten bahsediyorsak, aynı durumdaki bütün muhatapların aynı eylemi gerçekleştirmesi gerektiğini kastediyoruzdur. Ahlak bu anlamda muhataptan ve muhatabın amaçlarından bağımsızdır¹⁹⁸. Bu anlamda ayrıca ahlaki yükümlülüklerin bir karşı tarafı olduğu, bu yükümlülüklerin birilerine borçlu olunduğundan bahsedilir¹⁹⁹. Ahlaki yükümlülükler insanlığa, topluma veya başka bir insana karşı borçlu olunan gerekliliklerdir. Örneğin, yalan söylememe, sözümüzden dönmeme vb. yönündeki gereklilikler evrensel nitelikte ve muhataba bağlı olmayıp, aynı zamanda bir başkasına karşı borçlu olunan birer yükümlülük olarak ahlaki nitelik taşırlar. Bu bağlamda bir arkadaşımıza taşınmasına yardım etmek üzere söz vermiş olmamız (olgu), sözlerin tutulması yönündeki ahlaki ilke nedeniyle, arkadaşımızın taşınacağı saatler arasında halı saha maçı yapmamak yönünde eylem sebebi teşkil eder.

¹⁹⁷ Jules Coleman bu anlamda Raz'ın doğru aklın taleplerini ahlaka özgülemekle hata ettiğini düşünür. Yazara göre sağduyu kaynaklı sebepler de doğru aklın taleplerinin kapsamına girer. Bkz. Jules L. Coleman, "Authority and Reason", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert, P. George, Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 309.

¹⁹⁸ Joseph Raz, "Promises and Obligations", in *Essays in Honour of Hart*, editörler: P.M.S. Hacker ve Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1977, s. 223. Ayrıca bkz. Kenneth Einar Himma, "Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, Yıl: LX, S. 2 (2012), s. 223.

¹⁹⁹ Kenneth Einar Himma, "The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation", *Ratio Juris*, C. 26, S. 1 (2013), s. 29.

Sağduyunun ahlaktan en önemli farkı muhataba bağlı olmasıdır²⁰⁰. Sağduyu açısından farklı muhatapların aynı durumda farklı eylemler gerçekleştirmesi gerekebilir²⁰¹. Bu kapsamda aynı zamanda sağduyu temelinde açıklanan bir gerekliliğin bir başkasına borçlu olunmadığı da ifade edilmektedir²⁰². İleride tekrar ele alacağımız gibi, bu nedenle sağduyu kaynaklı yükümlülüğün olamayacağı kabul edilir. Nitekim yükümlülük teşkil eden bir eylemin bir başkasına, bir karşı tarafa borçlu olunduğu düşünülür²⁰³. Sağduyu alanındaysa bir eylemin muhatap açısından iyi mi yoksa kötü mü olacağına ilişkin değerlendirmeler yer alır. Dolayısıyla, sağduyu kaynaklı bir gerekliliğin bir başkasına borçlu olunan bir eyleme ilişkin olduğunu söyleyemeyiz. Sağduyu kaynaklı gerekliliklere bir örnek verelim. Meteorolojinin havanın yağmurlu olacağını öngördüğü bir günde dışarı çıkarken yanımıza şemsiye almamız gerektiğini söyleyebiliriz. Burada “ıslanmamak için şemsiye almak” yönünde sahip olduğumuz eylem sebebi sağduyu kaynaklıdır. Bir sağduyu ilkesi hastalanmanın muhatap açısından kötü bir şey olduğunu belirtmektedir. Bu ilke dolayısıyla havanın yağışlı olacak olması, hatta bu yönde sahip olunan ikna edici delil (olgu), muhatabın dışarı çıkarken şemsiye almasını destekleyen sağduyu kaynaklı bir eylem sebebidir.

Bununla birlikte, sağduyu kaynaklı yükümlülüklerin olamayacağını kabul etmemiz sağduyunun normatif bir alan olmadığı anlamına gelmez. Bunun nedeni olması gerekenler âleminin yükümlülüklerden daha geniş olmasıdır. Yükümlülükler diğer olması gerekenlerden daha güçlü gerekliliklerdir²⁰⁴. Eğer yükümlülükler yalnızca ahlaki

²⁰⁰ Bkz. Thomas Schultz, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 147.

²⁰¹ Burada vurgulamak gerekir ki biz sağduyunun akılla ilişkili olduğunu, sağduyu açısından gerekli eylemin hangisi olduğunun tespitinde tıpkı ahlakta olduğu gibi aklın rol oynayacağını düşünüyoruz. Bununla birlikte, sağduyunun her zaman akılla ilişkili olup olmadığı tartışmalıdır. Edward F. McClennen’e göre kendi menfaatlerini umursamayan kişilerin her zaman irrasyonel olacağı söylenemez (Edward F. McClennen, “Prudence and Constitutional Rights”, *University of Pennsylvania Law Review*, C. 151, S. 3 (Ocak 2003), s. 926). Bununla birlikte, yazar da çoğu muhatap açısından sağduyuya ilişkin değerlendirmelerin rasyonel ile ilgili olduğunu kabul ettiğinden (*ibid.*, ss. 922, 926) bu varsayımımızın sorun yaratmayacağını düşünüyoruz.

²⁰² Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, s. 29.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Örneğin Joseph Raz yükümlülüğü korunan sebeplerin (*protected reason*) varlığıyla açıklar (Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, ss. 234-235). Bir başka deyişle, bir yandan yükümlülüğün gerektirdiği eylem aleyhine bazı sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınmak gerekirken, bir yandan yükümlü olunan eylem lehine ekstra bir eylem sebebinin bulunması söz konusudur. Benzer şekilde Himma da sağduyu kaynaklı sebeplerin yükümlü olunan eylemi gerçekleştirmemek için öne sürülemeyeceğini ifade etmektedir (Himma, “The Ties That Bind”, *op. cit.*, ss. 26-27; Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223; Kenneth Einar Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *Ankara Law*

olabilecekse, bu anlamda ahlaki ve sağduyu kaynaklı gerekliliklerin çatışması hâlinde ahlaki gerekliliğin üstün geleceğini söyleyebiliriz. Yine de, karışık ahlaki bir sebebin yokluğunda sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebep doğrultusunda hareket etmeyen bir muhatap irrasyonel davranmış olacaktır.

Muhatabın ahlaki bir yükümlülüğü yerine getirmek için sağduyu kaynaklı sebepleri olabileceğini, hatta pek çok durumda olacağını ayrıca vurgulamalıyız. Durumun çoğunlukla bu şekilde olacağını görmek zor değildir: Her muhatabın diğer şartlar sabitken ahlaklı birisi olarak tanınmak yönünde sağduyu kaynaklı bir sebebi olacağını söyleyebiliriz. Örneğin, yalan söylememek yönünde ahlaki bir yükümlülüğümüz olduğu gibi, sağduyu kaynaklı bir sebebimiz olması da söz konusu olabilir. Bunun nedeni, yalanımızın ortaya çıkma riskidir. Yalan söylememiz nedeniyle içinde bulunduğumuz toplum tarafından kınanarak yaptırıma tabi tutulmamız söz konusu olabilir. Yaptırımdan kaçınmak yönünde sağduyu kaynaklı genel bir sebebe sahip olduğumuzu söyleyebiliriz. Burada dikkat edilmesi gereken husus, belli bir eylemi gerçekleştirmekle ahlaken yükümlü olmamızın, hiçbir zaman söz konusu eylemi gerçekleştirmek yönünde *her zaman* sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olduğumuz anlamına gelmediğidir. Nitekim sahip olduğumuz sağduyu kaynaklı sebep doğrudan yalan söylememeye ilişkin değil, yalan olduğu anlaşılabilecek şekilde yalan söylememeye ilişkindir. Dolayısıyla, yalanımızın ortaya çıkmayacağından emin olduğumuz durumlarda, yalan söylememek yönünde sağduyu kaynaklı bir sebebimiz olduğundan bahsedemeyiz. Elbette, yalanın ortaya çıkma olasılığı az da olsa var olduğu sürece, muhatabın yalan söylememek yönünde zayıf bir sağduyu kaynaklı sebebi olacağını söyleyebiliriz.

Bir sonraki başlıkta değineceğimiz gibi, çalışmamızın olan-olması gereken ikiliğine sadık kalması, birer olgu olan eylem sebeplerinin bu niteliklerinin normlardan kaynaklanmasını gerektirmektedir. Bu anlamda ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebepler ahlak ve sağduyu ilkelerinden kaynaklanan ve belli bir eylem lehinde eylem sebebi teşkil eden olgular olarak ifade edilebilir. Ahlaki ve sağduyu kaynaklı eylem sebepleri bizim çalışmamız açısından oldukça önemlidir. Nitekim Matthew H. Kramer'ı takip

Review, C. 9, S. 2 (2012), s. 117). Bu konuyu çalışmamın ilerleyen kısımlarında işleyeceğimiz için burada detaya girmiyoruz.

ederek muhataplarının hukuk normlarına uymak için sahip olduğu sebebin ahlaki veya sağduyu kaynaklı olabileceğini kabul edeceğiz²⁰⁵. Hukuk kurallarının geçerliliği ve bağlayıcılığının açıklanmasında ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplere atıf yapacak, bu iki kategoriden bağımsız bir “hukuki eylem sebepleri” kategorisinin bulunmadığını iddia edeceğiz.

Özerk hukuki eylem sebepleri bulunamayacağı iddiasıyla kastettiğimiz hukuk kurallarının muhataplarına daha önce sahip olmadıkları yeni bir eylem sebebi sağlayamayacağı değildir. Hukuk kuralları muhataplarının hukuk kuralı değerlendirmeye katılmadığında sahip olduğu ahlaki ve sağduyu kaynaklı eylem sebeplerinden farklı bir eylem sebebi sağlayabilir. Hatta pratik fark tezi (*the practical difference thesis*) hukukun genel olarak muhataplarına daha önce sahip olmadıkları eylem sebepleri sağlayarak pratik fark yaratabilmesi gerektiğini vurgular²⁰⁶. Ancak, bu eylem sebepleri de en nihayetinde ahlaki veya sağduyu kaynaklı olacaktır.

Son olarak hukuk normuna uymak için muhatapların sahip olabileceği ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplerden genel olarak bahsedip örnekler vermek istiyoruz. Bir muhatapın hukuk normuna uymak için sahip olduğu ahlaki sebebin temel olarak üç farklı biçimde ortaya çıkacağını söyleyebiliriz. İlk olarak, hukuka uymak yönünde genel bir ahlaki gereklilik olduğundan bahsedebiliriz. Bu durumda hukuka uymak zorunlu olarak ahlaka uymak anlamına geleceğinden, içeriği ne olursa olsun hukuk kuralına uymak için ahlaki bir sebebimiz olduğunu söyleyebiliriz. Elbette, içeriği nedeniyle hukuk kuralına uymamak yönünde, uymak yönünde sahip olduğumuzdan daha güçlü bir ahlaki sebebin bulunduğu durumlarda hukuk kuralına uymamalıyız. Ancak, sebepler dengesinde yenilen eylem sebepleri sebep niteliklerini kaybetmezler²⁰⁷. Bu nedenle, her ne kadar her şey dikkate alındığında (*all things considered*) hukuk kuralına uymamamız gerekmesine rağmen, genel anlamda hukuka uyma gerekliliği yine de hukuk kuralına

²⁰⁵ Bkz. Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, ss. 115-116; Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 82, dn. 4.

²⁰⁶ Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 402; Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 46.

²⁰⁷ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, ss. 17-18.

uymak yönünde ahlaki bir eylem sebebi sağlayacaktır. Biz hukuka uymak yönünde genel bir ahlaki yükümlülüğün veya gerekliliğin bulunmadığını düşünüyoruz²⁰⁸.

İkinci olarak, hukuka uymak yönünde sahip olduğumuz ahlaki sebep hukukun otoritesinden kaynaklanıyor olabilir. Hukukun ahlaki otoritesi ve bu otoritenin hukuka uymak yönünde sağladığı eylem sebebi ve niteliğine Joseph Raz'ın teorisi kapsamında detaylı bir biçimde değineceğiz. Burada yalnızca şunu ifade edelim: Hukuk kuralını koyan otoritenin kuralın ilişkin olduğu konuda muhataptan daha uzmansa ve muhatapın kendi değerlendirmesine göre hareket etmektense, otoritenin kuralına göre davranması durumunda doğru eylemi gerçekleştirme olasılığı artacaksa, muhataplar hukuk kuralına uymak yönünde korunan (*protected*) bir ahlaki eylem sebebine²⁰⁹ sahip olacaktır.

Üçüncü olarak, muhatapların bir hukuk kuralına uymak için sahip olduğu ahlaki eylem sebebi hukuk kuralının içeriğinden kaynaklanıyor olabilir. Hukuk ve ahlakın içerik olarak örtüştüğü durumlara sık rastlanır. Örneğin, cinayet hem hukuken hem de ahlaken yasaklanmıştır. Bu durumda muhatapların cinayeti yasaklayan hukuk kuralına uymak için sahip olduğu ahlâki eylem sebebi, bu kuralın içeriğinden kaynaklanacaktır.

Hukuk kuralına uymak için sahip olunan sağduyu kaynaklı sebebin de iki farklı şekilde ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz. Muhatapların sağduyu açısından hukuk kuralına uyması yaptırımdan kaçınmak nedeniyle olabileceği gibi hukuk kuralının içeriğinden de kaynaklanabilir. Ahlak açısından olduğu gibi hukuka uymak yönünde genel bir sağduyu kaynaklı gereklilikten bahsetmenin anlamı yoktur. Bunun nedeni sağduyu kaynaklı gerekliliklerin muhataba bağlı olmasıdır. Dolayısıyla, aynı durumdaki bütün muhatapların tabi olduğu sağduyu kaynaklı bir gereklilikten bahsedilebileceğini düşünmüyoruz. Bununla birlikte, benimsenen hukuk teorisine göre bütün muhatapların hukuk kuralına uymak için sağduyu kaynaklı bir gerekliliğe sahip olacağının iddia edilmesi mümkündür. Hukukun geçerliliği için yaptırıma bağlanmış olmayı şart koşan Austin ve Kelsen gibi yazarların teorilerinden yola çıkarsak, her hukuk kuralının geçerli

²⁰⁸ Bu konuda bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 233-244; M.B.E. Smith, "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", *The Yale Law Journal*, C. 82, S. 5 (1973), ss. 950-976.

²⁰⁹ Korunan sebep (*protected reason*) kavramı için bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 18.

olabilmek için yaptırım içermesi gerekeceğinden²¹⁰, muhataplar zorunlu olarak hukuk kurallarına uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olacaklardır. Bu teorilere dayanırsak, sağduyu ilkelerini muhataba bağlı olmaktan kurtarmasak da, hukuku zorunlu olarak her muhataba kendisine uymak için sağduyu kaynaklı bir sebep sağlar hâle getirdiğimiz için, hukuk uymak yönünde genel bir sağduyu kaynaklı gereklilikten bahsetmek mümkün olabilir. Ancak, biz yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru, geçerliliğinin bir ön şartı olduğu görüşüne katılmıyoruz²¹¹.

Dolayısıyla, hukuk kuralının ihlalinin yaptırıma bağlandığı durumlarda, muhatapların hukuk kuralına uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu eylem sebebi yaptırımı öngören normun kendisi olamaz. Nitekim eylem sebepleri norm değil, olgu olmak zorundadır. Öyleyse yaptırım dolayısıyla sahip olunan sağduyu kaynaklı sebebi “siyasi iktidarın belli bir kuralın ihlali durumunda yaptırım uygulanacağını öngörmüş olması” şeklinde, bir olgu olarak ifade etmek daha doğru olacaktır.

İkinci olarak, muhatap hukuk kuralının içeriğinden dolayı da kurala uymak yönünde sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olabilir. Eğer hukuk kuralının öngördüğü eylemi gerçekleştirmek muhatapın yararına olacaksa, hukuk kuralının içeriği aynı zamanda bir sağduyu ilkesinin içeriği olacağından, muhatapın kurala uymak yönünde sağduyu kaynaklı bir eylem sebebine sahip olacağını söyleyebiliriz.

3. Normlar ve Sebep Arasındaki İlişki

Normatif sebepler kısaca olması gerekenleri açıklayan olgular olarak tanımlanabilir. Bu kısımda yapmak istediğimiz normatif sebeplerin bu açıklayıcı

²¹⁰ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 5. B., çev. Max Knight, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, s. 52; John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. B., ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 32.

²¹¹ Bu konuda düşüncemiz Hart’ın teorisiyle daha uyumludur. Hart’a göre hukuk sistemlerinin cebri düzenler olduğu anlayışının başarısız olduğu pek çok alan vardır (Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 27). Hart’ın teorisinde yaptırım hukuk normunun zorunlu bir unsuru olarak görülmez. Önceki çalışmalarımızda yaptırım hakkındaki görüşümüzü detaylı bir biçimde açıklamıştık. Bkz. Yahya Berkol Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4 (2017), ss. 711-721; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 10-11.

fonksiyonunu açmak, açıklamanın ne anlama geldiğini belirlemektir. Sebepler hakkındaki yazın “olması gereken”lerin açıklanmasının ne anlama geldiği konusunda pek bir tartışma yürütmemekte, söz konusu açıklamanın nasıl gerçekleştiğini genellikle gündelik hayattan örnekler vererek aktarmaktadır. Bizim bu açıklamanın ne anlama geldiği konusunda bir fikrimiz var. Bu fikri biz de gündelik hayattan örneklerle açıklamaya çalışacağız.

Temel sorun şudur: Normatif sebeplerin tek başına gereklilikleri açıklayıcı bir gücü mevcut olabilir mi? Bir başka deyişle, bazı olguların bazı gereklilikleri açıklaması, bu gereklilikleri açıklayabiliyor olması onların olgu olmalarından mı yoksa bu olgulara ilişkin birtakım normlardan mı kaynaklanmaktadır? Bu soru önemlidir. Nitekim eğer normatif sebeplerin olgu olma niteliğinde, olması gerekenleri açıklayan bir yön, bir kudret bulunmuyorsa, normatif gerekliliklerin açıklanmasında normatif sebepler ancak aracı bir rol oynayabilir.

İlk örneğimizi Joshua Gert’ten alıyoruz²¹²: Varsayalım ki bir kampta tutulan 40 çocuğu kampa gizlice yiyecek ve içecek sokmak suretiyle açlıktan kurtarmanız mümkün. Yiyecek ve içeceği kampa sokmaksa oldukça tehlikelidir. Yakalanma, hapsedilme, yaralanma ve ölme riskiniz bulunmaktadır. Soru ise 40 çocuğun hayatını kurtarmak için hayatınızı riske atıp atmayacağınızdır. Gert’e göre, her iki yönde de güçlü sebepler bulunmaktadır²¹³. Bir yanda 40 çocuğun hayatı, diğer yanda ise kendi hayatınız. Gert’e göre burada terazinin her iki kefesindeki olgular da eşit ağırlıktadır. Bu nedenle kişinin 40 çocuğun hayatını kurtarmak için kendi hayatını riske atması irrasyonel bir eylem olarak görülemez²¹⁴. Tartma işlemine dair pek çok sorun vardır. Hele iki tarafın eşit ağırlıkta olduğuna karar vermek, sebeplerin ağırlığının belirlenmesinin güçlüğü²¹⁵ göz önüne alındığında, biraz aceleci gibi duruyor. Ancak sebeplerin tartılmasına ilişkin tartışmaları biraz daha ileriye bırakıyoruz. Burada sorgulayacağımız 40 çocuğun hayatının kurtulacak olması olgusunun ve kişinin kendi

²¹² Örnek için bkz. Gert, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, op. cit., ss. 22-23.

²¹³ *Ibid.*, s. 23.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Genellikle bu sorundan bir güçlük olarak değil ölçülemezlik (*incommensurability*) olarak bahsedilmektedir. Joseph Raz ölçülemezliği “ortak bir ölçüm standardının yokluğu” olarak ifade etmektedir (Joseph Raz, *Engaging Reason*, s. 46). Biz eylem sebeplerinin ağırlığının ölçülebilir olup olmadığı tartışmasına girmeden, birçok durumda sebeplerin göreceli ağırlığını belirlemenin güç olduğunu kabul ettiğimizden burada “güçlük” ifadesini tercih ettik.

hayatının tehlikeye girecek olmasının bir olması gerekeni açıklayıp açıklamadığı, daha doğrusu buradaki açıklamanın ne anlama geldiğidir.

Kişi neden şansı varsa 40 çocuğun hayatını kurtarmalıdır? Bu sorunun pek çok yanıtı olabilir. Çünkü insanların hayatı değerlidir. Çünkü çocukların sağlığı ve hayatı yetişkinlerinkinden daha değerlidir. Çünkü hayat kurtarmak kahramanca bir eylemdir ve kahramanca eylemler değerlidir. Yahut kişinin fırsatı olduğunda başkalarının zarar görmesini engellemek gibi bir yükümlülüğü vardır. “İnsan hayatı değerlidir”, “Çocukların hayatı yetişkinlerin hayatından daha değerlidir” gibi önermelerin doğruluğu kendi başına insan veya çocukların hayatının kurtarılmasının gerekmesi için yeterli değildir. Bunun için “İnsan değerli eylemi gerçekleştirmelidir” şeklinde bir norm var olmalıdır. Eğer 40 çocuğun hayatını kurtarmak yönünde bir yükümlülük mevcutsa, bu yükümlülük bahsi geçen normun aracılığı olmaksızın açıklanamaz. Kişi somut durumdaki yükümlülüğünü tespit etmek için şu akıl yürütmeyi tamamlamalıdır: 1) İnsan değerli olan eylemi gerçekleştirmelidir (Norm). 2) 40 çocuğun hayatı değerlidir (Tespit). 3) 40 çocuğun hayatını kurtarmalıyım (Somut durumdaki yükümlülük).

Bu akıl yürütmeye normatif sebep olduğu öne sürülen “40 çocuğun hayatının kurtulması” 2. aşamada kullanılmakta ve karşımıza çıkmaktadır. Yani, normatif sebep denilen olgu genel normdan birel, duruma özgülümlü bir gereklilik çıkarılmasının aracıdır. Bu anlamda normatif sebebin genel normu değil ama somut durumdaki yükümlülüğü açıkladığından, normatif sebep dolayısıyla kişinin çocukların hayatını kurtarması gerektiğine karar verdiğinden bahsedilebilir. Peki ama bu açıklayıcı kudret olgunun kendisinden mi kaynaklanmaktadır? Bir başka deyimle, kişinin akıl yürütmesindeki ilk adım mevcut olmasaydı kişinin 3. adımıdaki sonuca varması mümkün müydü? Kişinin muhakemesini şu şekilde formüle edelim: 1) 40 çocuğun hayatı değerlidir. 2) Dolayısıyla, 40 çocuğun hayatının kurtarmalıyım. 1. ve 2. adım arasında mantıksal bir ilişki, bir açıklama ilişkisi kurulabilmesi için “İnsan değeri korumalıdır” veya benzer şekilde ifade edilen bir normun mevcudiyeti şarttır. Bu yeni formülasyon akıl yürütmeye mevcut olan genel normu gizlemekten başka bir işe yaramamaktadır. Dolayısıyla, genel norm olmadan tespit aşamasındaki olgunun somut durumdaki gereklilik açısından açıklayıcı bir rol üstlenmesi mümkün değildir.

Gert'e göre, örnekteki kişi 40 çocuğu kurtarmamayı tercih etse de irrasyonel olmaz. Bu kişiye niçin 40 çocuğu kurtarmamaya karar verdiğini sorsak ne söyler? Şöyle diyebilir: “Çünkü eğer çocukları kurtarmak isteseydim hayatımı büyük tehlikeye atmış olacaktım”. Sormaya devam edebiliriz: “Hayatını niçin riske atmayasın ki?”. İşte kişinin “Hayatımı riske atmış olacaktım” açıklamasını kabul edilebilir kılacak olan bir genel norma ihtiyacı burada doğar. Şu veya benzer şekilde cevap vermelidir: “Çünkü insan hayatını tehlikeye atacak eylemlerden kaçınmalıdır”²¹⁶. İlk duruma benzer olarak burada “çocukları kurtarmaya çalışırsa hayatını riske atmış olacağı” olgusu, ancak bu olguya yol açacak bir eylemin daha genel bir norm tarafından yasaklanmış olması (ve dolayısıyla bu içerikteki bir normun geçerli olması) gerekir. Aksi takdirde “Hayatımı riske atmış olacaktım” beyanı bir açıklama olarak kabul edilemez. Yani, olgunun açıklayıcı kuvveti kendisinden değil, bir başka normdan kaynaklanmaktadır²¹⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız kabul edilmese dahi, çalışmamızın gerekliliklerin açıklanmasında normlara başvurulması ve eylem sebeplerine ancak dolaylı yoldan yer vermesi gerekmektedir. Bunun nedeni çalışmanın temel varsayımlarından biri olan Hume Kanunudur. Eğer olgulardan olması gerekenler türetilmeyecekse, eylem sebeplerinin gerekliliklere (normlara) yol açması mümkün değildir. Biz olan-olması gereken ikiliğine sadık kalacak ve eylem sebeplerinin normatif güçlerini normlardan aldığını kabul edeceğiz. Bu kabulün temel sonucu şudur: Normlar, normlardan türer. Dolayısıyla, bir norma uymak için sahip olduğumuz eylem sebebi, yani çalışmanın ilerleyen kısımlarında göstereceğimiz gibi bir normun bağlayıcı gücü, yine bir başka norm dolayısıyladır.

4. Sebeplerin Tartılması ve Normatif Çatışma

Aynı durumda farklı eylemlerin gerekliliğini açıklayan birden fazla normatif sebebin varlığı durumunda bu sebeplerin tartılacağını ve ağır basan sebebin doğrultusunda hareket edileceğini daha önce söylemiştik. Ancak, sebeplerin normatif

²¹⁶ Hatta bu son ifadeyi biraz daha değiştirerek “İnsan değeri korumalıdır” normuna bile ulaşabiliriz. Dolayısıyla, aynı norm hem bir eylemi hem de aksini emrediyor, gerektiriyor hâle gelebilir. Ancak buradaki konumuz bu değil. Dolayısıyla, bu durumda ne yapılabileceği sorununa değinmeyeceğiz.

²¹⁷ Bu konuda bkz. Finnis, “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, ss. 44-45.

gücü kendilerinden değil normlardan kaynaklandığı için bu tartma işlemini yeniden ele almamız gerekmektedir.

Cevap bulmayı umduğumuz ilk soru normatif sebeplerin “ağırlığından” ve “gücünden” kastın ne olduğudur. Raz’a göre sebeplerin gücünden kasıt bu sebeplerin mantıksal gücüdür, fenomenolojik gücü değil. Yani, bir sebebin gücü araştırılırken muhatabının düşüncelerinin ne ölçüde sebebin etkisi altında kaldığı araştırılmaz²¹⁸. Sebeplerin mantıksal gücü ise çatışan sebepleri mantıksal olarak bertaraf etme kabiliyeti olarak tanımlanabilir²¹⁹.

Normatif sebeplerin ağırlığının ne olabileceğini ve sebepler arasındaki mantıksal çatışmanın nasıl çözümlenebileceğini belirlemek için bir önceki kısımda yaptığımız tartışmadan yararlanmalıyız. Tartışmanın sonucunda şuna karar vermiştik: Normatif sebeplerin gereklilikleri açıklayabilmesi olguların kendinden menkul bir niteliği dolayısıyla olamaz. Belli olguların belli gereklilikleri açıklayabilmesinin nedeni, bu olguların başka bir norm tarafından belli gerekliliklerin “doğması” için birer şart olarak belirlenmiş olmasıdır.

Eğer normatif sebeplerin normatif gücü bir normdan kaynaklanıyorsa, çatışan normatif sebeplerin varlığı hâlinde esasen çatışan iki norm bulunmaktadır. Bu normlar arasındaki çatışma ilk bakışta fark edilmeyebilir. Örneğin, spor yapma gerekliliğine ilişkin norm ile tezi zamanında bitirme gerekliliğine ilişkin norm açıkça çatışmaz. Muhatap her iki gerekliliğe de uymak durumundadır. Ancak, öyle somut durumlar vardır ki bu iki norma aynı anda uymak mümkün olmayabilir. Bu durumda muhatabın hangi norma uyacağını, hangi norm tarafından sağlanan eylem sebebine uyacağını belirlemesi gerekir. Burada öncelikle hukuk normları arasındaki çatışmalara, bu çatışmaların çözüm yöntemlerine değinmek istiyoruz.

Hukuk normları arasındaki çatışma iki normun belli bir konuda uyuşmayan yükümlülükler öngörmesi durumunda söz konusu olur. Çatışan yükümlülükler, Raz’ın normatif sebeplerin çatışmasına ilişkin bir ifadesine dayanarak açıklanabilir: Kısacası,

²¹⁸ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 25.

²¹⁹ Nitekim Raz normatif sebeplerin birbirini bertaraf etmesinden bahsederken çatışma kavramına ve mantıksal formülasyonlara yer vermektedir. Bkz. *ibid.*, ss. 25-26.

her iki yükümlülüğü de aynı anda yerine getirmek mümkün olmamalıdır²²⁰. Çatışma kavramını aykırılık kavramından da ayırmak gerekir. Buna göre, aykırılık yalnızca farklı hiyerarşik seviyedeki normlar arasında ortaya çıkar. “Çatışma şeklinde aykırılık”tan bahsedilebileceği gibi, her aykırılığın çatışma şeklinde ortaya çıkması gerekmez. Çatışma şeklinde aykırılık üst norm konumundaki normun öngördüğü yükümlülükle alt norm konumundaki normun öngördüğü yükümlülüğe aynı anda uygun davranılamayacağı durumlarda ortaya çıkar²²¹. Çatışma teşkil etmeyen aykırılık durumunda ise alt normun, üst normun öngördüğü usul veya içerik şartlarına aykırı olarak ihdas edilmesi söz konusudur. Bu durumda normların içeriğinin, yani öngördükleri yükümlülüklerin çatışması söz konusu olmaz. Varsayalım ki bir anayasa hükmü kanunların yasama organının üye tamsayısının çoğunluğu ile çıkarılacağını öngörmüş olsun. Daha sonra yasama organı üye tamsayısının değil ama toplantıya katılanların çoğunluğu ile vatandaşların gelirlerinin yüzde yirmisini vergi olarak vereceğini öngören bir kanun çıkarsın. Burada anayasa normunun öngördüğü yükümlülük kanunların ihdas usulüne ilişkin kanunun öngördüğü yükümlülük gelirin belli bir kısmının vergi olarak verilmesidir. Bir başka deyişle, normların konu unsuru arasında bir çatışma söz konusu değildir. İşte bu durumda çatışmadan bahsedilemeyecek olsa da bir aykırılıktan bahsedilebilir. Normatif sebepler açısından söz konusu olan kavram aykırılık değil, çatışma kavramıdır.

Peki ama hukukta normatif çatışmalar nasıl çözülür? Bu soruya verilecek ilk yanıt hukuk normları arasındaki çatışmaların özel çatışma kurallarıyla çözüleceğidir. Normlar arasındaki çatışmanın çözülmesine dair kurallara çatışma kuralları, ikincil normlar veya meta-normlar isimleri verilir²²². Türk Anayasasının 90/5 maddesi bu tür pozitif çatışma kurallarına örnektir²²³. Bu hükme göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı

²²⁰ *Ibid.*, s. 26. Ayrıca bkz. Carlos E. Alchourrón ve Eugenio Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, in *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, ed. Risto Hilpinen, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1981, s. 107.

²²¹ Bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, op. cit., ss. 36-38.

²²² Bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, in *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, ed. Ozan Ergül, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, 2013, s. 15.

²²³ İlgili fıkranın bir çatışma kuralı niteliği taşıdığına dair bkz. Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70 (2007), ss. 205-206; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemleri ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 164-167.

konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Bu hüküm ışığında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda uyulacak olan norm uluslararası antlaşmadır. Bir başka çatışma kuralı Anayasanın 105/16 maddesinde öngörülmüştür. Buna göre eğer bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun aynı konuda farklı hükümler içerirse kanun uygulanacaktır. Yani, normatif çatışmaların nasıl çözüleceği sorusuna verilecek ilk yanıt basittir: Çatışmalar bu amaçla öngörülmüş çatışma kuralları doğrultusunda çözülür.

Ancak, hukukta her çatışmaya ilişkin pozitif çatışma kuralları öngörülmemiş olabilir. Keza çatışan normlardan birinin yargısal denetim yoluyla geçersiz kılınması da mümkün olmayabilir. Örneğin Türk hukukunda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasa arasındaki durum böyledir. Bu ikisi arasındaki çatışmalara yönelik pozitif bir çatışma kuralı bulunmamaktadır. Üstelik Anayasanın 148/1 maddesi uyarınca olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesi de mümkün değildir. Pozitif bir çatışma kuralının yokluğunda üç ilkenin uygulama bulacağı düşünülür. Bunlar *lex superior derogat legi inferiori* (*lex superior*), *lex specialis derogat legi generali* (*lex specialis*) ve *lex posterior derogat legi priori* (*lex posterior*) ilkeleridir. Daha önceki bir çalışmamızda *lex superior* ilkesini incelemiştik. Bu çalışmada vardığımız sonuç *lex superior* ilkesinin hukuki geçerlilikten mahrum olduğu, ancak buna rağmen hukuken uygulanmasında bir sakınca bulunmadığı yönünde olmuştu²²⁴. Özellikle pozitivist bir bakış açısıyla aynı sonucun *lex specialis* ve *lex posterior* için de geçerli olacağını öngörebiliriz. Ancak, pozitivist olmayan anlayışlar, bu ilkelerin akıl ya da mantıktan kaynaklandığını öne sürüp, bunların hukuk uygulayıcıları ve hâkimleri bağlayacağını gösterebilir²²⁵. Söz konusu ilkelerin hukuki veya mantıksal geçerliliği hakkındaki tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Ancak, bu sorulara verilecek yanıtın bizim burada sorduğumuz soru açısından da pek bir önemi yoktur. Nitekim bizim açımızdan mühim olan normatif çatışmaların mutlaka yine bir norma, bir çatışma normuna atıfla çözüleceğinin anlaşılmış olmasıdır.

²²⁴ Bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, op. cit., ss. 60-66.

²²⁵ Bu ilkelerin kaynağını eşyanın tabiatında bulan bir görüş için bkz. Gözler, “Yorum İlkeleri”, op. cit., ss. 19-22.

Bu noktada ilginç bir durumla karşılaşırız. Esasen bu durumun tam olarak açıklanması için çalışmamızın sonunda ulaşacağımız sonuca ihtiyacımız vardır. Ancak, normatif çatışma konusuna başka bir yerde tekrar değerlendirmeyeceğimiz için açıklamayı kısaca burada yapmak gerektiğini düşünüyoruz. İleride göreceğimiz gibi, bir hukuk kuralının güçlü anlamda bağlayıcılığı, yani muhatabın en nihayetinde söz konusu hukuk kuralı doğrultusunda hareket etmesinin gerekip gerekmediği, muhatabın söz konusu kurala uymak yönünde sahip olduğu eylem sebeplerine göre belirlenir. Bu durum pozitif çatışma kuralları açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, hukuk normları arası bir çatışmayı çözmek isteyen hâkimin çatışma kuralına dayanmasının gerekip gerekmediği yine bu kurala uymak ve uymamak yönünde sahip olduğu ahlaki ve sağduyu kaynaklı eylem sebeplerinin değerlendirilmesiyle belirlenecektir. Hâkimin pozitif çatışma kuralına başvurmamasını gerektiren durumlarda, çatışan kuralları uygulamak veya uygulamamak yönünde sahip olunan eylem sebeplerinin önemini veya ağırlığını belirleyen ahlaki veya sağduyu kaynaklı normlara başvurusu gerekecektir. Şimdi bu konuyu değerlendirelim.

Ahlak ve sağduyu alanında pozitif çatışma kuralları bulunmaz. Bu alanlarda çatışmaların normların sağladığı eylem sebeplerinin ağırlığına göre çözülmesinden başka yolun olmadığı söylenebilir. Ancak, hangi sebebin daha önemli olacağının belirlenmesi yine normlara kalmak durumundadır. Bu önemin olgu niteliğindeki eylem sebeplerinden kaynaklanması durumunda, bir muhatabın çatışan eylem sebeplerinin varlığı durumunda bunlardan daha önemli olanı takip etmesi gerekliliğinin olgudan türetilmesi söz konusu olacaktır. Bu ise çalışmanın temel varsayımlarından biri olan Hume Kanununu ihlal eder. Dolayısıyla, hangi eylem sebebinin hangi ağırlığa veya öneme sahip olduğu yine normlara atıfla belirlenmek zorundadır. Biz çalışmamız boyunca âdet olduğu üzere çatışan eylem sebeplerinin tartılmasından bahsedeceğiz.

II. OTORİTE, DIŞLAYICI SEBEP VE HUKUKİ NORMATİVİTE

Eylem sebeplerinin norm kaynaklı olduğunu gördük. Eğer bir muhatabın belli bir yönde eylem sebebi olduğundan bahsediyorsak, eylem sebebi teşkil eden olguyu normatif açıdan önem teşkil eden bir olgu olarak tanıyan bir normun bulunması gerekir.

Bu normun mutlaka dar anlamda pozitif olması, yani beşerî irade sonucunda konmuş olması gerekmez. Akıl aracılığıyla belirlenen ahlaki veya sağduyu kaynaklı ilkeler de eylem sebepleri sağlayabilir.

Bu kısımdaki temel soru hukuk kurallarının eylem sebepleriyle açıklanan normativite açısından oynadığı/oynayabileceği “özel” rolün ne olduğudur. Soruyu şu şekilde sorabiliriz: Hukuk kuralları muhataplarına birinci düzey eylem sebepleri sağlamakla mı yetinirler? Joseph Raz’ın hukuk teorisinin bu sorulara verdiği yanıt olumsuzdur. Otorite temelli hukuki normativite özel bir normatif güce sahip olma *potansiyeline* sahiptir. Bu potansiyel Raz tarafından otorite ve dışlayıcı sebep kavramlarına dayanarak açıklanır.

İlk kısımda öncelikle hukuk kurallarının dışlayıcı sebep niteliği taşımasının şart ve sonuçlarını tespit edeceğiz. Sonrasında Raz’ın otorite ve dışlayıcı sebep kavramlarına yöneltmiş eleştirilerden örnekler seçecek, otorite temelli hukuki normativite anlayışının bu eleştirilerden sağ kurtulup kurtulamayacağını tartışacağız.

A. HUKUK KURALLARI VE DIŞLAYICI SEBEP

Bu kısımda hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil edip etmediğini inceleyeceğiz. Raz’ın otorite ve dışlayıcı sebep olarak hukuk kurallarına ilişkin çalışmaları zaman zaman yanlış anlaşılmalara mahal verebilmektedir. Bu nedenle temkinli ilerlemek ve Raz’ın söylemediği bir şeyi ona söyletmemek gerekir. Bununla birlikte, Raz’ın çalışmalarında çözümü kolay olmayabilecek eksik ifadeler, derinlemesine incelenmemiş konular ve ilk bakışta çelişkiyi andıran farklı düşünceler bulunmaktadır. Nihai amacımız bu güçlükleri aşarak hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil edip etmediğini, dışlayıcı sebep teşkil etmenin şartlarını ve sonuçlarını tespit etmektir.

Hukuk kuralları ve normları tabirlerini sınırlayıcı bir anlamda kullanmayacağız. Bir başka deyişle, bu ifadeler hukuki otoritenin hem düzenleyici hem de birel normlarını içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Raz da kimi zaman “kural” (*rule*) ifadesini kullansa da dışlayıcı normatif güce sahip olma noktasında elzem olan otorite tarafından çıkarılan bir

norm olmaktır²²⁶. Kanımızca Raz hukuk kurallarının pratik gerekçelendirmede dışlayıcı güce sahip olduğunu savunurken aklında olan “kural” ifadesi bütün bu kategorileri kapsamaktadır²²⁷.

1. Köken: Dışlayıcı Sebepler

Daha önce dışlayıcı sebep kavramından bahsetmiştik. Burada dışlayıcı sebeplere ilişkin daha detaylı bir inceleme sunacağız. Bununla birlikte, incelememizin eksiksiz olacağını söylemek zordur. Amacımız dışlayıcı sebeplere ilişkin bir temele sahip olmak, kavramın önemli niteliklerini eksiksiz bir biçimde sunabilmektir.

a. Dışlayıcı Sebeplerin Anlamı ve Fonksiyonu

Raz’a göre eylem sebepleri aynı seviyeden olmak zorunda değildir. Birinci düzey sebepler (*first order reasons*) ve ikinci düzey sebepler (*second order reasons*) arasındaki ayrım Raz’ın eylem sebeplerinin seviyesine ilişkin temel ayrımıdır. Birinci düzey sebep belli bir eylemi destekleyen ve çelişen eylemleri destekleyen sebeplere karşı tartışılması gereken sebepler olarak tanımlanabilir²²⁸. Diğer yandan “...*ikinci düzey sebep herhangi bir sebebe dayanarak davranma veya belli bir sebebe dayanarak davranmaktan kaçınmaya ilişkin sebeplerdir*”²²⁹. Dışlayıcı sebepse, ikinci düzey sebeplerin negatif yönüne denk gelen, yani muhatabın belli sebeplere dayanarak davranmaktan kaçınması gerektiğini ifade eden türüdür²³⁰. Dışlayıcı bir sebebin bulunduğu durumlarda, muhatapların sebepler dengesine (*balance of reasons*) dayanarak davranmaması ve dışlayıcı sebep tarafından dışlanan sebepleri bu tartma işleminde göz ardı etmesi gerekir. İlk pratik ilke “*Kişinin, her şey dikkate alındığında,*

²²⁶ Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 62.

²²⁷ Bunun bazı doğrudan göstergeleri de mevcuttur. Raz bazı örneklerde genel nitelik arz eden kuralların yanında birel nitelikli emirlerin de dışlayıcı sebep teşkil ettiğini düşünmektedir. Bkz. *ibid.*, ss. 41-43 (Jeremy örneği).

²²⁸ William A. Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s *Practical Reason and Norms*”, *Law and Philosophy*, C. 12, S. 3 (Ağustos 1993), s. 329.

²²⁹ *Ibid.*, s. 39.

²³⁰ *Ibid.*

sebeplerin tartılması neticesinde yapması gerekeni yapması gerekir”²³¹ şeklindedir. Bu nedenle, dışlayıcı sebepler kişinin sebeplerin tartılmasına dayanarak hareket etmesini öngören ilk pratik ilkeye aykırı davranması için geçerli bir bahane teşkil ederler. Buna göre, ikinci pratik ilke “*Eğer ağırlık dengesini bozan sebepler, yenilmemiş [undefeated] bir dışlayıcı sebep tarafından devre dışı bırakılmışsa, kişinin sebeplerin tartılmasına dayanarak davranmaması gerekir*”²³² şeklinde formüle edilmiştir. İlk ilkenin ikinciyle çelişiyor olması Raz’ın nihai pratik ilkeyi “*Her şey göz önüne alındığında, kişinin yenilmemiş bir sebebe dayanarak hareket etmesi gerekir*”²³³ şeklinde ifade etmesine yol açmıştır.

Bir sebebi yenmenin üç temel yolu vardır. Bunlar daha ağır gelme (*outweighing*), iptal etme (*cancellation*) ve dışlamadır (*exclusion*). Bunların tam olarak ne anlama geldiğini sunmak karşılaştıma açısından önemlidir. Daha ağır gelmenin söz konusu olabilmesi için A ve B olmak üzere uyumsuz eylemleri destekleyen iki set sebep bulunmalıdır. Buradaki uyumsuzluk muhatabın aynı anda hem A hem de B eylemini gerçekleştiremeyecek olmasından kaynaklanır. Varsayalım ki muhatabın hayır işine bağışlamak üzere 1.000 TL parası bulunmaktadır. Bu parayı bağışlayabileceği iki kurumdan biri Afrika’daki çocukların besin ihtiyacını karşılamayı amaç edinmiş, diğeri ise Yahya Kaptan Mahallesi’nin çeşme ve havuzlarla güzelleştirilmesi için çalışmaktadır. Bu durumda kişinin bu parayı Afrika’daki çocuklar için bağışlaması beklenir. Nitekim her ne kadar kişinin parayı yaşadığı çevrenin güzelleştirilmesine harcamak için sebebi olsa da, Afrikalı çocukların açlık sorununun çevre güzelliğini “yendiği” ifade edilir²³⁴. Böyle bir durumda A eylemi lehine olan sebep veya sebeplerin, yani SA’nın, B lehine olan sebep veya sebepleri, yani SB’yi yendiği söylenir. Bu zaferin şartı SA’nın SB’ye göre normatif açıdan daha önemli veya öncelikli olmasıdır. Yenilen sebep, lehine olduğu eylemi desteklemeye devam eder, ancak muhatabın yenilmemiş olan sebeplere dayanarak hareket etmesi gerekir.

²³¹ *Ibid.*, s. 36.

²³² Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 40; Raz, “Reasons for Action, Decisions and Norms”, op. cit., s. 133.

²³³ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 40; Raz, “Reasons for Action, Decisions and Norms”, op. cit., s. 133.

²³⁴ Pratik gereklilikler pek nadiren bu örnekteki kadar basit olur. Okuyucudan ricamız bu örneklerin yalnızca kavramların ne olduğunu açıklayabilmek için verildiğini unutmaması ve örneklerimizin basitliğini mazur görmesidir.

İptal durumunda bir noktaya kadar geçerli olan sebep artık geçerli olmaktan çıkar. Bir başka deyişle zaman Z1’de A eylemi açısından geçerli bir sebep olan şey Z2’de böyle olmaktan çıkar. Örneğin, kişi yeğenine üniversite eğitimi boyunca ayda 300 TL göndermeye söz vermiş olabilir. Kişinin böyle bir söz vermesi, yeğenin üniversite hayatı boyunca ayda 300 TL göndermesi için geçerli bir sebep teşkil eder²³⁵. Ancak, kişinin yeğeni üniversiteden mezun olduktan sonra söz konusu parayı göndermeye devam etmek için bir sebebi kalmamış, bu sebep geçersiz hâle gelmiştir. İhtimal, eğer kişinin söz konusu parayı göndermek için hâlâ bir sebebi varsa da bu sebep aynı sebep, yani yeğen üniversiteye girerken verilmiş olan söz değildir. Burada dikkat edilmesi gereken “ağır gelme” durumunda olduğunun aksine iptalin belli bir olgunun sebep niteliğini etkilemesidir. Bir başka deyişle, iptal olan bir sebep artık bir zamanlar lehine olduğu eylemi destekleyemez.

Son olarak dışlamadan bahsetmek gerekir. Yukarıda gördüğümüz gibi dışlayıcı sebepler muhatapların belli sebeplere dayanarak davranmasının önüne geçerler. Bu durumda dışlanan sebepler tartılmaya katılmaz; buna karşın dışlanan sebepler geçerli sebepler olarak kalmaya devam ederler²³⁶. Raz belli bir sebebe dayanarak davranmamanın belli sebepleri değerlendirmekten kaçınmak anlamına gelmediğini vurgular²³⁷. Bu önemli bir farktır. Raz dışlanan sebeplere uyulamayacağını, ancak -eğer mümkünse- bu sebeplere “uygun davranılabileceğini”, çünkü dışlamanın sebebin normatif niteliğini ortadan kaldırmadığını söylemektedir²³⁸. Bir şeye uymak muhatapın doğru eylemi doğru sebeple gerçekleştirmesini gerektirir. Öte yandan, uygun davranmak için normun öngördüğü veya sebebin desteklediği eylem ile gerçekleştirilen

²³⁵ Söz ve vaatlerin sebep yaratan etkisi için bkz. Raz, “Promises and Obligations”, *op. cit.*, *passim*.

²³⁶ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 184.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*, ss. 183-184. Bizim uymak ve uygun eylemi gerçekleştirmek şeklinde çevirdiğimiz ifadeler İngilizcede “to comply with” ve “to conform to” şeklindedir. Bu iki ifadenin anlam farkının Türkçe çevirimizde korunduğundan emin değiliz. Keza Türkçede bu iki ifadenin farkını yansıtacak bir sözcük seçimi mümkün müydü onu da bilemiyoruz. Ancak, umarız izleyen açıklama bu iki ifade arasındaki farkı ortaya koymak açısından yararlı olur. Uymak-uygun eylemi gerçekleştirmek yönündeki tercihimiz sanki uymak fiilinin yalnızca dışsal değil, aynı zamanda içsel bir bileşenin olduğu düşünmemizdendir. Bir başka deyişle, uyan kişi yalnızca doğru eylemi gerçekleştirmez. Aynı zamanda doğru eylemi gerçekleştirmesi gerektiğini bilerek, bu doğru eylem için doğru kaynağı ve sebebi seçerek hareket eder. Öte yandan uygun eylemi gerçekleştirmekteki “uygun” fiili yalnızca eylemi nitelendiriyor ve eylemin normda öngörülen veya sebebin desteklediği eylem olduğunu ifade ediyor gibi görünmektedir. Yani, uygun eylemi gerçekleştirmekte eylem sebebinin uygunluğuna dair bir yan anlam bulunmadığını düşündük.

eylemin örtüşmesi yeterlidir. Muhatabın doğru sebebe dayanarak hareket etmesi gerekmez, doğru eylemi gerçekleştirmesi yeterlidir²³⁹.

Dışlanan sebeplere ilişkin olarak uygun eylemin gerçekleştirilebilecek olması dışlayıcı sebep tarafından dışlanan ve dışlanmayan sebepler arasındaki ilişkiyi aydınlatmaktadır: Bunların çelişen eylemleri desteklemesi şart değildir. Raz'ın da vurguladığı gibi, dışlayıcı sebeplerin kapsam sınırları vardır, yani mevcut sebeplerin yalnızca bir kısmını dışlıyor olabilirler²⁴⁰. Dışlanmayan sebeplere uyulabilir, ancak dışlananlara ilişkin olarak yalnızca uygun eylem gerçekleştirilebilir. Bir muhatap, dışlanmamış bütün sebepleri (veya ağır gelen ve dışlanmamış sebepleri) eyleminin temeli olarak kabul ederken, dışlanan sebeplere ilişkin olarak uygun eylemi gerçekleştirebilirse, dışlanan ve dışlanmayan sebeplerin desteklediği eylemlerin uyumsuz olmadığı anlaşılır. Aksi hâlde, dışlanmayan sebepleri eyleme temel almak, dışlanan sebeplere ilişkin uygun eylemi gerçekleştirme ihtimalini ortadan kaldırır.

Dışlanan ve dışlanmayan sebepler arasındaki bu ilişkiyi bir örnekle açıklamaya çalışalım. Ahmet ilkokul öğrencisidir. Ahmet ödevlerini yaparken babası ve ablası ona yardımcı olmaktadır. Ancak, Ahmet'ten pek de büyük olmayan ablası zaman zaman ödevlerini yaparken Ahmet'in karşılaştığı sorunlara yanlış çözümler önerebilmektedir. Bu durumun farkına varan ve eğitime ilişkin konularda evdeki yegâne otorite olduğunu varsayacağımız anne, Ahmet'e ödevler konusunda ablasının dediklerini değil, babasının dediklerini dikkate almasını salık verir. Bu durumda Ahmet'in annesinin direktifi Ahmet açısından dışlayıcı sebep teşkil edecektir. Bunun nedeni Ahmet'in annesinin eğitime ilişkin konularda, yani kapsam olarak sınırlı bir alanda, tek otorite olduğunu belirtmiş olmamızdır (otorite ve dışlayıcı sebep arasındaki ilişkiye daha sonra geleceğiz). Şimdi somut durumda " $2x + 2 = 8$ " denklemini ödev olarak almış olan

²³⁹ Bu fark Kant tarafından ahlak ve hukuk arasındaki önemli farklardan biri olarak görülmüştür. Kant ahlakta kişinin belli bir eylemi sırf ahlaki ödevi olduğu için yerine getirmesi gerektiğini vurgulayarak ahlaki uymayı muhatapın içsel dünyası yani "doğru sebeple hareket etme"yle ilişkilendirmiştir (Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, op. cit., s. 11). Öte yandan, hukukun aradığının bu türden özel bir sebep değil, yalnızca öngörülen eylemin herhangi bir sebeple gerçekleştirilmesi olduğunu vurgulamıştır (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, çev. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, ss. 56-57. Ayrıca bkz. Gianluigi Palombella, "The (re-)Constitution of the Public in a Global Arena", in *After Public Law*, editörler: Cormac Mac Amlaigh, Claudio Michelon ve Neil Walker, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 294).

²⁴⁰ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 46; Joseph Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms", in *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1978, s. 132.

Ahmet'in bu soruyu çözemediğini ve annesinin direktifi doğrultusunda babasına danıştığını düşünelim. Babası Ahmet'e denklemi çözmek için eşitliğin iki tarafına da “-2” eklemesini ve sonra x'i tamamen yalnız bırakmak için iki tarafı da 2'ye bölmelerini önerir. Babası odadan çıktıktan hemen sonra Ahmet'in ablası içeri girer ve Ahmet yardımını istememesine rağmen denklemi çözerken her adımı açıkça göstermesini aksi hâlde öğretmeninin puan kırabileceğini söyler. Şimdi, annesinin direktifinin sağladığı dışlayıcı sebep Ahmet'in ödevler konusunda ablasının söylediklerine dayanarak hareket etmesinin önüne geçmektedir. Dikkat edilecek olursa, dışlayıcı sebeplerin yaptığı belli sebeplere dayanmanın önüne geçmektir. Bir başka deyişle, dışlayıcı sebeplerin illa ki çatışan eylemleri destekleyen farklı sebep setlerinin olduğu durumlara uygulanması gerekmez. Burada da hem babanın hem de ablanın önerileri ödevle ilişkindir. Ancak, çatışan eylemleri desteklememektedirler. Babasının sözünü esas alması gerektiğini bilen Ahmet, denklemi önerilen şekilde çözer. Ancak bunu yaparken bütün adımları atlamadan gösterir. Ne de olsa, ablasının söyledikleri hâlâ eylem sebebi teşkil etmeye devam etmekte, Ahmet yalnızca eylemini ablasının sözlerine dayanarak belirleyememektedir.

Şimdi, örneğimiz dışlayıcı sebepler ve fonksiyonlarına dair bir hata içermediğine göre, bu örnekte dışlayıcı sebebin fonksiyonu ne olmuştur? Dışlayıcı sebep pratikte herhangi bir değişikliğe yol açmış mıdır? Eğer dışlanan sebeplerle dışlanmayanlar çelişen eylemleri desteklemiyorlarsa, muhatabın en nihayetinde dışlanan sebeplere uygun eylemi gerçekleştirmesi mümkündür. Hatta bunlar hâlâ geçerli birer sebep olduğu için, muhatabın uygun eylemi gerçekleştirmesi gerekir de. Bu durumda dışlayıcı sebebin yalnızca muhatabın doğru eylemi belirlerken yürüttüğü pratik değerlendirmelerini etkilediğini söyleyebilir miyiz?

Şu kadarını rahatlıkla söyleyebiliriz: Dışlayıcı sebepler en nihayetinde muhatabın pratik değerlendirmelerine ilişkindir. Bu sebepler doğru eylemi belirlerken hangi eylem sebeplerinin hesaba katılmayacağını, muhatabın hangi eylem sebeplerine dayanarak davranmaktan kaçınması gerektiğine ilişkindir. Bununla birlikte, dışlayıcı sebeplerin pratik bir fark yaratıp yaratmadığı değerlendirilirken yalnızca nihai olarak gerçekleştirilen eylemlere bakılması doğru olmaz. Mevzubahis içsel değerlendirmelerde bir değişiklik gerekliliği doğuyorsa, dışlayıcı sebeplerin pratik açıdan bir fark yarattığı

kabul edilmelidir. Pratik felsefe yalnızca nihai olarak gerçekleştirdiğimiz eylemleri değil, bu eylemleri gerçekleştirirken rasyonel olup olmadığımızı, doğru sebepleri dikkate alıp, doğru sebeplere dayanıp dayanmadığımızı da ilgilendirir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz pratik fark tezi hukuk kurallarının yarattığı farkı yalnızca eylem düzeyinde gerçekleşenlerle sınırlamaz, değerlendirme safhasındaki farklılıkları da dikkate alır²⁴¹. Hukukun normativitesi muhataplarının *değerlendirme* veya eylemlerinde bir fark yaratıp yaratmadığına bağlıdır. Biz bu tezin nasıl yorumlanması gerektiğini ve hangi yorumunun kabul edilebilir olduğunu daha sonra ele alacağımız için burada detaylı açıklamalara yer vermiyoruz.

Bununla birlikte, dışlayıcı sebeplerin yaptığı tek şey belli birinci düzey sebeplere dayanılarak davranılmasının önüne geçmek değildir. Raz ayrıca, dışlayıcı sebep teşkil eden olgunun aynı zamanda eylem lehine birinci düzey sebep teşkil ettiğini söyler²⁴². Buna göre, dışlayıcı sebep teşkil eden olgu yalnızca muhataplarının belli sebeplere dayanarak hareket etmesini önlemez, aynı zamanda sebeplerin tartışılmasına birinci düzey bir sebep olarak katılır. Raz otoritatif direktifler tarafından sağlanan sebeplere korunan sebep (*protected reason*) adını vermektedir²⁴³. Dışlayıcı sebeplerin belli sebepleri tam olarak nasıl dışlayabildiği, bu normatif gücün nereden kaynaklandığı ve belli sebeplere davranmamak için bir sebep teşkil eden dışlayıcı sebebin nasıl olup da aynı zamanda belli bir eylem lehine sebep teşkil edebildiği hususlarında okuyucunun zihninde pek çok soru işareti olabileceğinin farkındayız. Ancak, bu konuların detayına girebilmek için Raz'ın otorite kavramına yer vereceğimiz bir sonraki kısmı beklemek gerekecek. Şimdilik aşağıda yer vereceğimiz tartışmaların anlamlı olabilmesi için otoritatif direktiflerin aynı zamanda belli bir eylem lehine birinci düzey sebep teşkil ettiğinin kabul edilmesini rica edeceğiz. Bunun gerçekten böyle olup olmadığı, dışlayıcı sebeplerin dışlama gücünün kaynağı gibi konular zaten bu bölümdeki sorgulamamızın temelini oluşturmaktadır.

²⁴¹ Bkz. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 402; Waluchow, "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *op. cit.*, s. 46; Himma, "H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 38; Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism", *op. cit.*, s. 115.

²⁴² Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 18.

²⁴³ *Ibid.*, ss. 17-18.

Raz'ın pratik sebep teorisiyle Robert Alexy'nin kural ve ilkelere ilişkin teorisi arasında bazı paralellikler olduğu düşünülmektedir. Bu düşüncenin sahibi Peng-Hsiang Wang'dır. Wang'ın ilk iddiası Raz'ın birinci düzey sebeplerinin Alexy'nin ilkelerine benzediğidir. Buna göre, birinci düzey sebep ve ilkeler başka sebep ve ilkelerle çeliştiğinde bir tartma işlemi gerçekleştirilir²⁴⁴. Diğer taraftan, kurallar uygulanabilir birinci düzey sebep veya ilkelerin alanını kısıtlamak suretiyle işler²⁴⁵. Netice olarak Wang, Raz ve Alexy'nin düşünceleri arasındaki farkın Alexy'nin ilkelerin belli şartlar altında kurallara üstün gelebileceği olduğunu tespit eder. Yazar bir yandan da Raz'ın çalışmasının dışlayıcı sebep tarafından dışlanmayan birinci düzey sebeplerin dışlayıcı sebep tarafından sağlanan sebebi (veya Raz'ın deyiimiyle korunan sebepleri (*protected reasons*)) yenme olasılığını reddetmediğini vurgular²⁴⁶. Ayrıca Wang, Alexy'nin kurallarının Raz'ın dışlayıcı sebeplerinden daha az dışlayıcı olduğu sonucuna erişir²⁴⁷.

b. Muhatabın Birinci Düzey Sebeplere Dayanmadan Karar Verdiği Örnekler

Bu kısımda muhatapların sahip oldukları birinci düzey sebeplere dayanmadan hareket ettiği iddia edilen bazı örnekleri inceleyerek yukarıda yaptığımız açıklamaları netleştirmek istiyoruz. Raz *Practical Reason and Norms* kitabında muhatabın sahip olduğu birinci düzey sebeplerin ağırlığına göre karar vermediği durumlara ilişkin üç örnek verir. İlk örnek Ann'e ilişkindir²⁴⁸. Ann'in harcayacak yüklü miktar parası vardır ve arkadaşı bir yatırım teklifiyle ona gelir. Ancak, teklifi değerlendirmek için yalnızca bir akşamı vardır ve o sırada hem duygusal hem de fiziksel anlamda yorgundur. Ann yorgunluğunun teklifin esasına ilişkin yargısını sakatlayabileceğini düşünür. Arkadaşından teklifi değerlendirmek için ek süre ister, ancak arkadaşı teklifi o akşam değerlendirmemenin reddetmek anlamına geleceğini iletir. Ann bunun üzerine teklifi reddettiğini ancak bunun sebebinin teklifin esasının onun açısından kârlı olmaması

²⁴⁴ Peng-Hsiang Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning", in *On the Nature of Legal Principles*, Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Topluluğu'nun (*International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*) "The Principles Theory" (İlkeler Teorisi) konulu 23. Kongresinin Bildiri Kitabı, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, s. 37.

²⁴⁵ *Ibid.*, s. 38. Ayrıca bkz. Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *op. cit.*, ss. 296-297.

²⁴⁶ Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning", *op. cit.*, ss. 38-39.

²⁴⁷ *Ibid.*, s. 39.

²⁴⁸ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 37.

değil, teklifin avantaj ve dezavantajlarını sağlıklı bir biçimde değerlendirmek için çok yorgun olması olduğunu söyler.

Raz bu örnekte Ann'in sebeplerin ağırlığını dikkate alarak davranmadığını, teklifin lehine ve aleyhine olan sebepleri değerlendirmedini, bu sebepleri “görmezden geldiğini” (*disregard*) düşünür²⁴⁹. Burada söz konusu olan dışlayıcı sebepler açısından vurgulanan “belli sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınmak” değildir. Ann'in neye karar vermeye çalıştığına, başka bir deyişle, hangi eylemlerde bulunmayı değerlendirdiğine bakalım. Ann'in karşılaştığı pratik güçlük teklifi kabul edip etmemek midir? Hayır. Ann teklifin içeriğini, avantaj ve dezavantajlarını değerlendirip değerlendirmeyeceğine karar vermeye çalışmaktadır. Henüz teklifin kabul etmeye değer olup olmadığını merak etmemektedir. Bu nedenle de teklifin lehine ve aleyhine olan sebepler mevcut durumda değerlendirmeye konu değildir. Ann henüz aşamalı bir pratik değerlendirmenin o aşamasına ulaşmamıştır. Eğer durum böyleyse, Ann'in var olan bütün birinci düzey sebeplerin tartılması esasında hareket ettiğini düşünmek daha doğru olur. Teklifin içeriğini değerlendirmemek yönündeki sebep, yani o an yargısının sağlıklı olacağına güvenmiyor olması, içeriği değerlendirmek lehindeki sebeplerden, yani teklifin gerçekten de kârlı bir teklif olma olasılığından daha ağır basmaktadır. Nihayetinde, kendisine birkaç gün önce sunulmuş bir başka teklif vardır²⁵⁰.

Bu manzarayı bozuyor gibi görünen husus Ann'in sanki teklifin lehine ve aleyhine olan sebepleri tartmadan teklifi reddettiğini ima etmesidir: Arkadaşının Ann'e teklifi hemen değerlendirmemenin onu reddetmekle aynı anlama geleceğini söylemesi ve Ann'in de bunun üzerine “Öyleyse teklifi reddediyorum” demesi²⁵¹. Böylelikle, Ann'in avantaj ve dezavantajlarını değerlendirmeden teklifi reddetmiş olduğu izlenimi oluşmaktadır. Oysa Ann'in teklifi o akşam değerlendirmemesi hâlinde arkadaşının teklifi reddettiğini varsayacak olması, yalnızca teklifi o akşam değerlendirmek lehinde bir başka birinci düzey sebeptir. Ann “Teklifi reddediyorum” der, ancak asıl yaptığı teklifi o akşam değerlendirmemektir ibarettir. Kısacası, kanımızca Ann örneğinde teklifin içeriğini değerlendirmeye yönelik *birinci düzey* eylem sebepleri, değerlendirmemeye yönelik *birinci düzey* eylem sebeplerini yenmektedir. Dolayısıyla

²⁴⁹ *Ibid.*, ss. 37-38.

²⁵⁰ *Ibid.*, s. 37.

²⁵¹ *Ibid.*

da esasen ortada sahip olunan birinci düzey sebeplerin değerlendirilmemesine ilişkin bir örnek bulunmamaktadır.

Raz da bu örneğin dışlayıcı sebebi örneklendirdiğini iddia etmez. Nitekim Ann'in teklifi reddetmekte dayandığı kuralın büyük ihtimalle bir rehber kural niteliği taşıdığını düşünür²⁵². Başka bir yerde ise rehber kuralların yükümlülük yükleyen kurallar olmadığını vurgular²⁵³. Öte yandan yükümlülükler dışlayıcı sebepler temelinde tanımlanır²⁵⁴. Bununla birlikte Raz, Ann'in sahip olduğu birinci düzey sebeplere dayanarak karar vermediğini ileri sürmektedir. Yukarıda açıkladığımız gibi, kanımızca Ann teklifi hemen değerlendirip değerlendirmemek yönünde sahip olduğu birinci düzey sebeplere dayanarak karar vermektedir.

Raz'ın ikinci örneği asker Jeremy'ye ilişkindir²⁵⁵. Komutanı Jeremy'ye bir sivilin sahibi olduğu kamyonete el koyup onu kullanmasını emreder. Öte yandan, arkadaşı emre itaat etmemesi için önemli bazı sebeplere işaret eder. Emre uymaya karar veren Jeremy komutanın haklı olup olmadığının önemli olmadığını, neyin en iyisi olduğuna onun karar veremeyeceğini ifade eder. *“Emir sebeplerin tartılmasından bağımsız olarak emredildiğin şeyi yapmak için bir sebeptir... Bu durumda Jeremy'nin komutanının otoritesini kabul etmesi yanlış olabilir. Ancak otoritenin doğasına ilişkin olarak haklı değil midir?”*²⁵⁶.

Raz'ın sorduğu soru, özellikle de hukuk normlarının dışlayıcı gücü konusunda, şüphesiz ki çok önemli bir sorudur. Ancak, bu örneğe ilişkin tartışma hukuk normlarının dışlayıcı sebep olarak görülüp görülemeyeceğini incelememizi gerektirmektedir ki biz bunu aşağıda yapacağız. Burada yalnızca Raz'ın çalışmasında dışlayıcı sebeplerin işleyişini bir nebze aydınlatmak adına önemli bir noktanın altını çizmek istiyoruz. Yukarıda belirttiğimiz gibi, komutanın emri “zulüm” niteliğinde olursa Jeremy'nin bu emri ihmal etmesi gerekeceği Raz tarafından kabul edilmektedir²⁵⁷. Detaya girmeden bu görüşün olası nedenlerini değerlendirelim. İlk olasılık aksi hâlde dışlayıcı sebep olarak

²⁵² *Ibid.*, s. 38.

²⁵³ Raz, “Promises and Obligations”, *op. cit.*, s. 224.

²⁵⁴ *Ibid.*, s. 223.

²⁵⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 38.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

kabul edilecek olan sebeplere dayanılmasını engelleyen daha da üst seviye dışlayıcı sebeplerin var olabileceğine dair bir ipucu vermektedir. Dolayısıyla, belki de Raz'ın teorisinde üçüncü seviye -hatta belki de dördüncü seviye- sebeplere de yer vermek gerekebilir. En nihayetinde “bir ikinci düzey sebebe dayanarak davranma veya dayanmaktan kaçınma” yönündeki sebeplerin ayrı bir seviye oluşturacağını söyleyebiliriz. İkinci olarak, otoritenin muhatapların tabi olduğu sebeplerin değerlendirilmesi konusunda açık bir hata yaptığı durumlarda otoritenin direktifinin dışlayıcı normatif güce sahip olamayacağı ifade ediliyor olabilir. Aşağıda göreceğimiz gibi, Raz'a göre bir otoritenin direktiflerinin dışlayıcı normatif güce sahip olabilmesi için somut durumda direktifin muhataplarının sahip olduğu birinci düzey sebeplerin doğru biçimde değerlendirilmiş olması şart değildir²⁵⁸. Belki de, hatanın açık ve ağır olduğu durumlarda bir istisna mevcuttur. Bu iki görüşe ilişkin bu bölümün ilerleyen sayfalarında bazı tartışmalar yürütülecektir. Gelecek bölüm açısından önem taşıyabilecek bir olasılığa göre, Raz'ın “zulüm” ifadesini kullandığı düşünülürse, dışlayıcı sebep olarak algılanan geçerli bir hukuki direktife itaat etmemenin başka bir hukuk normu dolayısıyla değil de ahlaki bir yükümlülüğten dolayı olabileceğine işaret ediliyor olabilir. Biz bir hukuk kuralına uymak için sahip olunan sebeplerin en nihayetinde ahlaki veya sağduyu kaynaklı olabileceğini kabul ettiğimize göre, hukuka uymak yönünde sahip olunan ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir eylem sebebinin aksi yönde bir ahlaki eylem sebebi dolayısıyla yenilmesinin mümkün olması gerekir. Bu konuya Hart'ın Radbruch formülüne yönelik eleştirisini ele alırken tekrar değineceğiz.

Raz'ın verdiği son örnek oğullarına ilişkin konularda onun menfaatini düşünüp, tüm diğer değerlendirmeleri göz ardı edeceğine dair karısına söz veren Colin'e ilişkindir²⁵⁹. Oğlunu özel okula²⁶⁰ gönderip göndermemek konusunda karar vermesi gereken Colin şu sebeplere sahiptir: 1) Özel okulun pahalı olması Colin'in işten istifa etmesini ve tamamlamayı çok istediği bir kitabı yazmasını engelleyecektir, 2) Colin'in çevresinde seçkin biri olmasının, okul ücretini karşılayacak parası olmayan bazı aileleri de kendi çocuklarını özel okula göndermek konusunda teşvik edebilecek olması ve böylelikle bu ailelerin finansal açıdan zor duruma düşme ihtimali. Colin'in verdiği

²⁵⁸ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 61-62.

²⁵⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 39.

²⁶⁰ Raz “devlet okulu” (*public school*) demektir. Ancak metnin bağlamından özel okulu kastettiği açıktır.

sözün kendisi çocuğunu özel okula veya devlet okuluna göndermesi için bir sebep teşkil etmez. Söz vermiş olduğu gerçeğine dışlayıcı bir sebep muamelesi yapan Colin farklı yönlerdeki sebepleri tartmayı reddeder. Yalnızca özel okula gitmenin çocuğunun menfaatine en uygun şey olup olmadığını değerlendirmesi gerekir.

Colin'in karşılaştığı pratik sorun nedir? Kendine çocuğunu özel okula göndermenin avantaj ve dezavantajlarını mı sormaktadır? Yoksa karısına verdiği söz düşünülürse, eğitime ilişkin konularda oğlunun menfaati dışındaki konuları değerlendirip değerlendirmemeyi mi sormaktadır? Colin çocuğunu özel okula göndermenin avantaj ve dezavantajlarının farkında olabilir. Ancak, Raz'ın örneğinde kendine sorduğu soru bu değildir. En azından pratik değerlendirmenin ilk aşamasında değil. Colin'in öncelikle kendine sorduğu (veya sorması gereken) sözünü tutmasının gerekip gerekmediğidir. Şimdi, bir sözü tutmanın lehine ve aleyhine sebepler olabilir. Ancak, görünüşe göre Colin'in sözünü bozmak için geçerli bir sebebi yoktur. Artık, değerlendirmenin ilerleyen safhalarında Colin'in oğlunu özel okula göndermenin onun menfaatine en uygun şey olup olmadığına karar vermesi gerekecektir. Bu nedenle, Raz'ın vurguladığı gibi, ikinci düzey sebepler de başka bir ikinci düzey sebep tarafından geçersiz kılınabilir (başka bir ikinci düzey sebep ağır basabilir); ancak, eğer ikinci düzey sebep yenilmemişse, bazı birinci düzey sebepleri pratik değerlendirme alanından çıkarırlar²⁶¹.

Kanımızca bu son örnek dışlayıcı sebeplerin nasıl işlediğini başarıyla göstermektedir. Vaatlerin ve sözlerin Raz'ın ileri sürdüğü anlamda bağlayıcı, yani dışlayıcı olmadığı iddia edilebilir. Dolayısıyla, dışlayıcı sebeplerin nasıl işlediğini göstermek başka, belli sebeplerin dışlayıcı olduğunu göstermek başkadır. Mühim olan bu sebeplerin dışlayıcı normatif gücünün nereden kaynaklandığı ve bizim durumumuzda hukuk normlarının dışlayıcı sebep teşkil edip edemeyeceğidir.

²⁶¹ Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *op. cit.*, s. 132. Esasında dışlanan sebeplerin pratik değerlendirme alanından tamamen çıkarılıp çıkarılmadığı tartışmalıdır. Daha önce dışlayıcı sebeplerin belli sebeplerin dikkate alınmasını veya değerlendirilmesini değil, onlara dayanarak eyleme karar verilmemesini talep ettiği ve bazı durumlarda dışlanan sebeplere uygun eylemin de gerçekleştirilebileceği, hatta bunun gerekeceği düşünülürse, dışlanan sebeplerin pratik değerlendirme alanından tamamen çıkacağını söylemek doğru olmayabilir. Burada kastedilenin söz konusu sebeplere uyulamayacağı, bu sebeplerin muhatap karar verirken dayandığı esas sebep olamayacağı olduğunu varsayıyoruz.

2. Dışlayıcı Sebep Olarak Hukuk Normları

Bu kısım Raz'ın hukuk kurallarının dışlayıcı sebep olduğu iddiasını ele alacaktır. Bunun için öncelikle Raz'ın otorite anlayışına değinmemiz ve bu kavrama ilişkin sorunları incelememiz gerekmektedir. Nitekim Raz'ın hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil ettiği yönündeki iddiası hukukun otorite iddiasından (*law's claim to authority*) kaynaklanmaktadır. Aşağıda Raz'ın otorite kavramını inceleyecek, hukuki otoritenin şartlarını ortaya koyacak ve hukuk kurallarının niçin dışlayıcı sebep teşkil ettiğini açıklayacağız.

a. Otorite Kavramı

Raz, hukukun siyasal topluluğun bir parçasını teşkil ettiği yerlerde kendine tabi olanlar üzerinde bir otorite iddiasının bulunduğunu düşünür. Gerçeklikteki hukuk bu idealden sıklıkla uzak düşse de, ideal hukukun otorite sahibi olması gerekir²⁶². Öyleyse Raz'ın meselesi hukukun hangi şartlarda bu otoriteye sahip olacağını belirlemek, bir başka deyişle *de facto* otoritenin karşısında meşru otoritenin portresini çizmektir. Hemen belirtelim ki Raz'ın bahsettiği otorite normatif otoritedir. Yani, burada soruşturacağımız otorite kavramı kişinin kendisi dışındaki birinin onun eylemleri hakkında otoritatif direktifler verme gücünü içermektedir.

Raz'ın bakış açısından otoriteyi incelemeye geçmeden önce önemli bir tartışmaya daha yer vermek istiyoruz. Raz, hukuki otoriteyi bir ahlaki otorite biçimi olarak görmektedir. Otorite düşüncesinin detaylarını incelediğimizde, hukukun muhatabı açısından sahip olduğu otoritenin siyasi veya saf hukuksal bir otorite değil, ahlaki bir otorite olarak görüldüğünü anlayacağız. Şimdilik şu kadarını söyleyelim: Raz'a göre hukuki ve ahlaki terminolojinin “görev, yükümlülük, hak ve hürriyet” gibi kavramlar açısından örtüşüyor olması Raz açısından hukuk ve ahlakın aynı olduğunu

²⁶² Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 104.

göstermese de, hukukun neyin peşinde olduğunu gösterir²⁶³. Buna göre, hukuk zorunlu olarak meşru otorite iddiasında, daha doğru bir ifadeyle meşru ahlaki otorite iddiasında bulunur²⁶⁴. Hukuk sisteminin somut durumda bu tür bir otoritesinin olup olmadığı ayrı bir meseledir.

Hukuki pozitivist olarak tanınan bir yazarın hukukun otorite iddiasının ahlaki bir iddia olduğunu savunması ve bu iddianın zorunlu olduğunu düşünmesi şaşkınlıkla karşılanabilir. Keza, Raz'ın hukuk ve ahlakta geçen hak, yükümlülük ve benzeri kavramların da ahlak ve hukuk arasında bir ortaklığa işaret ettiğini, hukukun yöneldiği amacı belirlediğini ifade etmesi de hukuki pozitivizmle çelişebilecek bir iddia olarak görülebilir. Hukuki pozitivistin temel tezi olduğu düşünülen ayrılabilirlik tezinin anlamlarından bir tanesi, hukuk ve ahlak arasındaki görünüşte ortak terminolojinin aslen farklı anlamlara geldiğini iddia eder²⁶⁵. Biz burada Raz'ın teorisinin pozitivist niteliğini tartışmayacağız. Bağdaştırma projesi neticesinde ulaştığımız geçerlilik anlayışının pozitivistme uygun olup olmadığını tartıştığımız son bölümde pozitivistin iki temel tezi olduğunu iddia edeceğiz: Ayrılabilirlik tezi ve toplumsal olgu tezi. Burada ortaya koyacağımız gibi, ayrılabilirlik tezi bütün hukuki pozitivistler tarafından benimsenen bir tez değildir. Bazı pozitivistler daha dar kapsamlı toplumsal olgu tezini (*social fact thesis*) benimsemiştir. Sert pozitivistler ise toplumsal olgu tezinin bir türü olduğunu söyleyebileceğimiz ve Raz tarafından güçlü toplumsal olgu tezi (*strong social thesis*) olarak ifade edilen²⁶⁶ kaynak tezini (*sources thesis*) benimserler. Raz ayrılabilirlik tezinin yanlış olduğunu savunmaktadır²⁶⁷. Dolayısıyla, şimdilik hukukun ahlaki bir iddiada bulunma zorunluluğu ve hukuk ile ahlak arasındaki terminolojik ortaklık düşüncelerinin Raz'ın bir pozitivist olmadığını göstermediğini söyleyebiliriz.

Burada ayrıca tartışılması yararlı olacak bir başka husus hukukun herhangi bir iddiada bulunup bulunamayacağı ve bu iddianın hangi kanallarla dile getirildiği konularıdır. Biz hukukun iddia edebileceği düşüncesinin ancak bir metafor olabileceğini düşünmekteyiz. Ancak, hukukun iddia şeklinde bir söz ediminde bulunup

²⁶³ *Ibid.*, s. 111.

²⁶⁴ *Ibid.*, ss. 111-112.

²⁶⁵ Bkz. Giorgio Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, ss. 202-203.

²⁶⁶ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 39.

²⁶⁷ Bkz. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, 2. B., Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 226-227.

bulunamayacağını bir sonraki bölümde Robert Alexy'nin doğruluk iddiası (*claim to correctness*) açısından da değerlendireceğiz. Neil MacCormick'i izleyerek hukukun iddia edemeyeceğini, bu iddianın ancak hukuk yetkilileri tarafından dile getirilebileceğini savunacağız²⁶⁸. Bu düşüncemizin etkilerinin Alexy'nin teorisi açısından daha önemli olduğunu düşündüğümüz için tartışmayı burada değil, bir sonraki bölümde ele alacağız.

Raz'ın otorite kavramına dair düşüncelerine geçmeden önce reddettiği bakış açılarına ilişkin kısa bir inceleme yapalım. Böylelikle Raz'ın benimsediği bakış açısını niçin benimsediğini daha iyi anlayabiliriz.

(1) Reddedilen otorite anlayışları

Bu kısımda ilk olarak Raz'ın otoritenin doğasını aydınlatamadığını düşündüğü dört temel yaklaşım hakkındaki eleştirilerini sunacak, daha sonra Raz'ın tespit ettiği doğru rotaya yönelmesine rağmen başarısız olduğu düşünülen “basit açıklamayı” (*simple explanation*) ve eleştirisini inceleyeceğiz.

Raz otoriteye ilişkin dört çeşit temel açıklama tespit edip bunların eksiklerini kısa ve öz biçimde ortaya koyar. Bunlardan ilki *de facto* otoriteye sahip olmanın zorunlu veya yeterli şartlarını ortaya koyan düşüncelerdir. Raz'a göre bu tür teorilerin başarısız olmasının nedeni bunların otoritenin doğasına ilişkin bir şey söylememesi, otoritenin ne anlama geldiğini ortaya koyamamasıdır²⁶⁹.

İkinci tür açıklamalar *de facto* otoritedense *de jure*, yani meşru otorite kavramını, meşru otorite sahibi olmanın zorunlu veya yeterli şartlarını ortaya koyarak belirlemeye çalışır. Bu tür açıklamalar otorite iddialarının nasıl gerekçelendirilebileceğiyle ilgilenmiştir²⁷⁰. Raz'a göre bu tür çabaların en büyük sorunu otorite iddiasının hangi tür argümanlarla gerekçelendirilebileceğine dair sınırların belirlenmesinin güçlüğüdür. Otorite kavramının beşerî faaliyetlerin çeşitli alanlarına

²⁶⁸ Neil MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Portland: Hart Publishing, 2007, ss. 59-67.

²⁶⁹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 5.

²⁷⁰ *Ibid.*, ss. 5-6.

yayılmış olması bu tür bir sınırlandırmayı güçleştirmektedir²⁷¹. En nihayetinde Raz *de jure* otoritenin şartlarına ilişkin çalışmaların da otoritenin doğasına ve otorite olmanın ne anlama geldiğine dair bir şey söylemediğini vurgular. Bu anlamda başarılı bir otorite analizinin yalnızca *de jure* veya *de facto* otorite sahibi olmanın şartlarının ne olduğuyla ilgilenmesi mümkün değildir²⁷².

Üçüncü bir tür düşünce otoriteyi insanlar üzerinde sahip olunan *de facto* güç olarak tanımladıktan sonra, meşru otoriteyi *de facto* otorite üzerinden tanımlar²⁷³. Raz'a göre bu tür açıklamalarla ilgili temel sorun önceliklerin yanlış belirlenmesidir. Ona göre *de jure* otorite kavramı *de facto* otoriteden önce gelir; neticede bütün meşru otoriteler etkili değildir. Raz aynı zamanda *de facto* otoritenin ancak meşru otoriteye atıfla tanımlanabileceğini belirtmektedir²⁷⁴. Raz'ın meşru otoritenin *de facto* otoriteden önce geldiği düşüncesi, *de facto* otorite sahibi olmak için salt güçten fazlasının gerekmesine dayanmaktadır²⁷⁵. Ona göre güce sahip olan iktidarın ayrıca ya meşru otoriteye sahip olduğunu iddia etmesi ya da diğerleri tarafından meşru otoriteye sahip olduğunun düşünülmesi gerekir²⁷⁶.

Başka bir yerde Raz, meşru otoritenin her zaman etkili otorite olmadığından bahsetmektedir. Raz'ın verdiği örnekte 2. Dünya Savaşı sırasındaki meşru Polonya hükümetinin, yani meşru otoriteye sahip olan hükümetin, *de facto* olarak ülkeyi yöneten hükümet değil, sürgündeki hükümet olduğu belirtilmektedir²⁷⁷. Raz'ın bu ifadelerine karşın *The Morality of Freedom*'da yer alan düşüncelerine atfen Raz'ın normal gerekçelendirme tezini sağlayabilecek bir otoritenin aynı zamanda etkili olması gerektiğini iddia ettiği düşünülmektedir²⁷⁸. Raz'ın görüşünün neye ilişkin olduğunu ve sürgündeki Polonya hükümetinin *de facto* otorite olmamasına rağmen meşru otorite olmasıyla nasıl bağdaştırılacağını açıklamaya çalışacağız. Raz *çoğu durumda* normal gerekçelendirmenin başarılı olabilmesi için otorite olup olmadığı değerlendirilen siyasi

²⁷¹ *Ibid.*, s. 6.

²⁷² *Ibid.*, s. 7.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*, s. 8. Ayrıca bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s.46.

²⁷⁵ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 8.

²⁷⁶ *Ibid.*, s. 9.

²⁷⁷ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 128.

²⁷⁸ Arıkan, *Sert Pozitivizm*, *op. cit.*, s. 58.

yapının muhataplar üzerinde belli bir güce sahip olması veya muhataplar tarafından otorite olarak kabul edilmiş olması gerektiğini belirtir²⁷⁹. Ardından bir siyasi otoritenin aynı zamanda *de facto* otorite olmadığı sürece meşru otorite olamayacağını düşünmek için güçlü sebeplerimiz olduğunu, nitekim siyasi otorite sahibi olmanın *büyük ölçüde* koordinasyon sorunları ve Tutsak İkilemi benzeri durumları çözme yetisine bağlı olduğunu vurgular²⁸⁰.

Kanımızca “büyük ölçüde” ifadesinden Raz’a göre meşru siyasi otoritenin zorunlu olarak *de facto* otorite olacağını değil, *de facto* otorite konumunda olmayan bir otoritenin meşru otorite olmasının çok zor olduğu anlaşılmalıdır. Ayrıca, bir otoritenin ancak belli konu veya konular üzerinde meşru otorite olabileceğini, bir başka deyişle otorite iddiasının bazı konular bakımından doğru iken, diğer bazı konular açısından yanlış olabileceğini unutmamak gerekir. Meşru siyasi otoritenin ilişkin olduğu pek çok alanda meşru otorite olmak aynı zamanda *de facto* otorite sahibi olmayı gerektirmektedir²⁸¹. Bu alanların dışında meşru siyasi otorite olmak mutlaka *de facto* otorite olmayı gerektirmez.

Dördüncü açıklama otoritenin kurallara atıfla tanımlanması gerektiğini savunur. Buna göre bir kimsenin otorite sahibi olması, ona otorite bahşeden bir kurallar sistemi bulunduğu anlamına gelir²⁸². Raz bu açıklamaya ilişkin birkaç soruna işaret eder. Farklı kural sistemlerinin aynı konuda farklı otoriteler öngörmesi durumunda bu otoritelerin aynı anda hem otorite sahibi olup hem de olmayacağına dikkat çeken Raz, bu durumda da otorite kavramının bu tanımının görelî hâle getirilmesi gerektiğini savunur²⁸³. Bunun ise pratik akıl ve otorite arasındaki bağlantıyı kopardığını vurgulayan Raz, en nihayetinde otoritenin insanların yapması gerekenle ilişkili olan pratik bir kavram olduğunu söyledikten sonra otoritenin görelî olmayan bir biçimde kurulması gerektiğini

²⁷⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 56.

²⁸⁰ *Ibid.* Benzer ifadeler için bkz. Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 158.

²⁸¹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 158.

²⁸² Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 9.

²⁸³ *Ibid.*, s. 10.

belirtir²⁸⁴. Otoriteye ilişkin görelî anlayış, insanların ve toplulukların görelî olmayan otoriteye ilişkin görüşlerini açıklamakta yararlı olur²⁸⁵.

Raz için doğru bir otorite kavramı, ancak bu kavramın pratik akılla bağlantısı kurularak ortaya konabilir. Raz bunu yapan iki düşünce tespit etmekte ve bunları da en nihayetinde yetersizlikleri dolayısıyla reddetmektedir. Bunlar sırasıyla Robert Paul Wolff ve John Lucas'ın düşünceleridir. Bu görüşleri inceleyip, Raz'ın eleştirisini ele alacağız.

Wolff felsefî anarşist olarak anılmaktadır. Siyasi anarşistlerin aksine felsefî anarşistler mevcut siyasal düzenleri ve devleti ortadan kaldırmakla ilgilenmezler. Onların iddiası var olan hiçbir devletin ahlaki açıdan meşru olmadığı ve olamayacağıdır²⁸⁶. Felsefî anarşizmi kısaca yönettiklerini direktifleri, yasaları vb. aracılığıyla ahlaki yükümlülük altına sokabilecek meşru bir devletin bulunmadığı ve bulunamayacağı düşüncesi olarak ifade edebiliriz²⁸⁷. Wolff devletin ayırıcı niteliğinin egemenlik adını da alan üstün otorite olduğunu vurgular ve otoriteyi “*emretme ve bununla bağlantılı olarak itaat bekleme hakkı*” olarak tanımlar²⁸⁸. Bu tanımıyla otoriteyi salt güçten ayıran Wolff, birini zorla tehdit eden hırsızın mağdur üzerinde gücünün olduğuna, ancak otoritesinin olmadığına dikkat çeker²⁸⁹. Dolayısıyla mühim olan emretme hakkının nereden kaynaklandığını tespit etmektir.

Raz Wolff'un tanımının temel itibariyle doğru olduğunu, ancak hem eksik hem de belirsiz olduğunu ileri sürer. Eksikliğin sebebi otoritenin yalnızca emretmeyle ilgili olmayıp, yasama, izin verme, otoritatif tavsiyeler sunma ve uyuşmazlık çözme gibi farklı haklarla da ilgili olmasıdır. Belirsizlik ise hak kavramının otorite kavramından bile daha karmaşık ve sorunlu olmasına dayanmaktadır²⁹⁰.

²⁸⁴ *Ibid.*, ss. 10-11.

²⁸⁵ *Ibid.*, s. 11.

²⁸⁶ Edmundson, *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority*, *op. cit.*, s. 32.

²⁸⁷ *Ibid.* Ayrıca bkz. A. John Simmons, “The Anarchist Position: A Reply to Klosko and Senor”, *Philosophy & Public Affairs*, C. 16, S. 3 (Yaz 1987), s. 269.

²⁸⁸ Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchism*, Berkeley: University of California Press, 1998, s. 4.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 11.

John Lucas'ın görüşünün daha basit kavramlarla ifade edildiği için daha başarılı olduğunu düşünen Raz, Lucas'ın düşüncesini “basit açıklama” olarak nitelendirir²⁹¹. Lucas'a göre bir kişi veya bazı kişilerin otorite sahibi olduğunu söylemek, o kişi veya kişilerin gerçekleştirilmesini buyurduğu eylemin gerçekleştirilmesi gereken eylem olduğu anlamına gelir²⁹². Raz'a göre bu tanım hem açık, hem de siyasal otorite dışındaki epistemolojik otorite gibi türleri de kapsayacak şekilde geniştir. Buna göre emretme dışında yollarla da otorite icra edilebilir²⁹³.

John Lucas otoritenin belli bir eylemde bulunma yetisi olduğunu söyler. Bu eylem normatif durumu değiştiren bir eylemdir²⁹⁴. Bununla birlikte Raz'a göre otoritenin bir kimsenin veya bazı kimselerin buyruğu ile normatif durum arasında konumlandırılması, normatif durumu etkilenen kişinin ve otoritenin üzerinde icra edildiği kişinin bu denkleme dâhil edilmemesi doğru değildir. Nitekim Lucas'ın tanımladığı otorite kişiler üzerindeki otoritedir ve bunun da tanıma dâhil edilmesi gerekir²⁹⁵. Bu nedenle Raz Lucas'ın tanımını tamamlar. Buna göre, basit açıklama özetle şunu söylemektedir: A'nın B üzerinde otorite sahibi olması demek, A'nın belli bir eylem yönündeki buyruğunun B açısından o eyleme yönelik bir sebep teşkil etmesi demektir²⁹⁶.

Raz'ın basit açıklamaya ilişkin ilk itirazı, bu açıklamanın ricalar ve emirler arasındaki farkı açıklayamamasına dayanır. Raz otoritenin sözlerinin muhatapları açısından mutlak bir eylem sebebi mi yoksa yalnızca *prima facie* bir eylem sebebi mi sağladığını sorgular. Raz'a göre eğer otoritenin sözleri (*utterances*) ve talimatları mutlak eylem sebebi olarak algılanırsa, yani bunlara her durumda uymak gerekecekse,

²⁹¹ *Ibid.*, s. 12. Esasen Raz, Lucas'ın kendisi tarafından tamamlanan düşüncesine “basit analiz” (*simple analysis*) demiş, pratik akılla otorite arasında bağlantı kuran düşünceleri ise genel olarak “basit açıklama” (*simple explanation*) olarak isimlendirmiştir. Ancak, Raz bu iki ifadeyle aynı şeyi kastetmektedir. Dolayısıyla, biz bundan sonra “basit açıklama” ifadesini kullanacağız.

²⁹² John Randolph Lucas, *The Principles of Politics*, Oxford: Oxford University Press, 1966, s. 16.

²⁹³ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, ss. 11-12.

²⁹⁴ *Ibid.*, s. 12.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

yeryüzünde çok az sayıda meşru otorite var demektir²⁹⁷. Böylelikle Raz, otoritenin talimatlarının her zaman bağlayıcı olmadığı yönündeki yaygın kaniya katılır²⁹⁸.

Bu noktadan sonra sorulması gereken soru otoritenin talimatlarının *prima facie* sebep teşkil edip etmediğidir. *Prima facie* sebepler aksi yönde daha ağır bir sebep olmadığı, iptal edilmediği veya dışlanmadıkları sürece destekledikleri eylemin gerçekleştirilmesi gerektiğini gösterirler. Bir başka deyişle, tartma işlemine dâhil olan her sebep esasen bir *prima facie* sebeptir. Otoritatif talimatları tavsiyeyle karşılaştıran Raz, muhatabın bakış açısından tavsiye, rica ve emir arasında zorunlu bir fark olmadığını ve bunların belli durumlarda muhatap tarafından eylem sebebi olarak kabul edilebileceğini, farklı şartlar altında ise emir, tavsiye ve ricaların muhataplarına eylem sebebi sağlamayacağını vurgular²⁹⁹.

Netice itibariyle Raz, tavsiye ve otoritatif talimat arasındaki farkın bunların yaratıcısının bakış açısında aranması gerektiğini düşünür. Yani, tavsiyeler bazen eylem sebebi teşkil edebilir, ancak tavsiye veren kişinin her zaman eylem sebebi olarak kabul edilmesi için tavsiye verdiğini söyleyemeyiz. Oysa otoritatif talimatlar durumunda talimatı veren kişi her zaman bu talimatın eylem sebebi olarak algılanmasını ister³⁰⁰. Hatta Raz'a bir ek yaparak ifade edecek olursak, belki de talimatı veren otorite talimatının yalnızca bir eylem sebebi olarak görülmesini değil, talimatının belli niteliklere sahip (dışlayıcı, nihai, bağlayıcı vb.) bir eylem sebebi olarak algılanmasını ister.

Raz ardından rica ve emirleri ele alır. Hem rica hem de emir basit açıklama açısından eylem sebebi olarak görülebilir. Ancak, Raz'a göre rica eden ve emir verenin bakış açısından bu ikisi arasında yine önemli bir fark vardır. Buna göre, rica eden kişi ricasının muhatabın sebepler dengesinde (*balance of reasons*) yer alacak bir eylem sebebi olmasını amaçlar. Oysa emreden kişi, çatışan sebepler ne olursa olsun emrinin eyleme temel oluşturmasını ister³⁰¹. Raz, bunun emrin ricadan daha ağır bir sebep olmasıyla açıklanmaya çalışılabileceğini belirttikten sonra bu açıklamanın başarısız

²⁹⁷ *Ibid.*, s. 13.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, ss. 13-14.

³⁰¹ *Ibid.*, ss. 14-15.

olacağını, çünkü rica ve emrin teşkil ettiği sebepler arasındaki farkın bir derece değil seviye farkı olduğunu vurgular³⁰². Bu seviye farkı ise bir tarafın emir vermek için otorite sahibi olmasının gerekmesi, diğer tarafınsa rica etmek için herhangi bir otoriteye ihtiyaç duymamasıdır³⁰³. Raz ilk itirazını şu şekilde özetler: “...eğer otorite belli ifadelerle sebepleri değiştirme yetisiyse, otoritenin ifadelerinin *prima facie* sebepten fazla, ancak mutlak sebepten az sebepler olması gerekir ki bu imkânsızdır”³⁰⁴. Nitekim mutlak sebep olmayan her türlü eylem sebebi mantıksal olarak *prima facie* eylem sebebidir³⁰⁵.

İkinci itiraz daha kısa ve nettir. Raz’a göre, basit açıklamanın iddia ettiğinin aksine, otoritenin ifadeleri kimi zaman eylem sebebi teşkil etmez³⁰⁶. Raz bunu bir örnekle açıklamaktadır³⁰⁷. Sürücünün tamamen düz bir arazide araba kullandığını, havanın tamamen açık olduğunu ve kilometreler boyunca etrafta kendisinden başka kimsenin bulunmadığını düşünelim. Sürücünün kırmızı ışıkta durması için bir sebebi var mıdır? Raz’a göre bu örnek sürücünün kırmızı ışıkta durması için hiçbir sebebi olmadığını ikna edici bir biçimde göstermektedir³⁰⁸. Raz’ın farklı otorite anlayışlarına itirazlarını gördüğümüze göre artık onun otorite anlayışını ve bu anlayışın dışlayıcı sebeplerle bağlantısını incelemeye geçebiliriz.

³⁰² *Ibid.*, s. 15.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*, ss. 15-16.

³⁰⁵ Burada terminolojik açıdan mutlak sebep ve *prima facie* sebep arasındaki farkı açıklamakta yarar vardır. Mutlak eylem sebepleri karşıt sebepler tarafından yenilemeyecek sebeplerdir (bkz. Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press, 1991, s. 113). Bu anlamda Schauer’ın mutlak sebepleri Broome’un mükemmel sebeplerine benzer. Ancak, sanıyoruz mutlak sebeplerin yenilemeyecek olması, Raz’ın Broome’un mükemmel sebepleri hakkında düşündüğüne benzer biçimde bu sebeplerle diğer eylem sebepleri arasında mantıksal bir fark olduğu anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, muhatabın bir mutlak sebebe başkaca hiçbir değerlendirmede bulunmasına gerek olmaksızın uyması gerekir. Yukarıda Broome *pro tanto* sebeplerin de kimi durumlarda mükemmel sebep olabileceğini öngördüğü için, mükemmel sebeplerle *pro tanto* sebepler arasındaki ayrımın mantıksal olmadığını düşünmüştük. Ancak, öyle görünüyor ki mutlak sebepler ve *prima facie* sebepler arasındaki fark mantıksaldır. *Prima facie* sebepler ise mutlak olmayan, karşıt yöndeki eylem sebepleri tarafından yenilebilen sebeplerdir (*ibid.*). Schauer’e göre *prima facie* tabiri yerinde değildir. Bunun nedeni mutlak olmayan sebeplerin başka sebepler tarafından yenilmekle ortadan kalkacağını, sebep niteliklerini kaybedeceklerini ima etmesidir. Oysa eylem sebepleri başka sebepler tarafından yenilseler dahi sebep niteliklerini korur (*ibid.*, ss. 113-114). Terminoloji konusunda Schauer’ın bu tespitine katılıyoruz. *Prima facie* tabiri sanki bu sebepler yalnızca ilk bakışta, başka sebepler tarafından yenilinceye kadar sebep olarak kabul edilebilirmiş izlenimini uyandırmaktadır. Oysa eylem sebepleri bir dışlayıcı sebep tarafından dışlansa veya tartma neticesinde yenilse dahi belli bir eylem yönünde, belli bir güçte bir gerekliliğin varlığına işaret etmeye devam ederler. Bunu yukarıda Raz’ın görüşleri doğrultusunda görmüştük.

³⁰⁶ *Ibid.*, s. 16.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

(2) Raz'ın otorite anlayışı

Raz'ın ilgilendiği otorite türü *de facto* değil, *de jure*, yani meşru otoritedir. Raz otoritenin niteliği ve meşruiyetini bağımlılık tezi (*dependence thesis*), normal gerekçelendirme tezi (*normal justification thesis*) ve üstünlük tezi³⁰⁹ (*preemptiveness thesis*) isimli üç tezle göstermeye çalışır³¹⁰. Bunları sırasıyla incelememiz gerekmektedir.

Bağımlılık tezinin temel olarak ifade ettiği husus şudur: Otoritenin belli bir direktifinin dışlayıcı normatif güce sahip olabilmesi için direktifin, talimatın veya emrin hâlihazırda muhataplarına uygulanabilir olan sebeplere ilişkin olması, yani bu sebeplere dayanması gerekmektedir³¹¹. Raz, bunlara “bağımlı sebepler” (*dependent reasons*) ismini verir³¹². Burada, otoritatif direktiflerin hâlihazırda muhataplar açısından geçerli olan sebeplere dayanmasıyla kastedilen, otoritenin direktifinin bu sebepleri dikkate almış olmasıdır.

Bununla birlikte, bağımlılık tezi otoritelerin her zaman bağımlı sebeplere dayanarak direktif verdiğini değil, böyle yapmaları gerektiğini belirtir. Yine de somut bir durumda otoritenin uygulanabilir sebepleri yanlış değerlendirmesi ve hata yapması Raz’a göre direktiflerinin bağlayıcılığını ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, Raz parantez içinde de olsa bazı hatalar durumunda direktiflerin bağlayıcılığının ortadan kalkabileceğini belirtir³¹³. Hangi hataların bu kapsama dâhil olduğunu aşağıda tartışacağız.

Bağımlılık tezi otoritenin direktiflerinin her zaman muhataplarının menfaatlerini maksimize etmesi gerektiğini de iddia etmez³¹⁴. Bunu da doğal karşılamak gerekir. Sonuçta bazı durumlarda ahlak da muhatapın kendi çıkarına aykırı davranmasını

³⁰⁹ Bu terimlerin çevirisi konusunda Halit Uyanık'ı takip ediyoruz. Bkz. Uyanık, *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, op. cit., ss. 163, 164, 167.

³¹⁰ Donald H. Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), s. 1002.

³¹¹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 47.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, s. 48.

gerektirir. Bazen olması gereken fedakârlık talep eder ve şahsi menfaatleri olumsuz etkiler. Burada söylediğimiz şey ahlakın bu talebinin meşru olduğu değildir. Aksine, bu şüpheleri burada inceleyemeyecek olsak da, şahsi menfaatlere aykırı ahlaki yükümlülüğün hangi fedakârlık derecesine kadar var olabileceğinin sorgulanması gerekir³¹⁵. Ancak, olması gerekene ilişkin algının her zaman şahsi menfaatle örtüşmediği ortadadır. Her şeyden önce ahlaka aykırı olarak çıkar elde etmenin yanlışlığından bahsederiz. Maddi kazanç amacıyla hırsızlık yapmak, sınavda başarılı sayılmak için hocayı tehdit etmek vb. örnekler, çıkar sağlayan bazı eylemlerin ahlaken yanlış olduğunu gösterir. Bu noktada bu örneklerin hâlihazırda ahlaken yasaklanmış eylemlerle çıkar elde etmenin yanlış olduğunu gösterdiği, örneklerde gerçek anlamıyla bir fedakârlık söz konusu olmadığı düşünülebilir. Bu durumda da profesyonel olmayan askerlerin yurtlarını müdafaa etme yükümlülüğü akla gelmektedir (tabii eğer böyle bir ahlaki yükümlülük mevcutsa). Bu durumda talep edilen ahlaken yasaklı eylemlerle çıkar elde edilmemesi değil, ahlakın kişinin en değerli varlığını kaybetmesiyle sonuçlanabilecek bir talepte bulunmasıdır.

Raz bağımlılık tezinin sıklıkla “fark yok” teziyle (*no difference thesis*) karıştırıldığını düşünür. “Fark yok” tezi, “*otoritenin kullanılması muhataplarının yapması gereken konusunda hiçbir değişiklik yapmamalıdır, nitekim yapması gereken onları herhangi bir durumda yapması gerekene yöneltmektir*”³¹⁶ şeklinde ifade edilebilir. Raz bağımlılık tezi ve “fark yok” tezinin farklı olduğunu düşünmektedir. Bir başka deyimle, otoritenin kullanılmasının muhatapların normalde yapması gerekeni değiştirdiği, başka bir olması gereken ihdas ettiği bazı durumlar mevcuttur³¹⁷. Biz Raz’ın örneklerinden esinlenerek yalnızca bir örnek sunacağız.

Hukukun önemli bir fonksiyonu toplumsal yaşamdaki koordinasyon sorunlarını çözmektir³¹⁸. Pek çok durumda kişilerin birden fazla eylemde bulunmak için sebebi bulunur³¹⁹. Örneğin, üniversiteye geç kalıyor olmanız kampüse yürüyerek gitmemeniz

³¹⁵ Bu çalışmada ahlaki yükümlülüklerin sayduyu kaynaklı yükümlülüklerle üstün olacağını istisnasız bir şekilde kabul ettik. Bununla birlikte, belli şartlar altında sağduyu kaynaklı gerekliliklerin özellikle de görece önemsiz addedilebilecek ahlaki yükümlülükleri saf dışı bırakabileceğine dair bir öngörümüzü paylaştık. Bu konuyu bağlayıcılık kavramını tartışacağımız son bölümde ele alıyoruz.

³¹⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 48.

³¹⁷ Bu durumlar ve incelemeleri için bkz. *ibid.*, ss. 48-52.

³¹⁸ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 50-51.

³¹⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 48-49.

için sebep teşkil eder. Ancak, bu durumda otobüse de binebilirsiniz, taksiye de. Toplumsal yaşamda geçerli sebebe dayanan seçmeli eylemlerin fazlalığı ve çeşitliliği koordinasyon sorunlarına yol açabilir. Mesela, pazarlar belli günlerde kurulur. Böylelikle ürün satmak için sebebi olan satıcılarla alışveriş yapmak için sebebi olan alıcılar aynı günde buluşturulmuş olur. Herkes bir gün içinde amacına ulaşır. Bir başka deyişle, bir belediyenin pazarların salı günleri kurulmasına dair kararı koordinasyon sorunlarını çözerek kişilerin daha düzenli ve etkili biçimde ihtiyaçlarını gidermesine olanak sağlayabilir. Belediyenin kararından sonra, kişilerin pazarda alışveriş yapmaya salı günleri gitmek için ayrı, daha önceden sahip olmadıkları bir sebepleri olur.

Kanımızca, Raz'ın bağımlılık teziyle “fark yok” tezi arasındaki farkı ortaya koymak ve dolayısıyla “fark yok” tezini çürütmek için öne sürdüğü gerekçeler ikna edicidir. Buradan çıkan sonuçta şudur: Otoritenin belli bir karar almış olması muhatapların daha önceden sahip olmadıkları bir ilk derece sebebe sahip olmasını sağlayabilir, yani normatif durumda, değerlendirilecek sebeplerde bir değişiklik yaratabilir. Bu tespit teorik açıdan da önem arz edecektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi pratik fark tezi, hukukun normatif olduğundan bahsedebilmek için hukuk kurallarının muhataplarının pratik değerlendirme veya nihai eylemlerinde değişikliğe yol açabiliyor olması gerektiğini iddia eder³²⁰. Eğer dışlayıcı sebep niteliğindeki otoritatif direktifler muhataplarının değerlendirmelerinde veya nihai olarak gerçekleştirmeleri gereken eylemde hiçbir değişikliğe yol açamayacak olsaydı, hukuki normativite açısından önem arz eden bir katkı sağlayamadıklarını kabul etmek gerekirdi.

Burada ileride daha detaylı biçimde tartışacağımız şu hususu vurgulamak isteriz: Geçerli olabilmek için hukuk kurallarının her zaman muhataplarının pratik değerlendirme veya eylemlerinde bir değişikliğe yol açması gerekmez. Hukukun genel olarak bu değişikliğe yol açma kapasitesinin bulunması yeterlidir. Dışlayıcı sebeplerse, nihai olarak gerçekleştirilmesi gereken eylemde bir değişikliğe yol açmasalar dahi, muhataplarının değerlendirmelerinde rasyonel olabilmeleri için yapması gerekende bir

³²⁰ Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 402; Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 46.

değişikliğe yol açarlar. Varsayalım ki bir muhatap birinci düzey sebepler dengesine göre x eyleminde bulunmalıdır. Bu eyleme ilişkin bir dışlayıcı sebep (D) hâlihazırda sebepler dengesinin hafif kefesindeki sebeplerden bazılarını dışlıyor olabilir. Bu durumda D muhatabın nihai olarak gerçekleştirmesi gereken eylem yine x olacaktır. Ancak, D tarafından saf dışı bırakılan eylem sebeplerini buna rağmen birinci düzey sebepler dengesinde dikkate alan muhatap olması gerektiği gibi davranmış olmaz. Nitekim bu muhatap sahip olduğu bir dışlayıcı sebebi ihmal etmiş, pratik değerlendirmelerinde bu sebebe yer vermemiş olacaktır. Muhatabın bu durumda irrasyonel davrandığını söyleyebiliriz. İşte böylelikle dışlayıcı sebebin en azından muhatabın pratik değerlendirmelerinde bir değişikliğe yol açması zorunludur.

Raz'a göre bağımlılık teziyle yakın ilişki içinde olan normal gerekçelendirme tezi yazarın kendi anlatımıyla şu şekilde ifade edilebilir:

“Bir kişinin başka bir kişi üzerinde otorite sahibi olduğu kanaatine varmanın normal yolu, söz konusu muhatabın otorite olduğu iddia edilen kişinin direktiflerini otoritatif biçimde bağlayıcı kabul etmesi ve doğrudan ona uygulanabilir olan sebepleri takip etmeye çalışmaktansa, bunları takip etmesi durumunda kendisine uygulanabilir olan (otoritatif olduğu iddia edilen direktif dışındaki) sebeplere uymasının daha olası olduğunun gösterilmesini içerir.”³²¹

Edmundson'ın açık ve basit örneğiyle ifade etmek gerekirse, Ahmet'in benim üzerimde (*de jure*) otorite sahibi olması demek doğrudan kendi yargıma başvurmaktansa Ahmet'in bana yapmamı söylediği şeyi yaparak sebeplerime daha iyi uyacağımı söylemektir³²². Peki ama bu teze niçin normal ismi verilmiştir? Esasen bu sorunun cevabı Raz'ın yukarıda alıntılanan açıklamasında gizlidir. Normal gerekçelendirme tezi bir otoriteyi gerekçelendirmenin “normal” yoludur. Bu da demek oluyor ki otoriteyi gerekçelendirmenin başka yolları da mevcuttur. Arkadaşının tavsiyesini otoritatif bir tavsiye olarak kabul eden kişi bunu arkadaşı kırılmasın diye yapıyor olabilir. Ancak Raz'ın isabetle belirttiği gibi bir tavsiyeyi kabul etmenin ardındaki normal sebep tavsiyenin iyi bir tavsiye olmasıdır³²³.

³²¹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 53.

³²² Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", op. cit., s. 1002.

³²³ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 53-54.

Raz’a göre bağımlılık ve normal gerekçelendirme tezleri birbirlerini destekler. Hatırlanacağı üzere bağımlılık tezi otoritenin direktifleri açısından bir şart öngörüyordu: Bu direktiflerin hâlihazırda direktifin muhataplarının sahip olduğu sebeplere dayanması gerekir. Şimdi, eğer normal gerekçelendirme tezi kabul edilirse, bağımlılık tezini reddetmek güçleşir. Nitekim ilki doğruysa, ikincisi yalnızca meşru bir otoritenin otorite olmasının nedeni olan şeyi yapmasını gerektirmektedir³²⁴. Öte yandan, bağımlılık tezi de normal gerekçelendirme tezini güçlendirir. Raz’ın deyimiyle bu durumda normal gerekçelendirme tezi “*yalnızca herhangi bir otoritenin normal ve birincil gerekçelendirmesinin, otoritenin belli bir başarı oranıyla bütün otoritelerin kararlarını yönetmesi gereken ilkeleri takip etmeye ehil olduğunu göstermesi gerektiğini belirtir*”³²⁵. Bu iki tezin birlikteliği otoritenin hizmet anlayışını (*service conception of authority*) oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre otoritenin rolü ve birincil fonksiyonu yönetilenlere, onların sahip oldukları sebeplere daha iyi uymalarını sağlayarak hizmet etmektir³²⁶.

Bununla birlikte, Raz normal gerekçelendirme tezinin amacının kişinin otorite sahibi olduğunu göstermek olduğunu, otorite sahibi olmaya hakkı olduğunu göstermeyi amaçlamadığını belirtmektedir³²⁷. Raz bu düşünceye kişinin ancak otoritesi, otoritenin türüne göre değişiklik gösterecek bazı insanlarca tanındığı takdirde otorite olabileceği ileri sürülerek itiraz edileceğini tahmin etmektedir. Raz hiçbir siyasi otoritenin, aynı zamanda *de facto* otorite olmadıkça meşru olamayacağını düşünmek için güçlü sebepler olduğunu ileri sürer ve bu düşüncenin kişinin otorite sahibi olmaya hakkı olduğunu söylemekle kişinin otorite olduğunu söylemek arasındaki farkı açıkladığını düşünür³²⁸.

İlerleyen dönemlerde otoritenin hizmet anlayışını tekrar ele alan Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* kitabında bu anlayışın ahlaki ve teorik olmak üzere iki yönünün olduğunu vurgular. Buna göre, ahlaki yön bir başkasının ifadesinin kişi açısından nasıl bağlayıcı olabileceğini, kişinin bir başkasının otoritesine tabi olmasının nasıl ahlaki olabileceğini açıklamakla ilgilidir.

³²⁴ *Ibid.*, s. 55.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*, ss. 55-56.

³²⁷ *Ibid.*, s. 56.

³²⁸ *Ibid.*

Teorik yön ise sebep veya yükümlülük yaratma amacı taşıyan eylemlerin sırf bu yüzden sebep ve yükümlülüklere yol açabilmesiyle ilgilidir³²⁹.

Hizmet anlayışı iki şartın karşılanması durumunda ahlaki sorunun çözüleceğini öne sürer: 1) Muhatap direktiflerin rehberliğini kabul ettiğinde sahip olduğu sebeplere daha iyi uyacaksa (Raz bu şarta normal gerekçelendirme tezi veya şartı demektedir) ve 2) ilk şartın karşılandığı hususlarla ilgili olarak kişinin aklın sesini dinlemektense kendi adına karar vermesi daha doğru değilse (Raz buna bağımsızlık şartı ismini vermektedir)³³⁰. Bu ikinci şartı biraz açmak gerekirse, öyle konular vardır ki kişinin o konularda aklın sesine kulak vermektense, otoriteyi dinlemeden kendi için bir karar vermesi daha doğru olur. Bu alan kişisel konulardan oluşur³³¹.

Raz'ın bu son ifadesi hayli ilginçtir. Pratik aklın iddiası kişinin her daim akla uyarak davranması gerektiğidir. Belli konularda aklın özel bir talebi olmayabilir. Öyleyse, bu konularda kişi istediğini yapabilir. Ancak, dikkat edilecek olursa, ikinci şartın demesi gereken şey esasen şudur: “Bazı konularda kişilerin otoritenin kararlarının ardındaki sebepleri sorgulamadan izlemeleri doğru değildir. Bu konuda kendi akıllarının gösterdiği yolu takip etmeleri gerekir”. Yani, esasen söz konusu olan kişinin aklın değil otoritenin söylediğini takip etmemesidir. Raz, otoritenin buyruğuna uymaktan bahsetmemekte ve aklın gereklerine uymaktan bahsetmektedir. Bunun nedeni burada otoritenin meşru bir otorite olduğunun varsayılması ve tanım itibarıyla meşru otoritenin direktiflerine uymanın kişinin sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayacak olmasıdır³³². Öyle konular vardır ki tamamen bireyin yargı alanına bırakılmıştır. Raz'ın söz konusu kişisel alanı netleştirebilmek adına kullandığı eczacılık ürünlerinin güvenliğine ilişkin örnekte de görülebileceği gibi, kişinin belli ilaçları kullanmasını veya tedavi görmesini gerektiren durumlarda kişinin kendi kararlarını vermesi doğru olacaktır³³³. Bu konularda otoritenin bireye bazı kararları dayatmasının mümkün

³²⁹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 135.

³³⁰ *Ibid.*, ss. 136-137.

³³¹ *Ibid.*, s. 137.

³³² Joseph Raz “akla uymak”tan kastının meşru otoritenin direktiflerine uymak olduğunu Columbia Üniversitesi’nde gerçekleştirdiğim araştırma sırasında sözlü olarak doğrulamıştır. Kendisine sabırlı açıklamaları için teşekkürü borç bilirim.

³³³ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 137.

olmadığı düşünülmektedir. Bir başka deyişle, otoritenin içerik anlamında sınırlarından birini bireyin minimum özgürlük alanı oluşturur. Yoksa belli bir tedavi görüp görmeyeceğine karar vermeye çalışan kişinin akla uygun davranma gerekliliği devam etmektedir. Bu gerekliliği yerine getiremeyen birey irrasyonel olmakla eleştirilebilir. Bireyin belli konulardaki kararlarına müdahale edilememesi ve bu kararların pratik akıl açısından eleştirilememesi ayrı konulardır.

Varsayalım ki Sedef, rahatsızlığı için doktorların tavsiye ettiği tedaviyi reddediyor ve alternatif tedavi yöntemlerini tercih ediyor. Doktor söz konusu örnekte pratik olmasa da epistemolojik bir otoritedir. Bir başka deyişle, uzman konumundadır. Eşi Faruk’a göre, Sedef’in yapması gereken uzmanın görüşünü dikkate alarak tıbben tavsiye edilen tedaviyi görmektir. Ancak, ne epistemolojik ne de pratik herhangi bir otorite onu belli bir tedaviyi görmeye zorlayamaz. Çünkü bu konunun vücut bütünlüğü gibi üzerinde yalnızca bireyin hükmünün olduğu bir alanda yer aldığı kabul edilir. Yine de bu gerçek Faruk’un Sedef’in eylemini eleştirmesine, Sedef’in otonomisini yanlış yönde kullandığını iddia etmesine engel değildir. Doğru sonuç mevcut olsa da, doğru sonucun otorite tarafından dayatılamayacağı alanlar mevcut olabilir. Bir başka deyişle, bu alanlarda bireyin otonomisi ahlaken doğru bir sonucun olmamasından değil, bu sonucun otorite tarafından dayatılmasının ahlaken doğru olmamasından kaynaklanır.

Elbette bu alanın ne olduğu ve sınırının nerede çizilmesi gerektiği tartışılabilir. Bizim amacımız bu alanın hangi konulardan oluştuğunu tespit etmek değil. Bu tür alanların bulunduğu kabul edilebilir. Bu alanların kaynağı ahlaki olabileceği gibi hukuki de olabilir. Bir başka deyişle, bu alanlar otoritenin kendisinden de kaynaklanabilir. Ahlaken kişinin sahip olmayabileceği, ancak hukuk tarafından tanınmış “mutlak birey hâkimiyeti” alanlarının bulunması mümkündür.

Raz, bağımsızlık şartına yöneltilebilecek iki temel eleştiri saptar. Bunlardan ilki bağımsızlık şartının ahlaki sorunu çözmez, onu yeniden ifade ettiğini söyler. İkincisi ise bağımsızlık şartının akla uymak ve otoriteden bağımsız biçimde kendi için karar vermek gibi karşılaştırılamayacak ve hangisinin daha değerli olduğu bilinemeyecek iki şeyi karşılaştırdığını ileri sürer³³⁴. Raz bu ikinci itirazı çürütmek için ebeveyn-çocuk ve

³³⁴ *Ibid.*, ss. 137-138.

evlilik örneklerinden yararlanır. Ebeveyn-çocuk örneğinde kişinin kendi yargısına dayanmasının sebebi, çoğu zaman güvenilecek birinin olmaması ve özerklik yetisinin geliştirilmesinin gerekmesidir³³⁵. Ebeveynler yanlış yapacak olsalar bile çocuklarının belli konularda kendi kararlarını vermelerini isterler ki, kendi başına karar verebilecek yetiyi geliştirebilsinler. Evlilikte, en azından bazı kültürlerin evliliğe ilişkin âdetlerinde, bireyler eşlerini seçmekte tamamen özgürdür³³⁶. Bir başka deyişle, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bazı konularda otoritenin kararı yerine bireylerin kendi kararının önem arz ettiği üzerinde toplumsal bir mutabakat bulunuyor olabilir. Raz'a göre ebeveyn-çocuk örneğinde amaç uzun vadede aklın güvence altına alacağı sonucu güvenceye almaktır. Bu iki örneğin kökeninde de akla uygun davranmaya ilişkin endişeler bulunur. Bu nedenle de Raz'a göre kendi adına karar alma ve akla uygun davranmanın hiçbir zaman kesişmediği ve karşılaştırılmaz olduğu düşüncesi doğru değildir³³⁷.

Raz ilk itirazın, yani bağımsızlık şartının ahlaki sorunu çözmediği ve yalnızca yeniden dile getirdiği itirazının, bu denli kolay çürütülemeyeceğini, ancak savuşturulabileceğini düşünür. Bağımsızlık şartı yalnızca ahlaki sorunu belli bir çerçeve içine sokmaktadır. Ona göre ahlaki sorunun çözümünün bir parçası ilk şart olan normal gerekçelendirme tezinin içinde gizlidir. Normal gerekçelendirme tezi otoriteyi gerekçelendirmenin ve dolayısıyla ahlaki sorunu aşmanın anahtarını sunar. Buna göre, eğer otorite kişinin akla uygun davranmasını sağlıyorsa meşrudur³³⁸. Dolayısıyla, otorite meşruysa, yani kişinin akla uygun davranmasını sağlıyorsa, kişinin kendi yargısından otoritenin direktifine uymasının önündeki ahlaki engelin kalkacağı düşünülür.

Burada gelecekteki tartışmalarda önem arz edebilecek birkaç tespitte bulunmak istiyoruz. Normal gerekçelendirme tezi otoritenin direktiflerinin belli konularda genel olarak muhataplarının sahip oldukları nedenlere daha iyi uymalarını sağlayıp sağlamadığıyla ilgilidir. Raz'ın belli bir otoritenin meşru olup olmamasını somut durumda doğru kararı verip vermemesine göre değil, genel olarak otoriteyi takip edecek olan muhatapın sahip olduğu eylem sebeplerine *uyuma ihtimalinin daha yüksek olmasına*

³³⁵ *Ibid.*, s. 138.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*, s. 139.

değınmesi de bu tespiti doğrular³³⁹. Eğer genel olarak bir otorite bu anlamda muhataplarına iyi hizmet ediyorsa, kişiler somut durumda direktiflerin sahip oldukları sebeplere uymalarını sağlayıp sağlamadığına bakmaksızın onları otoritatif ve dışlayıcı olarak kabul etmelidir. Bu bağlamda normal meşrulaştırma için uygulanan testi hukuk sisteminin genel etkililiğı açısından uygulanan teste benzetmek mümkündür. Nasıl bir hukuk sisteminin genelinin etkili olup olmadığını hukuk sistemine ait normların hepsinin etkili olmasına bağlayamazsak, bir konuda bir otoritenin meşru olması da somut durumda verdiği her kararın doğru olmasına bağlanamaz.

Bununla birlikte, bir de otoritatif direktiflerin dışlayıcı normatif gücünün parçalı olduğundan bahsetmek gerekir. Raz bir otorite genel olarak meşru kabul edilse dahi, eğer spesifik bir konuda muhatap direktifi çıkaran kişilerden daha uzmansa ve kendi değerlendirmelerine göre hareket etmesi sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayacaksa, *o kişi açısından* otoritatif direktifin dışlayıcı normatif güce sahip olmayacağını belirtir³⁴⁰. Dolayısıyla, otoritatif direktifin belli kişiler açısından dışlayıcı sebep niteliğı taşıırken, bazı kişiler açısından bu etkiden mahrum olması mümkündür.

Raz’a göre bağımlılık ve normal gerekçelendirme tezlerinden üstünlük tezine kolayca ulaşılabilir³⁴¹. Üstünlük tezi “sebeplerin çifte sayılması” (*double counting of reasons*) olarak adlandırılan durumla yakından ilgilidir. Öncelikle sebeplerin çifte sayılmasının ne olduğundan bahsetmek isteriz.

Sebeplerin çifte sayılması yasağı temelde şunu der: Eğer kurallar bağımlı sebeplerin tartılmasının sonucunu yansıtıyorsa, esasında muhatabın kurala uymasının sebebi bu tartmaya konu olan sebeplerdir. Örnek vermek gerekirse, ebeveyn çocuğuna “Sınıfta arkadaşlarına yardım et” dediğinde bu talimatın geçerli veya makul bir talimat olması çocuğun talimata uyması için bir sebeptir. Talimatın akla uygunluğunun sebebi ise yardımseverliğin ahlaken değerli olmasıdır. Bununla birlikte, yardımseverliğin ahlaki değeri zaten çocuğun sınıfta arkadaşlarına yardım etmesi için bir eylem sebebi teşkil eder. Bu durumda, çocuğun iki bağımsız sebebi olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, doğru eylem tespit edilirken bu sebeplerin gücünün birbirine eklenmesi

³³⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 55.

³⁴⁰ *Ibid.*, s. 74.

³⁴¹ *Ibid.*, s. 58.

sebeplerin çifte (veya duruma göre çoklu) sayılması anlamına gelecektir. Ya talimatın ya da yardımseverliğin ahlaki değerinin sebep olarak kabul edilmesi gerekir³⁴².

Kurallar ise somut durumdaki kararlar ve daha detaylı telakkiler arasında köprü görevi görürler. Muhatapların her somut durumda tekrar değerlendirme yaparak karar vermesi yerine önceden meşru kurallar aracılığıyla genel bir tutum benimsemelerini sağlarlar³⁴³. Bu da pratik değerlendirmelerde muhatapın zaman kazanacağı anlamına gelmektedir³⁴⁴. Dahası, kuralların bu fonksiyonu toplumda çoğulcu bir yapının gelişmesine de yardımcı olur. Velhasıl kurallar, insanlar bunları en nihayetinde din, bilim, ahlak gibi farklı kaynaklara dayanarak temellendirirler de insanların bazı ortak eylemler etrafında birleşmelerini sağlar³⁴⁵. Ancak, Raz’a göre kuralların en önemli fonksiyonu belli konulardaki kararı otoriteye devreden insanlara, bağımlılık tezi doğrultusunda muhatapların sahip olduğu sebeplerin bir tartımı olarak, sebeplere daha iyi uyma şansı sunmasıdır³⁴⁶.

Bu nedenle, kuralı takip edecek olan muhatap kuralın dayandığı sebepleri eylem sebebi olarak kabul edemez. Bu sebeplerin çifte sayıldığı anlamına gelecek, bu da eylem lehine gerçekte olduğundan daha güçlü ve fazla sebep varmış gibi görünmesine neden olacaktır. Bu nedenle Raz otoritatif kuralların, bu kurallar olmasaydı muhatapların eylemine yön verecek olan sebeplerden en azından bazılarını bertaraf³⁴⁷ edeceğini belirtmektedir³⁴⁸.

Raz, otoritatif direktif çıkarırken veya bir kural ihdas ederken doğru sebepleri dikkate alıp doğru bir tartma işlemi yapıldığı sürece üstünlük tezine karşı gelinmeyeceğini öngörür. Sorun yanlış sebepler dikkate alındığı veya tartma işlemi hatalı gerçekleştirildiği zaman ortaya çıkar. Bir itiraz otoritenin hatasının gerek dikkate alınan sebeplerden gerekse tartma işleminin kendisinden kaynaklandığı durumlarda

³⁴² *Ibid.*, ss. 57-58.

³⁴³ *Ibid.*, s. 58.

³⁴⁴ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 59.

³⁴⁵ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 58.

³⁴⁶ *Ibid.*, ss. 58-59.

³⁴⁷ Burada “*preempt*” fiili kullanılmaktadır. “*Preemptiveness*” ifadesini Halit Uyanık’ın çalışmasını takip ederek “üstünlük” olarak çevirmekte beis görmedik. Nitekim bir anlamda dışlayıcı sebepler dışladıkları birinci düzey sebeplerden üstündür: Bu sebepler dışlayıcı sebep dolayısıyla muhatapın dayanabileceği sebepler arasından ayıklanırlar. Ancak, “*preempt*” fiilini “bertaraf etmek” şeklinde çevirmeyi uygun gördük.

³⁴⁸ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 59.

üstünlük tezinin geçerli olamayacağını ileri sürer. Bunun nedeni kuralların eylem sebebi olma niteliğinin esasen altlarında yatan ve muhataplara uygulanabilir olan sebepler olmasıdır³⁴⁹. Örneğin, ebeveyn örneğinde eğer anne çocuğunun sınıf arkadaşlarıyla ilişkisinde yardımsever davranması gerektiğini değil, kendi çıkarını savunmak için onlara duygusal ve fiziksel şiddet uygulayabileceğini söyleseydi, anne yardımseverliğin değerinden kaynaklanan ahlaki sebebi dikkate almadığı için direktifi hatalı olacak ve dışlayıcı güce sahip olamayacaktır.

Raz'ın cevabı itirazın öncülünün hatalı olmasına dayanır. Ona göre, otoritenin bağımlılık tezi doğrultusunda dikkate alması gereken, ancak hata yaparak dikkate almadığı sebepler de pekâlâ kuralların bağlayıcı olduğunu kabul etmek yönünde sebep teşkil eder. Bunun nedeni otoritenin eğer ona tabi olanların sahip olduğu sebeplere daha iyi uymalarını sağlayabiliyorsa meşru olmasıdır. Eğer hatalı olduğu her durumda direktifleri bağlayıcı olmaktan çıkacaksa, otoritenin pratik değeri ve avantajı kaybolacaktır. Somut durumlarda otoritenin direktiflerinin doğru olup olmadığını değerlendiren muhataplar, Raz'ın daha güvenilir olduğunu varsaydığı otoritenin yargılarından kendi yargı güçlerine dayanacaklardır³⁵⁰. Burada mühim olan otoritenin meşru otorite olmasının otoritatif direktifi çıkaran ve ona uyacak olan kişilere bağlı bir değerlendirme olmasıdır. Muhatap bir kere otoritenin ilgili konuda kendisinden daha uzman olduğunu ve daha doğru karar verebilecek durumda olduğunu kabul ettiğinde, somut duruma ilişkin spesifik bir direktifin hatalı olduğundan şüphelense dahi direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul etmelidir. Nitekim en başta otoritenin meşru otorite olması, genel olarak muhataptan daha doğru karar verebilecek olması nedeniyledir. Kısacası, muhatap otoriteyi hatalı bulduğu her durumda kendi değerlendirmelerine göre hareket edecekse, meşru otoritenin direktiflerini takip etmenin sağlayacağı pratik fayda ortadan kalkacaktır. Bir başka deyişle, bir otoriteyi meşru bir otorite olarak kabul etmek, zaten otoritenin direktiflerini hatalı olsa bile izlemeyi kabul etmektir. Eğer muhatap otoritenin hatalı olup olmadığına otoritenin kendisinden daha doğru bir biçimde karar verebilecek konumdaysa, otoriteden daha uzman olmalıdır. Bu konumdaysa ortada o konuya ilişkin meşru otorite bulunmadığı sonucuna varmak gerekir. Bu konuyla ilgili sorulabilecek son bir soru meşru otoritenin muhatapın tabi olduğu birinci düzey sebeplerin

³⁴⁹ *Ibid.*, ss. 60-61.

³⁵⁰ *Ibid.*, s. 61.

değerlendirilmesinde açık, bariz veya ağır hata yaptığı durumlarda ne olacağına ilişkindir. Bu durumlarda da otoritenin direktiflerinin dışlayıcı sebep niteliği taşıdığını söyleyebilir miyiz? Şimdi bu konularda Raz'ın açıklamalarını ele alalım.

Raz, ilk itirazı yanıtlarken yaptığı açıklamaların ikinci bir itirazı gündeme getireceğini düşünür. Bu itiraz, otoritatif direktiflerin yansıtmaları gereken sebeplerden çok fazla sapması hâlinde ihmal edilmeleri gerektiğini ve her otoritenin meşru yetkisinin “fazla hata yapmamakla” sınırlı olduğunu ileri sürer. Bu ise, muhatapların her somut durumda geçerli olan sebepleri değerlendirmesi gerektiği anlamına gelir. Yani, otoritelerin onlardan beklenen bazı eylem sebeplerini bertaraf etme fonksiyonunu yerine getirmesi mümkün değildir³⁵¹.

Raz'a göre bu itirazın hatası ağır hata (*great mistake*) ile açık hatayı (*clear mistake*) ayırmamasından kaynaklanır. Örneğin, sayılardan yalnızca birinin ondalık, diğerlerinin tam sayı olduğu bir toplama işleminde toplamı tam sayı olarak bulan bir kimse açık bir hata yapmaktadır. Öte yandan, aynı işlemde ondalık sayının virgülünü dikkate almadan hesap yapan ulaşması gereken toplamdan çok daha yüksek bir toplama ulaşacak, ancak bu hatası açık değil büyük bir hata olacaktır. Raz, açık hata durumunda direktiflerin bağlayıcı olup olmadığı konusunda yorum yapmaz³⁵². Ancak, açık hata durumunda bile otoritatif direktiflerin muhatap ve sahip olduğu sebepler arasında aracılık rolü (*mediating role*) oynayabileceğini belirtir. Çünkü açık hataları tespit etmek için işlemin esasına inmek gerekmez, tıpkı örnekteki toplama işleminin hatalı olduğunu anlamak için toplama işlemini tekrar yapmak gerekmediği gibi³⁵³. Bu açıklamanın değerlendirmesini Raz'ın otorite ve dışlayıcı sebep kavramlarına yöneltilecek eleştirileri ele aldığımız kısımda sunacağız.

Raz'a göre, üstünlük tezi yetki alanına ilişkin hatalar ile diğer hatalar arasında bir ayrım yapar. Hiçbir otorite yetki alanına girmeyen bir alanda direktif çıkaramaz ve bunlar bağlayıcı değildir. Bununla birlikte, diğer hatalar, nitelikleri ne olursa olsun, direktifin bağlayıcılığını etkilemez³⁵⁴. Yani: “Üstünlük tezi otoritenin hakkında

³⁵¹ *Ibid.*, ss. 61-62.

³⁵² *Ibid.*, s. 62. Bu konuda ayrıca bkz. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *op. cit.*, ss. 934-935.

³⁵³ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 62.

³⁵⁴ *Ibid.*

yanıldığı ve yetki alanına ilişkin olmayan etkenlerin direktif tarafından bertaraf edildiğini iddia eder”³⁵⁵.

En nihayetinde Raz’ın teorisinde hukuk kuralları, öngördükleri eylem açısından *prima facie* sebep olarak görülür³⁵⁶. *Prima facie* sebeplerse somut durumda karşıt yöndeki sebepler tarafından yenilebilen sebepler olarak tanımlanabilir³⁵⁷. Raz otoritatif direktiflerin öngördükleri eylem açısından nihai (*conclusive*) sebep teşkil etmediğini isabetle belirtir. Başka sebepler bu direktiflere ağır basabilir³⁵⁸. Nihai sebepler, mutlak sebepler gibi³⁵⁹, destekledikleri eylem lehinde bir yükümlülük, gereklilik yaratmaya ehil sebepler olarak anlaşılabilir. Hukuk kuralları ve otoritatif direktifler ise bu güçten mahrum olabilirler. Örneğin, içeriği zulüm teşkil eden bir hukuk kuralının nihai sebep teşkil ettiğini söylemek doğru değildir³⁶⁰.

Hemen belirtelim ki, Raz’ın burada değerlendirdiği ve otoritatif direktifleri yenebileceğini söylediği sebepler ikinci değil birinci düzey sebeplerdir. Raz’ın otoritatif direktifleri yenebilecek olan sebeplerin otoritatif direktif tarafından bertaraf edilmemiş sebepler olabileceğini söylemesi bunu gösterir³⁶¹. Yoksa burada söz konusu olan ikinci düzey sebeplerin çatıştığı direktiflere ağır basacağı değildir. Daha önce bahsettiğimiz gibi bu da bir olasılıktır ve bu olasılık Raz tarafından hukuk kurallarının birbirini bertaraf edebileceğini söylemesiyle doğrulanmaktadır. Raz hukuk kuralları arasındaki çatışmaların çözümüne ilişkin bazı açıklamalarda da bulunmaktadır³⁶². Ancak, buradaki hiçbir şey hukuk dışı, akli ve ahlaki ikinci düzey sebeplerle hukuki ikinci düzey sebeplerin çatışmasına ilişkin değildir. Dolayısıyla, aşağıda belirteceğimiz ve otonomi ilkesini ikinci düzey bir ahlaki sebep olarak gören düşüncemiz buradaki açıklamalardan etkilenmez.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 146.

³⁵⁷ Bkz. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, op. cit., ss. 5, 113.

³⁵⁸ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 145.

³⁵⁹ Bkz. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, op. cit., s.113.

³⁶⁰ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 38.

³⁶¹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 145.

³⁶² *Ibid.*, s. 146.

Daha önce de belirttiğimiz gibi “*prima facie* sebep” ifadesinin yerinde olmadığı düşünülebilir³⁶³. Nitekim bu ifade bazı hukuk kurallarının daha önemli sebepler karşısında sebep niteliğini kaybedebildiğini ima etmektedir. Oysa daha önce belirttiğimiz üzere, diğer sebepler ağır geldiği için eyleme esas alınması gerekmeyen sebepler, sebep olma niteliklerini kaybetmezler. Burada Raz’ın *prima facie* sebepler ifadesiyle tek başlarına destekledikleri eylem lehinde bir olması gereken tesis etme gücünden mahrum olan sebeplerin, yani nihai sebeplerin tersinin kastedildiğini varsayacağız.

Görüleceği üzere dışlayıcı sebeplerin sahip olduğu dışlayıcı güç esasen otoriteden ve otoritenin muhataplarının pratik değerlendirmeleri üzerindeki rolünden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, meşru otorite ile meşru otoritenin direktifleri arasındaki bağı burada daha açık biçimde ifade edip bir sonraki bölüme geçmek istiyoruz. Buna göre, meşru otorite ancak muhataplarının sahip oldukları sebeplere daha iyi uymalarını sağlayan otorite olabilir. Bununla birlikte, otoritenin meşru olabilmesi için her somut durumda bu fonksiyonu yerine getirmesi beklenmez. Genel olarak tamamen otoritenin direktiflerine uyacak olan muhatabın sebeplerine daha iyi uyması yeterlidir. Bir anlamda, Raz’ın normal gerekçelendirme tezi Kelsen’in hukuk sisteminin geneli için öngördüğü “genel itibariyle etkili olma” şartı gibidir. Nasıl hukuk sisteminin bütün normlarının her daim etkili olması aranmıyorsa, otoritenin de her durumda başarılı olması aranmaz. Meşru olmayan otoritenin direktifi dışlayıcı olamaz. Böylelikle otoritenin meşruiyeti direktifin dışlayıcı gücü açısından bir ön koşul teşkil eder. Bununla birlikte, meşru otoritenin her direktifi, Raz’ın ima ettiği veya açıkça ifade ettiği bazı ayırksı durumlar hariç olmak üzere, dışlayıcıdır.

³⁶³ Bkz. Bkz. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, op. cit., ss. 113-114.

B. RAZ'IN DIŞLAYICI SEBEP VE OTORİTE DÜŞÜNCESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Dışlayıcı sebepler ve otorite konularında son sözümüzü söylemeden önce hâlihazırda Raz'ın çalışmalarına yöneltmiş eleştirileri ele almak isteriz. Dışlayıcı sebeplerin dışlayıcı niteliğinin meşru otorite anlayışından kaynaklandığını gördüğümüz için öncelikle otorite kavramına ilişkin eleştiri ve tartışmaları ele almak isteriz.

1. Regan'ın Eleştirileri: Otoriteye İlişkin Gösterge Kural (*Indicator-Rule*) Anlayışı

Raz'ın otorite kavramına yöneltilecek eleştirilerden bir tanesi, esasında Raz ile hayli paralel çizgilerde düşünen Donald H. Regan'dan gelir. Regan genel olarak Raz'ın üç tezine (bağımlılık, normal gerekçelendirme ve üstünlük), en azından bu tezlerin onun tarafından yorumlanmış hâllerine katılsa da, bunların hiçbirinin muhatapların hukuka uyma yükümlülüğü bulunduğunu göstermediğini ifade eder³⁶⁴. Bu kapsamda Regan öncelikle Raz'ın üç tezini inceler. Burada, Raz'ın tezlerini tekrar etmek istemediğimizden yalnızca Regan'ın dikkat çektiği ilginç noktalara değineceğiz.

Regan Raz'ın üstünlük tezinin hukuk kurallarının otoritesini mutlaklaştırmayı değil, özelleştirmeyi amaçladığını söyler³⁶⁵. Daha önce belirttiğimiz gibi meşru otorite tarafından konan ve dışlayıcı sebep teşkil eden hukuk kuralları birinci düzey sebeplerini ağırlıkları dolayısıyla değil, dışlama yoluyla bertaraf ederler. Bununla birlikte, belli durumlarda meşru bir otoritenin koyduğu kurallara dahi uyulmayabilir. Regan bunu göstermek için Raz'ın verdiği bazı örneklerle değinir. Hakemin durumu bunlardan bir tanesidir. Raz, tarafların meşru otorite olarak tanıdığı bir hakemin kararının taraflar açısından bağlayıcı olduğunu ancak bu bağlayıcılığın her durumda geçerli bir bağlayıcılık olmadığını vurgular. Misal, hakemin rüşvet alması, olayı değerlendirirken sarhoş olması veya olaya ilişkin yeni delillerin beklenmedik biçimde ortaya çıkması durumunda taraflar hakemin kararına uymamayı seçebilir³⁶⁶. Başka bir yerde Raz otoritenin her durumda “olması gereken” eyleme karar vermeye çalışmadığını, bazı

³⁶⁴ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1001.

³⁶⁵ *Ibid.*, s. 1003.

³⁶⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 42.

durumlarda yalnızca olması gerekenin tespitinde hangi sebeplerin dikkate alınması gerektiğini belirlemeye çalıştığını belirtir. Örneğin otoritatif direktifle belli bir konuda yalnızca ekonomik hususlar gözetilerek hareket edilmesi öngörülebilir. Bu durumda direktif yalnızca ekonomik hususlarla ilgili sebepler dışındaki birinci düzey sebepleri dışlar. Kalan sebepler temelinde ne yapılacağına muhatap tarafından karar verilir³⁶⁷. Bu örneklerden Regan'ın çıkardığı sonuç belli şartlar altında (otoritenin karar verirken ilgili bütün sebepleri değerlendirmemesi, bir aciliyetin ortaya çıkması, otoritenin dikkate almaması gereken sebepleri dikkate alması veya keyfî davranması vb.) otoritenin direktifinin göz ardı edilebileceğidir³⁶⁸.

Genel olarak Raz'ın otoritatif direktiflerin öngördükleri eylem lehine mutlak bir olması gereken yaratmayabileceğini düşündüğü doğru olmakla birlikte, Regan'ın formülasyonu ve Raz'ın ifadeleri arasında çok mühim olmayan, ancak kafa karışıklığına sebebiyet verebilecek bir farkı açıklamak isteriz. Raz hakem örneğini verirken veya otoritenin insan haklarına aykırı kararlarından bahsederken otoritenin dikkate almaması gereken sebepleri dikkate alması veya dikkate alması gereken sebepleri dikkate almamasından bahsetmemektedir. Görünen o ki Regan, keyfiliği otoritenin dikkate almaması gereken sebepleri dikkate alması olarak yorumlamaktadır³⁶⁹. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Raz'a göre otoritenin sebeplerin tartılması ve dikkate alınması sırasında yaptığı ağır hatalar bile otoritenin³⁷⁰ direktifinin bağlayıcılığını etkilememektedir. Belki burada keyfilik bağımlı sebeplere, yani muhatabın sahip olduğu sebeplere hiç dayanılmaması olarak, bir nevi dikkate alınması gereken sebeplerin tümüyle göz ardı edilmesi şeklinde algılanabilir.

Bu ufak uyarıda bulunduktan sonra Regan'ın temel sorununa geçelim. Ufak tefek değişikliklerle de olsa Raz'ın üç tezinin kabul edilebilir olduğunu düşünen Regan, otoriteye ilişkin kendi anlayışının Raz'ın üç tezinin gereğini de yerine getirdiğini ileri sürer. Bununla birlikte, Regan'ın otoriteye ilişkin gösterge kural anlayışı (*indicator-rule*

³⁶⁷ *Ibid.*, s. 46.

³⁶⁸ Regan, "Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom", *op. cit.*, s. 1003.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Söz konusu Raz'ın otorite anlayışı olduğunda aksi belirtilmedikçe otoritenin meşru otorite anlamına geldiği unutulmamalıdır.

conception of authority) olarak isimlendirdiği anlayışta otorite ve muhatap arasındaki ilişki çok daha zayıftır (*much thinner*)³⁷¹.

a. Gösterge Kural

Gösterge kurallar rehber kurallardan (*rule of thumb*) daha fazlası, ancak *simpliciter* kurallardan³⁷² (*rule simpliciter*) daha azıdır. Gösterge kurallar kişinin eksik bilgi sahibi olduğu durumlarda uygulanmak, karar verme süreçlerinde tasarrufta bulunmak veya kişinin tarafgirliğine karşı bir önlem olarak benimsediği eylem rehberleridir³⁷³. Regan rehber kural ve gösterge kural tanımlarının yakın olabileceğini kabul etmekle birlikte gösterge kuralları anlamının en kolay yolunun rehber kural tanımıyla başlayıp ona bazı nitelikler eklemek olduğunu belirtir³⁷⁴.

Gösterge kuralların ilk önemli özelliği yanılabilir olmalarıdır. Regan’a göre, rehber kural ismi verilen bazı kurallar yanılmazdır ve kimilerinin anlayışına göre yanılmazlık rehber kuralların zorunlu bir niteliğidir³⁷⁵. Bu noktada bir örnek vermek gerekirse, bir sayının üçe bölünüp bölünmediğini her basamaktaki rakamların toplamının üçe bölünüp bölünmediğine bakarak anlayabiliriz. Bu yanılmaz bir rehber kuraldır. Bununla birlikte, doğru sonucu vereceğinden emin olmasak da bazı durumlarda zaman kazanmak için “genellikle” doğru sonucu veren bir kural benimseyebiliriz. Her ne kadar bu kuralla (daha doğrusu bu gösterge kuralla) her zaman doğru sonuca ulaşmasak da, neticede mevcut şartlar altında eylem açısından sahip olduğumuz en iyi rehber o olacaktır³⁷⁶.

Gösterge kuralların ikinci özelliği onların bağlayıcılığına ilişkindir. Raz rehber kuralların bağlayıcı olmadığını ileri sürer³⁷⁷. Raz rehber kuralların iyi bir sonuç doğrumaya yöneldiğini kabul etmektedir. Raz’a göre rehber kurallar cehalet, kısıtlı

³⁷¹ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1003.

³⁷² “*Rule simpliciter*” ifadesi kanımızca “bilindik anlamda kural” veya “basit anlamıyla kural” şeklinde Türkçeye çevrilebilir. Ancak tekrar eden bu ifadenin göze hoş gelmediğini düşündük.

³⁷³ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1004.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Raz, “Promises and Obligations”, *op. cit.*, s. 224.

zaman, duygusal tarafgirlik veya benzeri sebeplerle kendi yargısına güvenemeyen kişilere hitap eden ve her rasyonel kişinin gidermek istediği eksiklikleri gidermeye yönelik kurallar olduğu için kendinde yükümlülük içeren kurallar değildir³⁷⁸. Hare'e göre ise rehber kuralların ihlali, ahlaki ilkelerin ihlalinin aksine, muhatapta vicdan azabı yaratmaz³⁷⁹. Regan'a göreyse gösterge kuralların önemli ölçüde bağlayıcılığı vardır. Bunu göstermek isteyen Regan bir öğretim üyesinin öğrencileriyle cinsel ilişkiye girmemek yönünde bir gösterge kural benimsediğini varsayar. Bu gösterge kural yanılmaz değildir. Kural yüzünden öğretim üyesi ve onunla kendi rızasıyla birlikte olacak bir öğrenci arasındaki belki de çok değerli bir ilişkinin önüne geçilmiş olabilir. Ancak, Regan'a göre öğrencinin bu tür ilişkilerde tamamen rızasıyla hareket etmediği durumlar daha sıktır ve gösterge kural bu durumlarda ortaya çıkabilecek olan ahlak dışı durumu ortadan kaldırır. Dolayısıyla, bu gösterge kural yanılabilir olsa da iyi bir kuraldır³⁸⁰.

Bu gösterge kuralın bağlayıcılığı iki aşamada gösterilir. İlk aşama söz konusu kuralın öğretim üyesinin saygı göstermesi gereken değerlere dayandığının gösterilmesidir³⁸¹. İkinci aşama ise mevcut şartlar altında muhatapın sahip olduğu en iyi eylem rehberinin gösterge kural olup olmadığını araştırmaktan oluşur³⁸². Bu tartışmanın detayları bizi pek de ilgilendirmez. Dolayısıyla, gösterge kuralların bağlayıcı olabileceğini belirtmekle yetinelim.

Şu ana dek gösterge kuralların rehber kurallardan farklarına odaklandık. Gösterge kuralların *simpliciter* kurallardan farklarına da değinmek gerekir. Bir başka deyişle, gösterge kurallar hangi anlamda *simpliciter* kurallardan daha azını ifade eder? Regan'a göre bu "azlığın" temeli, kişilerin belli bir gösterge kuralı benimseyip onlara göre davranmak yönünde vicdani bir sorumluluğu olsa da, gösterge kuralların içkin bir ahlaki önemi bulunmamasına dayanır. Öncelikle, gösterge kurallar dünyanın temel ahlaki öneme sahip niteliklerine odaklanmazlar. Öğretim üyesi ve öğrenci arasındaki cinsel ilişkiye dair gösterge kural, bu iki grup insan arasında cinsel münasebet

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Richard Mervyn Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press, 1981, s. 38.

³⁸⁰ Regan, "Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom", *op. cit.*, s. 1005.

³⁸¹ *Ibid.*, ss. 1005-1006.

³⁸² *Ibid.*, s. 1006.

yaşanmasında içkin bir uygunsuzluk bulunduğunu ifade etmez³⁸³. Bir başka deyişle, böyle bir cinsel ilişki kendi başına ahlaki bir yanlışlık teşkil etmez. Ancak, gösterge kural en nihayetinde öğretim üyesini ahlaken sakıncalı eylemler gerçekleştirmekten alıkoyar. Nitekim öğretim üyesi somut durumda öğrencinin gerçekten rızasının bulunup bulunmadığını bilebilecek durumda değildir.

Konuyu daha da açıklığa kavuşturmayı isteyen Regan, cinsel ilişkiye dair gösterge kuralı sözlerin tutulması yönündeki kuralla karşılaştırır. Buna göre, normal şartlar altında kişinin belli bir söz vermiş olması temel ahlaki öneme sahip bir olgudur. Elbette, kişinin verdiği sözle bağlı olduğu söylenemeyecek durumlar olabilir: Sözün aldatma veya tehditle alındığı durumlar gibi. Ancak, yine de sözlerin bağlayıcılığı, sözlerin tutulmasındaki içkin ahlaki bir değere işaret ederken, öğretim üyesinin öğrencisiyle ilişkiye girmemesi yönündeki gösterge kural bu ilişkideki içkin bir ahlaki yanlışlığa işaret etmez³⁸⁴.

Gösterge kurallar değişmez ve mutlak ahlaki değerlere işaret etmediği için, kişi daha iyi bir rehber olduğunu düşündüğü bir gösterge kural bulduğunda eski kuralı ahlaki görüşlerinde hiçbir değişiklik yaşamadan terk edebilir. Ancak bundan kişinin aktif biçimde daha iyi gösterge kurallar araması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Aksine, kişinin her durumda benimsediği gösterge kuralı yeni baştan ele alması bu kurala sahip olmanın getirdiği bütün avantajların yitirilmesine neden olacaktır³⁸⁵. Yeri gelmişken bu noktada Raz'ın otoritatif direktifleri ve Regan'ın gösterge kuralları arasındaki bir farka değinelim. Raz da Regan gibi kuralların yerine geçtiği bağımlı sebeplerin her durumda muhatap tarafından yeniden değerlendirilebilmesinin kuralın anlamını yitirmesine ve meşru bir otorite tarafından konmuş kurala göre davranmanın getirdiği menfaatten yararlanılamamasına yol açacağını düşünür³⁸⁶. İki düşünce arasındaki farkı bir gösterge kuralın otoritatif direktiflere oranla çok daha kolay terk edilebilmesi olarak tespit etmek mümkündür. Hatırlanacağı üzere, Raz'ın otoritatif direktifleri -istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla- hatalı, hatta ağır hatalı oldukları takdirde dahi bağlayıcıdır, terk edilemezler. Oysa Regan'ın gösterge kuralları,

³⁸³ *Ibid.*, ss. 1006-1007.

³⁸⁴ *Ibid.*, s. 1007.

³⁸⁵ *Ibid.*, s. 1008.

³⁸⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 61.

muhabatın daha doğru sonuçlar vereceğini düşündüğü bir başka kuralla karşılaşması hâlinde başkaca bir gereklilik olmadan terk edilebilirler.

Regan’a göre bütün bunlar gösterge kuralların koşullu olduğunu gösterir. Bu koşulluluk sözlerin tutulmasına ilişkin kuralda olduğu gibi kuralın belli durumlarda ihmal edilebilir olma durumundan çok daha derine iner. Regan, kuralların ihmal edildiği yerlerde her zaman kuraldan bağımsız bir değerlendirme olduğunu ileri sürer. Örneğin, hayat kurtarmak amacıyla söz bozulabilir. Ancak, bu durumda dahi, sözlerin tutulmasına ilişkin kural sözleri tutmanın ahlaki değerine atıfta bulunmaya, bu değeri göstermeye ve kurmaya devam eder. Gösterge kuralın başka bir gösterge kuralla değiştirildiği durumlarda ise bu değişikliğin sebebi tam da değiştirilen gösterge kuralın ilişkin olduğu değerlendirmeler dolayısıyladır. Bu olduğunda ise eski gösterge kural bütün önemini yitirir³⁸⁷. Öğrencileriyle ilişki yaşamamak şeklindeki gösterge kuralı benimseyen öğretim üyesinin durumunu düşünelim. Bu kuralın hizmet ettiği ahlaki iyilik öğretim üyesinin karşı tarafın gerçek anlamda rıza göstermediği bir ilişkiye girmediğinden emin olmaktır. Bununla birlikte, kural kapsamındaki hiçbir şey öğretim üyesini öğrencileriyle sosyal faaliyetlere katılmaktan alıkoymaz. Bir akşam öğrencileriyle birlikte yemeğe çıkan öğretim üyesi, alkollü bir akşamda öğrencilerine karşı sergilediği samimi tavırların, ahlaken sakıncalı olmasalar dahi, yanlış anlaşılabilirliğini görmüştür. Bu noktada öğretim üyesi yeni bir gösterge kural belirler: Bundan böyle öğrencileriyle kampüs dışında toplantılar düzenlemeyecektir. Eski gösterge kural açısından olduğu gibi, burada da öğrencileriyle kampüs dışı toplantılar düzenleyen öğretim üyesinin ahlaken yanlış bir eylemde bulunması söz konusu değildir. Aksine, öğretim üyesinin öğrencileriyle geçirdiği yemek tatsız bir istisna dışında çok güzel geçmiştir. Bu istisna da kendi başına ahlaki bir kötülük teşkil etmese bile, özellikle alkolün etkisiyle iradesinin zayıflayacağını düşünen öğretim üyesi, amacına eskisinden daha iyi hizmet eden bir gösterge kural bulmuştur. Bu durumda eski gösterge kural öğrencilerle kampüs dışında toplantı düzenlememeyi de kapsayacak şekilde genişleyecektir.

Burada yine Raz’ın anlayışı ve Regan’ın söyledikleri arasında bir ilinti kurmak istiyoruz. Regan’ın gösterge kurallar ve ihmallerine ilişkin tespitini eylem sebepleri

³⁸⁷ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1009.

açısından şu şekilde ifade edebiliriz: Kurallar, ne sebeple olursa olsun, ihmal edildiklerinde eylem sebebi teşkil etmeye devam ederler. Dışlanma ve ağır basma dolayısıyla ihmal edilen sebepler sebep niteliğini korur ve bu nedenle, bu sebeplere uymadığında kişide belli bir rahatsızlık belirir³⁸⁸. Regan'ın içkin ahlaki değeri olan kurallara dair düşüncesi de bu yöndedir. Ancak, gösterge kuralların ihmal edildiği durumlarda aynı vicdan azabı ortaya çıkmaz. Eski gösterge kuralın artık hiçbir önemi kalmamıştır. Yani, kişinin eylemi açısından sebep teşkil etmez. Bu tespitler daha sonra Regancı bir otorite anlayışından kaynaklanan hukuk kurallarının Raz'ın dışlayıcı sebeplerinden farklılaşması noktasında önemli olacaktır.

Bununla birlikte, gösterge kurallar yalnızca daha iyi bir gösterge kural bulunmasıyla değil, somut durumlarda da ihmal edilebilirler. Regan, bir gösterge kuralın somut durumda açık bir şekilde yanlış sonuca yol açtığı veya gösterge kuralın normal gerekçelendirme testinden geçemediği fark edilirse, gösterge kural somut duruma özgü olarak uygulanmayabilir³⁸⁹. Bu ise Regan'ın gösterge kurallarıyla Raz'ın dışlayıcı sebepleri arasında bizi ilgilendiren en önemli farktır. Ama bu tartışmaya daha sonra tekrar döneceğimiz için burada detaylı açıklama yapmaktan kaçınıyoruz.

Regan kendi gösterge kural anlayışına daha önemli bir itirazın gösterge kuralların pratik değerlendirmelerde gerçek anlamda bir değişiklik yapamayacak kadar koşullu olduklarını düşünenlerden geleceğini öngörmektedir. Bu itiraza göre kişinin mümkün olan en iyi gösterge kuralı benimseme ve bu gösterge kural temelinde hareket etme (somut durumda daha iyi bir çözüm olmadıkça) yükümlülüğü altında olması her durumda gösterge kuralının temelinin ve başarısının sorgulanmasına yol açacaktır. Böylelikle gösterge kuralın hiçbir anlamı kalmayacak, kişi yine kendisine uygulanabilir olan sebepler doğrultusunda hareket edecektir³⁹⁰. Ancak, Regan'a göre bu doğru değildir. Her zaman gösterge kuralların ardına ve sonuçlarına bakmamız gerekmez³⁹¹. Bunu göstermek isteyen Regan Raz'ın ondalık sayı-tam sayı örneğinden³⁹² esinlenir. Örneği biraz değiştirerek aktarıyoruz. Varsayalım ki Mehmet ve Fatih birlikte hesaplama yapmaktadır ve bu ikiliden daha iyi hesap yapan Mehmet'tir. Bunun üzerine

³⁸⁸ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 41.

³⁸⁹ Regan, "Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom", *op. cit.*, s. 1010.

³⁹⁰ *Ibid.*, ss. 1010-1011.

³⁹¹ *Ibid.*, s. 1011.

³⁹² Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 62.

Fatih şöyle düşünür: “Toplamayı Mehmet yapsın, ben onun sonuçlarını kabul edeyim”. Ancak, bir yerde Mehmet bütün eklenenleri çift sayı olan bir toplama işleminin sonucunu tek sayı olarak bulmuş olsun. Fatih’in bu hatayı fark etmesi için hesaplama işleminin kendisini yapmasına gerek yoktur. Keza bu durumda Fatih’in benimsediği gösterge kuralı tamamen terk etmek için de sebebi olmaz. Somut durumda Mehmet’in hesabını esas almaması hata yapmaması için yeterlidir³⁹³.

Kuralların saydamlığı ve opaklığı bir kuralın uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesinde kuralın dayandığı sebeplere bakılmasının ne derece gerektiğine bağlıdır³⁹⁴. Örneğin, Raz’ın otoritatif direktifleri opaktır. Bunların muhatap tarafından dikkate alınması, uygulanması için otoritenin birinci düzey sebeplere ilişkin değerlendirmesine bakmak gerekmez. Regan’a göre, gösterge kuralları da oldukça opak bir nitelik taşıyabilir. Doğaları gereği tamamen opak olamayacak olsalar da, tamamen saydam olmadan geçici (*provisional*) bir nitelik taşıyabileceklerinden bahsedebiliriz³⁹⁵.

Sonuç itibarıyla, Regan’ı takip ederek gösterge kurallarının temel niteliklerini şu dört maddeyle açıklayabiliriz³⁹⁶: 1) Gösterge kuralları yanılabilir, muhataplarını yanlış sonuçlara yönlendirebilirler, 2) muhataplar kendi durumlarında erişilebilir olan en iyi gösterge kuralı kendinde değerli amaçlara ulaşmak için benimseyip izlemekle yükümlüdür, 3) kapsamlarına giren bütün somut durumlarda uygulanmayacak olsa da gösterge kuralları pratik değerlendirmelere önemli katkılar sunar ve 4) muhataplar gösterge kuralı benimseyip uygulamakla yükümlü olsalar da gösterge kuralları kendinde bağlayıcı değildir. Bir başka deyişle bu kuralların içkin ahlaki değeri yoktur. Bunlara dışlayıcı sebeplere ilişkin olarak bizim tespit ettiğimiz iki farklılığı da ekleyelim: 1) Gösterge kurallarının ihmalî dışlayıcı sebeplerin ihmaline göre çok daha kolaydır. Dışlayıcı sebeplerin somut durumlarda göz ardı edilmesi istisnai bazı şartlara bağlıyken, gösterge kurallarının yanlış sonuca götürdükleri yerde uygulanmaması mümkündür, 2) ağır gelme veya dışlanma nedeniyle ihmal edilen dışlayıcı sebep, sebep olma niteliğini

³⁹³ Uyarladığımız örnek için bkz. Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1011.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*, s. 1012.

³⁹⁶ *Ibid.*, s. 1013.

korumaktadır³⁹⁷. Yani, mümkünse muhatap yine de bu sebeplere uygun eylemi gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Öte yandan, daha iyi, daha doğru sonuçlar veren bir gösterge kural nedeniyle ihmal edilen gösterge kural, kural ve dolayısıyla sebep olma niteliğini kaybeder. Aşağıda yeri geldikçe bu farkları detaylandırarak işlemeye devam edeceğiz. Şimdilik Regan’ın otorite anlayışına geri dönelim.

b. Regan’ın Otorite Anlayışı

Regan gösterge kurallara ilişkin incelemesinin Raz’ın otoriteye ilişkin üç tezine uygun olduğunu düşünür ve kendi otorite anlatımını “otoritenin gösterge kural anlayışı” (*indicator-rule conception of authority*) olarak isimlendirir. Buna göre, bir kişi veya oluşumun diğeri açısından otorite olması demek muhatabın “Mevzubahis kişi veya oluşumun direktiflerine uy” buyruğunu bir gösterge kural olarak benimsemesi gerektiği anlamına gelir³⁹⁸. Bu noktadan sonra Regan kendi otorite anlayışının Raz’ın tezlerine uygun olup olmadığını tartışmaya başlar.

Regan, hükümet direktiflerini otoritatif kabul etme sebeplerinin Raz’ın çalışmasında bir hükümetin meşruiyetini belirleyen normal gerekçelendirme teziyle büyük ölçüde aynı olduğunu iddia eder. Bu noktada tespit ettiği olası bir farklılık Raz’ın hükümet direktifleri için “otoritatif biçimde bağlayıcı” (*authoritatively binding*) ifadesini kullanıyor olmasıdır. Şimdi, Regan eğer bu ifadenin gösterge kuralların bağlayıcılığından daha fazlasını ifade ettiğini vurguluyorsa, iki anlayış arasında bir fark olduğundan bahsedilebilir. Bununla birlikte Regan’a göre iki çalışma arasındaki yapısal benzerlikler farklılıklardan çok daha ilgi çekicidir³⁹⁹.

Tartışmanın geri kalanında bizi ilgilendiren en önemli husus Regan’ın üstünlük tezine ilişkin yürüttüğü tartışmadır. Regan’ın ve Raz’ın anlayışlarındaki temel fark somut durumda gösterge kural ve dışlayıcı sebeplerin (meşru otorite tarafından ihdas

³⁹⁷ Buradaki ağır gelme durumu ikinci düzey bir sebep olan dışlayıcı sebebin başka bir ikinci düzey sebeple çatışması durumunda söz konusu olur. Öte yandan, şimdiye kadar ikinci düzey sebeplerin dışlanması dair bir şey söylemedik. Bu olasılığı aşağıda değerlendireceğiz. İddianın ana fikrine göre nasıl ikincil kurallar birincil kurallara dayanarak hareket etme veya etmeme yönündeki sebeplerse, ikinci düzey sebeplere dayanmak veya dayanmamaya ilişkin üçüncü düzey sebepler de bulunabilir.

³⁹⁸ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1013.

³⁹⁹ *Ibid.*, s. 1014.

edilmiş kuralların) ihmal edilebilirliğine ilişkindir. Regan Raz'ın otoritatif direktiflerin hatalı olsalar dahi otoritatifliğini ve bağlayıcılığını kaybetmeyeceğini göstermeye çalıştığını, ancak bu çabanın çok da başarılı olmadığını ima eder⁴⁰⁰. Yukarıda gördüğümüz gibi, Regan'ın gösterge kurallar ise hatalı sonuca götürdükleri durumlarda muhataplar tarafından kuralın kendisinden vazgeçmeden ihmal edilebilir veya daha doğru sonuca götüren bir kural bulunduğunda tamamen terk edilebilirler.

Regan'a göre, Raz belli bir kuralı ihdas ederken otoritenin hatalı olduğuna dair doğrudan bir delili olmadıkça, muhatabın bağımlı sebeplerin dengesine dayanarak hareket edemeyeceğini iddia edebilir. Bu ise Regan'ın gösterge kurallar açısından benimsemediği bir düşüncedir⁴⁰¹. Regan Raz'ın bu iddiada bulunmaması gerektiğini düşünür ve esasında bulunduğundan da emin değildir⁴⁰².

Regan'ın Raz'ın dışlayıcı sebeplerin dikkate alınmamasıyla ilgili tam olarak ne düşündüğünden emin olamaması doğal karşılanmalıdır. Yukarıda da incelediğimiz gibi Raz dışlayıcı sebeplerin ihmal edildiği durumları sistematik bir biçimde belirleme çabasına girişmez. Bu nedenle de, dışlayıcı sebeplerin istisnai durumlarda ihmal edilebilirliğine işaret etmekle yetinir. İhmal edilebilirliğin şartlarını net biçimde belirlemekten kaçınmasına rağmen, dışlayıcı sebeplerin hangi durumlarda hâlâ bağlayıcı olduğu konusunda çok daha nettir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Raz ağır hataların, yani sonucu olması gerekenden bir hayli farklılaşan otoritatif direktiflerin dahi ihmal edilemeyeceğini düşünmektedir. Regan'ın dikkat çektiği gibi⁴⁰³, açık hataların direktiflerin bağlayıcılığını etkileyip etkilemeyeceği konusunda ise sessiz kalmaktadır⁴⁰⁴.

Regan otoriteye ilişkin muhatabın bakış açısı ve otoritenin bakış açısı arasında bir ayrıma gider. Otoritenin bakış açısı muhataba güvenmez ve otoritatif direktifin bağlayıcılığını olabildiğince katı kılmaya çalışır. Muhatap açınsansa otoritenin direktifinin hatalı olduğu durumlarda bağımlı sebeplerin dengesine dayanarak karar verme otonomisinden vazgeçilemez. Raz'ın *The Morality of Freedom*'daki bakış açısı

⁴⁰⁰ Bkz. *Ibid.*, s. 1015.

⁴⁰¹ *Ibid.*, s. 1016.

⁴⁰² *Ibid.*, s. 1017.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 62.

ise zaman zaman otoritenin bakış açısına kaymakla beraber, özünde muhatabın bakış açısıdır. Regan asıl amacın bu iki bakış açısını uzlaştırmak olduğunu düşünür⁴⁰⁵.

Kanımızca, ağır hatalar durumunda, eğer bu hatalar aynı zamanda apaçık hatalar değilse, otoritatif direktiflerin dışlayıcı sebep niteliği taşıyacağı konusunda Raz'ın görüşünü benimsemek gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, dışlayıcı sebebin normatif gücü, ilgili konuda otoritenin muhataptan daha uzman olması ve muhatabın tabi olduğu birinci düzey sebeplerin değerlendirilmesi sırasında neyin hata olacağının tespit edilmesinde muhataba göre daha başarılı olmasıdır. Bir kere direktifin meşru bir otorite tarafından ihdas edildiği belirlendiğinde, muhatabın birinci düzey sebepler dengesinin değerlendirilmesine ilişkin ağır hataları öne sürerek direktife uymaktan kaçınmaması gerekir. Bununla birlikte, açık hataların varlığı durumunda bu sonucun değişebileceğini düşünüyoruz. Konunun detaylarını burada ele almak mümkün olmayacaktır. Nitekim tam bir inceleme yapabilmek için açık ve ağır hatanın ne olduğuyla bunların birbiriyle ilişkisi hakkında detaylı ve bizim buradaki amacımızı aşacak bir işe kalkışmak gerekir. Yine de ana hatlarıyla bazı yorumların yapılabileceğini düşünüyoruz.

Hatanın ağırlığı önemine işaret ediyor gibidir. Örneğin, bir diküçgende hipotenüsün hesaplanması için iki dik kenarın uzunluklarının toplanması ağır bir hata olarak değerlendirilebilir. Bu yöntem üçgenlere ilişkin temel bir yasayı ihlal etmektedir: Bir üçgende herhangi iki kenarın uzunluğunun toplamı üçüncü kenarın uzunluğundan fazla olmak zorundadır. Açık bir hata ise hatanın öneminden ziyade ilk bakışta belirlenebilir olup olmadığına atıfta bulunuyor gibidir. Bu durumda hipotenüsün uzunluğunun dik kenarların uzunluklarının toplanmasıyla hesaplanması açık bir hata teşkil eder mi? Şu kadarından emin olabiliriz: Bazı ağır hatalar aynı zamanda açık olabilir. Ancak, biz bu açıklığın tıpkı meşru otoriteye ilişkin “uzmanlık” kriterinde olduğu gibi muhataba atıfla belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim muhatabın uzmanlık seviyesi hatanın muhatap açısından ne derece açık olduğunda da etkili olacaktır. Hipotenüsün uzunluğunun hesaplanmasına ilişkin hata hayatı boyunca hiç geometri dersi görmemiş birisi açısından açık bir hata olarak değerlendirilemez. Oysa liseyi fen diplomasıyla bitirmiş bir mühendis açısından, otoritenin uzmanlığı genel itibarıyla muhatabınkinden fazla olsa bile, açık bir hata niteliği taşıyacaktır. Hatanın

⁴⁰⁵ Regan, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *op. cit.*, s. 1018.

açıklığı durumunda otoritatif direktifin muhatap açısından dışlayıcı sebep niteliği taşımayacağı kanaatindeyiz.

2. Chaim Gans'ın Eleştirileri

Chaim Gans Raz'ın dışlayıcı sebep kavramının ilk hâline yönelik güçlü ve önemli eleştiriler yöneltmiştir. Bu kısımda bu eleştirileri aktarıp, Raz'ın dışlayıcı sebep kavramının bu eleştirilere cevap verip veremeyeceğini değerlendireceğiz. Gans'ın pratik akıl yürütmeye ilişkin olarak gördüğü en büyük sorun hak ve görev gibi normatif kavramların ahlaki, hukuki veya sağduyu kaynaklı anlamlarının ve bunlar arasındaki çatışmaların çözümüdür⁴⁰⁶. Normatif gerekliliklerin mutlaklıklar olarak anlaşılmasının yeterli olmadığını belirtir. Bu sorunun *prima facie* yükümlülükler, yani zorunlu kural ve görevlerin eylem sebeplerine dönüştürülmesiyle çözülmesinin de mümkün olmadığını, çünkü bu yaklaşımın daha başlangıçta açıklaması gereken zorunlu ve arzu edilir (*desirable*) eylem kavramlarını açıklamaktan kaçındığını düşünür⁴⁰⁷. Bu noktadan sonra Gans, Raz'ın dışlayıcı sebeplere ilişkin çalışmanın yeterliliğini değerlendirecektir. Biz doğrudan Gans'ın eleştirilerine ve bu eleştirilerin değerlendirmesine yer vereceğiz.

Gans'ın dışlayıcı sebep kavramına getirdiği eleştiri ilk olarak zorunluluk ifade eden normların (*mandatory rules*) dışlayıcı niteliğine, ikinci olaraksa genel olarak dışlayıcı sebep düşüncesine yoğunlaşır. Zorunluluk ifade eden normların dışlayıcı sebep teşkil ettiği düşüncesine yöneltilen eleştiri dört odak noktasına sahiptir: 1) ricalarla emirlerin farkına dayanan argüman, 2) amaçsal argüman, 3) kararlarla zorunluluk ifade eden normların benzerliğine dayanan argüman ve son olarak 4) psikolojik argüman.

Gans'a göre ricalar ve emirler arasındaki farka dayanan argümanın geçersizliği kolaylıkla gösterilebilir⁴⁰⁸. Hatırlanacağı üzere, Raz ricalar bir eylem sebebi olarak algılanıyorsa, emirlerin aynı türden bir eylem sebebi olarak algılanamayacağını, nitekim ricada bulunan ile emir verenin muhataptan taleplerinin farklı olduğunu ileri sürüyordu. Buna göre, ricada bulunan ricasının eylem lehine sıradan bir eylem sebebi olarak

⁴⁰⁶ Chaim Gans, "Mandatory Rules and Exclusionary Reasons", *Philosophia*, S. 15 (1986), s. 373.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, s. 381.

algılanmasını amaçlarken, emir veren bundan daha fazlasını amaçlayarak emre konu eyleme ilişkin bağımsız bir değerlendirme yapılmamasını talep etmekteydi⁴⁰⁹. Gans'a göre bu kısım Raz'ın ilk öncülünü oluşturur. İkinci öncül ise ricalarla emirlerin arasındaki farkın *prima facie* sebepler veya güçlü ve zayıf sebepler arasındaki farkla açıklanamayacağını ileri sürer. Gans'ın itirazına göre emir verenlerin emirlerinin alelade eylem sebepleri olarak algılanmasını amaçlayamayacak olması, onların dışlayıcı sebep olmaları gerektiğini göstermez. Bunun için öncelikle dışlayıcı sebeplerin *prima facie* sebepler ve mutlak sebepler arasındaki tek olası kategori olduğu gösterilmelidir⁴¹⁰.

Raz'ın rica ve emirlere -ki aslında bunlara tavsiyeleri de ekler- ilişkin düşüncelerinin nihai olmamasının nedeninin Gans'ın tespit ettiğinden farklı olduğunu düşünüyoruz. Raz'a göre rica, tavsiye ve kararlar muhataplarının bakış açısından değil, rica veya tavsiyede bulunan ile karar verenlerin (bundan sonra “dile getirenler” diyeceğiz) bakış açısından ayrıştırılabilir. Nitekim belli bir rica, tavsiye veya emir belli bir muhatap açısından eylem sebebi teşkil edebileceği gibi etmeyebilir de. Ancak, yukarıda açıklandığı gibi, talepte bulunanların taleplerinin muhatabın pratik değerlendirmesi açısından yerine getirmesini beklediği fonksiyon farklıdır. Ricamızın yerine getirilmesi bizi memnun edebilir ya da dikkate alınmaması hâlinde kırılabiliriz. Ancak, emrin yerine getirilmemesi genellikle daha güçlü bir yaptırıma yol açar. Burada mühim olan nokta muhataplarının dile getirilenin yerine getireceği fonksiyon hakkındaki düşüncesinin dile getirilenin niteliğini belirlemeye yetmemesidir. Zaten Raz'ın da böyle bir iddiasının olmadığı bazı emirlerin muhatap açısından eylem sebebi teşkil etmeyeceğini belirtmesinden bellidir. Kanımızca Raz tarafından vurgulanan, bazı emirlerin muhatabın yapması gerekene ilişkin değerlendirmelerinde rica ve tavsiyelerden farklı bir rol oynaması gerektiğidir. Bu iddia ispatlanmamış olup, ancak söz konusu fonksiyonu yerine getirebilecek, gerçek anlamıyla emir verebilecek otoritenin belirlenmesiyle gösterilebilecektir. Dolayısıyla, Gans'ın tespitinin Raz'ın dışlayıcı sebeplere ilişkin teorisini çökertebilecek bir tespit olduğunu düşünmüyoruz. Raz'ın emir, tavsiye ve ricalara ilişkin argümanları bu üçlünün genel itibarıyla birbirlerinden farklılığına işaret etmeyi amaçlamaktadır. Esasen, aşağıda tekrar dile getireceğimiz gibi, Raz'ın dışlayıcı sebep kavramını otorite anlayışıyla birlikte ele

⁴⁰⁹ Bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 13-15.

⁴¹⁰ Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, op. cit., s. 381.

almayan bir eleştirinin dışlayıcı sebeplerin topyekün reddi sonucunu doğurması mümkün değildir.

Gans'ın eleştirisi bizim amaçsal argüman olarak adlandıracağımız iddiaya yönelir. Bu iddia kısaca şöyledir: Belli sebeplerle kurallara sahibizdir. Rehber kuralları örnek alan Raz, bunların en önemli fonksiyonlarından birinin zaman kazandırmak olduğunu söyler⁴¹¹. Ancak, eğer rehber kurallar en azından belli birinci düzey sebepleri dışlamazsa, zaman kazandırma fonksiyonlarını ve diğer avantajlarını kaybederler⁴¹². Nitekim bu durumda durumun gerektirdiğinin her durumda birinci düzey sebeplerin tartışılmasıyla belirlenmesi gerekecektir. Otoritenin koyduğu kuralların en önemli fonksiyonlarından biri ise toplumsal koordinasyonu sağlamaktır⁴¹³. Rehber kurallar açısından olduğu gibi, otoritatif kuralların dışlayıcı sebep olarak kabul edilmeyip sebepler dengesindeki birinci düzey sebeplerin her durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi söz konusu koordinasyonun sağlanmasını imkânsız hâle getirecektir.

Gans'ın amaçsal argümana yönelik eleştirisi öncüllerden varılan sonucun yanlış olduğunu belirterek başlar. Buna göre, rehber kural ve otoritenin koyduğu kuralların öngörülen fonksiyonları gerçekleştirmesini garanti etmenin en doğrudan yolu bunların dışlayıcı sebepler olarak değil, mutlak sebepler olarak kabul edilmesidir⁴¹⁴. Gans'ın bu tespiti Raz'ın dışlayıcı sebeplerinin dışlayamadığı sebepler olacağı ve dışlayıcı sebeplerin bu sebeplerle birlikte tartışacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle de kuralların dışlayıcı sebep kabul edilmesi hâlinde de kimi durumlarda kendilerinden beklenen fonksiyonu yerine getiremeyeceklerdir. Gans bu argümana karşı kuralların yerine getirdiği fonksiyonun var olan en önemli amaç olmadığı ve Raz'ın bu amaçlara her zaman ulaşılması gerektiğini vurgulamadığının ileri sürüleceğini öngörür. Bu iddiaya karşı ise şu soruyu sorar:

“Ancak öyleyse niçin bu kuralları, veya daha da iyisi, bunların var olma sebeplerini (bu kuralların uygulandığı somut durumlarda) en nihayetinde

⁴¹¹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 59.

⁴¹² Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 61.

⁴¹³ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 51.

⁴¹⁴ Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, op. cit., ss. 381-382.

kurallarda belirlenen eylemlerin karşısında yer alan sebeplere karşı tartışılacak olan basit birinci düzey sebepler olarak kabul etmeyelim?”⁴¹⁵

Birinci düzey ve ikinci düzey sebeplerin mantıksal açıdan farklı olduğu iddiasına bir yanıt verilmediği sürece, kuralı dışlayıcı sebep kabul etmek için sahip olduğumuz sebeplerin kuralın öngördüğü eylemi gerçekleştirmek lehine ve aleyhine sahip olduğumuz sebeplerle birlikte tartışılması mümkün değildir. Eğer kuraldan kastımız muhatapların sahip olduğu sebeplerin bir kısmını dışlayan, muhatapların sebepler dengesine dayanarak karar vermesini engelleme iddiasındaki (otorite iddiasındaki) otoritatif direktiflerse, kuralı dışlayıcı sebep olarak kabul etmemiz yönündeki sebepler, kuralın öngördüğü eylemi gerçekleştirmek lehinde ve aleyhinde sahip olduğumuz eylem sebeplerinden farklı bir eyleme ilişkindir. Dışlayıcı sebep “belli sebeplere dayanarak davranmaktan kaçınmaya” yönelik sebepse, dışlayıcı sebep lehine sahip olduğumuz sebepler “belli sebeplere dayanarak davranmaktan kaçınmaya yönelik sebepler lehine sebepler” olarak Raz’ın tabiriyle bir eylem sebebine ilişkin sebep, yani ikinci düzey sebep olacaktır. İkincil sebeplerinse birinci düzey sebeplerle birlikte değerlendirilmesi mantıksal açıdan mümkün değildir. Bir başka deyişle, birinci ve ikinci düzey sebepler farklı davranışlara ilişkin olduğu için, bunların sebepler tartışırken birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu konuya biraz daha aşağıda bir başka eleştiri kapsamında tekrar değineceğiz.

Bununla birlikte, kuralın meşru otorite tarafından ihdas edilmediği, yani dışlayıcı normatif güce sahip olmadığı durumlarda, kural lehine (yani kuralın öngördüğü davranışı gerçekleştirmek lehine) sahip olunan sebeplerin kurala uymak için sahip olunan diğer eylem sebepleriyle birlikte değerlendirilmesi mümkündür. Bunun nedeni söz konusu kuralın muhatapın pratik değerlendirmelerinde özel bir rol oynamasının söz konusu olmamasıdır. Bu durumda bir kurala sahip olmak “belli sebeplere dayanmaktan kaçınarak hareket etmemize” ilişkin değildir. Dolayısıyla, kural lehine sahip olunan sebepler doğrudan kuralın öngördüğü eylemi gerçekleştirmeye yönelik sebepler olarak algılanabilir. Dolayısıyla, Gans’ın önerisinin kabul edilemeyeceğini ve normal gerekçelendirme testini geçen bir kural lehine sahip olunan sebeplerin kuralın

⁴¹⁵ *Ibid.*, s. 382.

öngördüğü eylem lehine ve aleyhine olan eylem sebepleriyle birlikte değerlendirilemeyeceğini kabul ediyoruz.

Neticede Gans, konunun detaylarına girmeden kurallar ve maksimler arasındaki farka dikkat çeker. Buna göre maksimlerin aksine kurallar, izlenmeleri için pratik sorunlar için sundukları spesifik çözümlerden bağımsız bazı sebepler sunar. Kuralların pratik gücü yalnızca içeriklerinden kaynaklanmaz⁴¹⁶.

Gans'ın bir sonraki durağı Raz'ın kararlar ve kurallar arasında kurduğu benzerliğe dayalı argümandır. Gans, Raz'ın bu konuda iki öncülünün bulunduğunu söyler: 1) Kararlar dışlayıcı sebeplerdir ve 2) kararlar ve kuralların pratik akıl yürütmede oynadığı rol benzerdir. Eleştirinin konusu kararların dışlayıcı sebep teşkil etmesi ve karar-kural benzerliğinden kuralların da dışlayıcı sebep teşkil ettiği sonucuna varılmasıdır⁴¹⁷. Bir başka deyişle, Gans kararların dışlayıcı sebep teşkil etmediğini gösterme niyetindedir.

Raz'ın kararlara ilişkin düşüncelerini kısaca ele alalım. Karara muhatapın yapılması gerekene ilişkin değerlendirmeleri bitirme zamanının geldiğine dair inancı eşlik eder. Bir kez karara ulaşan bir muhatap, artık kararının gösterdiğinin aksine sebepleri göz ardı etmek yönünde bir sebebe sahip olur⁴¹⁸. Bu durumu Raz şu şekilde ifade eder:

“...eğer x, A'yı yapmaya karar vermişse, x'in kararının onun açısından A'yı yapmak aleyhine başka sebepleri göz ardı etmesi için sebep teşkil ettiğine inanıyor olduğu mantıksal olarak doğrudur.”⁴¹⁹

Devam etmeden önce bir hususa dikkat çekmek isteriz. Esasında dışlayıcı sebepler belli eylem sebeplerinin eylem sebebi olup olmadığını, muhatapın dışlayıcı sebep tarafından ihmal edilen sebeplere sahip olup olmadığını *değerlendirmesinin* önünde bir engel değildir. Bu durum Raz tarafından açıkça kabul edilmektedir⁴²⁰. Alıntılanan yerde geçen “göz ardı etme” ifadesi kafa karışıklığına yol açabilir. Bu ifade

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Bkz. *ibid.*, ss. 382-383.

⁴¹⁸ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., ss. 67-68.

⁴¹⁹ *Ibid.*, s. 68.

⁴²⁰ *Ibid.*, s. 184.

muhatapın sahip olduğu hangi sebeplere dayanarak hareket edeceğini belirlerken dışlayıcı sebep tarafından dışlanan sebeplere dayanmaktan kaçınması şeklinde yorumlanmalıdır.

Gans'ın itirazını şu şekilde özetleyebiliriz: Raz'ın muhatapın belli bir konuda bir karar almasının, o konudaki değerlendirmeyi sonlandırma inancı taşıdığını gösterdiği yönündeki düşüncesi doğrudur. Ancak, bu öncülden kişinin gelecekte o eylem aleyhine sebepleri göz ardı etmek için sebebi olduğuna inandığı sonucu çıkarılamaz. Çıkarılabilecek olan sonuç belli bir eylemde bulunmaya karar veren muhatapın eylem lehine veya aleyhine gelecekte karşısına çıkabilecek sebepleri göz ardı etmek için sebebi olduğuna *inanmış olduğudur*. Bir başka deyişle, inanç kararın kendisinden önce gelmekte ve karar lehine bir sebep teşkil etmektedir. İnancında hatalı olduğuna karar veren birinin kararını gözden geçirmemek için bir sebebi olamaz⁴²¹. Bu değerlendirmelerin sonucu kararların kendisinin değil, karar vermenin veya kararlara *sadık kalmanın* gelecekteki sebepleri ihmal etmek için sebep teşkil edebileceğidir⁴²². Bir başka ifadeyle, “*eğer önceki karara bağlı kalmak için sahip olunan sebepler bağlı kalmamak için sahip olunan sebeplere ağır basıyorsa, önceki sebepler sonraki sebeplere dayanarak davranmamaya yönelik sebeplerdir*”⁴²³. Gans ise bu durumda Raz'ın kastettiği anlamda bir dışlayıcılık olmadığını, diğer sebeplere ağır basan bütün sebeplerin, daha hafif sebeplere dayanarak hareket etmemek için sebep oluşturduğunu düşünür⁴²⁴.

Biz Gans'ın buradaki argümanlarının da hatalı olduğunu düşünüyoruz. Öncelikle şu son iddiayı ele alalım: Diğer sebeplere ağır basan bütün sebepler, daha hafif sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınmaya yönelik midir? Gans'ın bu ifadesi elbette çatışan eylemleri destekleyen eylem sebeplerine ilişkindir. Bir eylem lehine ve aleyhine üçer eylem sebebimiz bulunduğunu düşünelim. Lehine olan sebeplerin önemi sırasıyla 10, 5 ve 3 olsun. Aleyhte sebeplerin ağırlığı ise sırasıyla 9, 8 ve 7 olsun. Buradaki ağırlık veya önem metaforumuz mazur görülürse, lehte olan sebeplerden 10 ağırlığını taşıyan aleyhteki 9, 8 ve 7 ağırlığındaki sebeplere dayanarak hareket etmeme

⁴²¹ Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 383.

⁴²² *Ibid.*, s. 384.

⁴²³ *Ibid.*, s. 387.

⁴²⁴ *Ibid.*

yönünde sebep sağlar. Dolayısıyla, Gans'ın tespiti kabul edilirse, somut durumda muhatabın eylem lehine davranmaya karar vermesi gerekir. Oysa tartma metaforundan ve sebepler dengesinden çıkarılması gereken sonuç eylem aleyhindedir. Nitekim eylem aleyhine olan sebeplerin toplam ağırlığı, lehte olanların toplam ağırlığından fazladır.

İkinci olarak, dışlayıcı sebep niteliğindeki bir kuralın bu gücünden çatışan ve daha ağır bir başka ikinci düzey sebep dolayısıyla mahrum kalması mümkündür. Raz bu durumu bir dışlayıcı sebebin ancak başka bir ikinci düzey sebebin dışlayıcı sebebe ağır gelmemesi durumunda muhatabın belli sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınmasını gerektireceğini açıkça vurgulayarak kabul eder⁴²⁵. Kısacası, bir dışlayıcı sebebe dayanarak hareket etmek için sahip olduğumuz sebepler, dışlayıcı sebebe dayanmadan hareket etmek yönündeki sebeplere yenildiğinde, otoritatif direktifin dışlayıcı bir normatif gücünün olmayacağını söyleyebiliriz. Bu durumda ise Gans'ın kararların durumunun dışlayıcı sebeplerinkinden farklı olduğu yönündeki argümanı geçersiz hâle gelmektedir. Dışlayıcı sebebe dayanılıp dayanılmayacağı da, tıpkı kararlar açısından olduğu gibi, dışlayıcı sebebe dayanma ve dayanmama yönündeki sebeplerin tartışılmasıyla belirlenir. Ancak, neticede bir sebebe dayanma ve dayanmama yönündeki bu sebepler, yukarıda belirttiğimiz gibi, birinci düzey sebep niteliğinde değildir.

Zorunluluk ifade eden normların dışlayıcı niteliğine ilişkin olarak incelenmesi gereken son argüman psikolojik argümandır. Raz'a göre belli bir eylemi destekleyen sebeplerin başka ve çelişen bir eylemi destekleyen sebeplerden ağır olduğu durumlarda muhatap hiçbir güçlük çekmeden ağır gelen sebeplerin desteklediği eylemi gerçekleştirir. Ancak, dışlayıcı sebepler tarafından sebepler dengesinden dışlanan sebeplerin bulunduğu durumlarda, kişi dışlanan sebepler doğrultusunda davranmadığı için belli bir rahatsızlık hisseder⁴²⁶.

Gans'a göre bu argüman ilk öncülü yanlış olduğu için hatalıdır. Gans, bu argümanda dışlayıcı sebepleri nitelendirmek için kullanılan kriterin hem fazla geniş hem de fazla dar olduğunu düşünür. Ona göre, karmaşık duygular ve rahatsızlık birinci düzey sebeplerin çatıştığı durumlarda da ortaya çıkabilir⁴²⁷. Çünkü bir sebebin işaret ettiği

⁴²⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 47.

⁴²⁶ *Ibid.*, s. 41.

⁴²⁷ Gans, "Mandatory Rules and Exclusionary Reasons", op. cit., s. 387.

eylemi takip etmemenin yarattığı rahatsızlığın sebebi söz konusu sebebin ağırlığıdır⁴²⁸. Bununla birlikte, dışlayıcı bir sebebi takip ederek birtakım sebeplere dayanmaktan kaçınan kişinin her zaman bir rahatsızlık duyacağını düşünmek de mümkün değildir⁴²⁹.

Gans'ın bu konudaki eleştirilerine katılmamak elde değildir. Neticede kişinin sebeplerin işaret ettiği eylemi yerine getirmediği zaman psikolojik bir rahatsızlık hissetmesinin sebebi ideal koşullarda yapması gerekenlere tam olarak uygun davranmamış olmasıdır. Ağırlığı dolayısıyla yenilen veya dışlanan sebepler eylem sebebi teşkil etmeye devam eder⁴³⁰. Ayrıca, kişiler mümkün olması durumunda dışlanan sebeplere uygun davranmalıdır⁴³¹. İşte, rahatsızlık hissedilmesinin sebebi de bu dışlanan veya karşı sebepler karşısında hafif kalan sebeplere uygun davranmanın mümkün olmamasıdır. Bu konuyu biraz daha netleştirmek ve bu amaçla detaylı açıklamasına girmekten kaçınmak zorunda olduğumuz kavramsal bir çerçeve yaratmak istiyoruz.

Somut durumda kişinin farklı eylem sebeplerinin gereğini yerine getirememesi dışlayıcı sebeplerin bulunduğu durumların dışında da ortaya çıkar. Örneğin, muhatabın kullanmadığı bir otomobili olduğunu düşünelim. Bu otomobili kızına verebilir ya da kamu yararına çalışan bir derneğe bağışlayabilir. Soyut gereklilikler âleminde hem kızının taşıt ihtiyacını karşılaması hem de kamu yararına çalışan bir derneğe destek olmak yönünde iki farklı norm bulunabilir. Bir başka deyişle, muhatabın her iki eylemi gerçekleştirmek için de sebebi vardır. Ancak, somut durumda yalnızca bir otomobili olduğu için bu soyut gerekliliklerin her ikisine birden uyamaz. Varsayalım ki kamu yararına ufak da olsa bir katkı sağlayacak olmak çocuğun otomobil ihtiyacından daha ağır bir sebep teşkil ediyor. Somut gereklilik, otomobili derneğe bağışlamasını talep eder. Ancak, muhatap kızını yarı yolda bırakmış, taşıt ihtiyacını karşılayamamış olmaktan kaynaklanan bir rahatsızlık hissedebilir. Oysa söz konusu olan çatışma birinci düzey sebepler arasındadır. Kısacası psikolojik argümanın dışlayıcı sebeplerin varlığını göstermeye yaramadığını kabul etmek gerekir.

⁴²⁸ *Ibid.*, s. 389.

⁴²⁹ Gans bu konuda yukarıda incelediğimiz Ann örneğine değinir. Bkz. *ibid.*, ss. 388-389.

⁴³⁰ Edmundson, "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's Practical Reason and Norms", *op. cit.*, s. 333.

⁴³¹ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 189.

Devam etmeden önce Gans'ın dışlayıcı sebepler lehine argümanlara eleştirileri hakkındaki nihai kararımızı verelim. Kanımızca, yalnızca psikolojik argümana yönelik eleştiri başarılı olmaktadır. Yukarıda diğer üç argümanın niçin başarılı olmadığını açıkladık. Bununla birlikte, psikolojik argüman Raz'ın dışlayıcı sebeplere ilişkin argümanları arasında ancak destekleyici bir argüman olarak görülebilir. Dolayısıyla, Gans'ın pratik değerlendirmelerde dışlayıcı sebeplerin önemini yadsımak adına geliştirdiği argümanların genel itibarıyla başarısız olduğu sonucuna varabiliriz.

Gans'ın en önemli eleştirilerinden bir tanesi dışlayıcı sebeplerin kapsamının ve tam olarak hangi sebepleri dışlayacağını belirlenmesinin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkindir. Raz'ın bu önemli soruyu cevaplandırmadığını belirten Gans, bir dışlayıcı sebebin kapsamının söz konusu kural lehine sahip olduğumuz sebeplerin, bu kuralı izlememiz hâlinde ihlal edeceğimiz, uyamayacağımız birinci düzey sebeplerin ağırlığına karşı tartılmasıyla belirleneceğini belirtir⁴³². Edmundson Gans'ın bu düşüncelerinden yola çıkarak, bir dışlayıcı sebebin hangi birinci düzey sebepleri dışlayacağını en nihayetinde birinci düzey sebeplerin tartılması neticesinde belirleneceği tespitinde bulunmaktadır⁴³³.

Biz daha önce bir kuralı dışlayıcı sebep olarak kabul etme yönündeki sebeplerin bir sebebe dayanarak (dışlayıcı bir sebebe dayanarak) hareket etmeye yönelik ikinci düzey (veya hatta bu anlamda üçüncü düzey) bir sebep olduğunu belirttik. Raz, ikinci düzey sebeplerin birinci düzey sebeplere ilişkin olmasını aramamaktadır. Bir kurala uymak, yani bir kuralın öngördüğü eylemi gerçekleştirmek yönünde sahip olduğumuz sebepler birinci düzey sebeplerdir. İkinci düzey sebeplerle birinci düzey sebeplerin birbirlerine karşı tartılması ise mümkün değildir. Bunun sebebi, birinci ve ikinci düzey sebeplerin farklı eylemlere ilişkin olmasıdır.

Eğer bazı birinci düzey sebeplere dayanmadan ve dayanarak hareket etmek için sahip olduğumuz sebepler ikinci düzey sebep niteliğindeyse, ne yapılacağına sahip olunan aynı seviyedeki bu sebeplerin tartılmasıyla karar verileceği doğrudur. Raz'ın dışlayıcı sebep düşüncesi açısından ikinci düzey sebeplerin arasındaki çatışmanın tartma

⁴³² Gans, "Mandatory Rules and Exclusionary Reasons", *op. cit.*, s. 385.

⁴³³ Bkz. Edmundson, "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's Practical Reason and Norms", *op. cit.*, s. 336.

yoluyla çözümlenmesinin hiçbir sakıncası yoktur. Raz dışlayıcı sebeplerin ancak başka bir ikinci düzey sebep tarafından yenilmediği sürece muhatabın belli birinci düzey sebeplere dayanarak hareket etmesinin önüne geçeceğini belirtmektedir⁴³⁴.

Raz'ın birinci düzey sebep-ikinci düzey sebep ayrımının Hart'ın birincil kural-ikincil kural ayrımına benzediğini belirtmiştik. Hart ikincil kurallardan “birincil kurallara ilişkin kurallar” olarak bahsetmekteydi⁴³⁵. Oysa birincil kurallara ilişkin kurallara dair kurallar da, yani bir üçüncü seviye de mevcut olabilir. Bir başka deyişle, hukuk sistemindeki kurallar birbirlerine ilişkin olmak yönünden ikiden fazla seviyeye ayrılır. Biz daha önceki bir çalışmamızda ikincil kuralların genel olarak “diğer kurallara ilişkin kurallar” olarak tanımlanması gerektiği görüşüne katılmıştık⁴³⁶. Raz ise ikinci düzey sebeplerin yalnızca birinci düzey sebeplere dayanma veya bunlara dayanmaktan kaçınma yönündeki sebepler olduğunu kesinlikle söylememekte, ayrıca bir nitelendirmeye gerek duymadan “sebeb” ifadesini kullanmaktadır⁴³⁷. Dolayısıyla, aynı sorunun Raz'ın birinci düzey-ikinci düzey sebep ayrımında mevcut olduğunu söyleyemeyiz.

Elbette, eğer ikinci düzey sebeplere ilişkin sebepler de ikinci düzey sebep olarak adlandırılacaksa, çatışan ikinci düzey sebeplerin tartılması konusunda temkini elden bırakmamak gerekir. Nitekim otoritatif bir kurala dayanarak hareket etme yönündeki sebebe de ikinci düzey sebep ismini vermekteyiz. Ancak, bu ikinci düzey sebep ve kuraldan kaynaklanan dışlayıcı sebep aynı seviyeden değildir. “İkinci düzey sebep” olarak adlandırılan sebeplerin arasındaki çatışmaların da düşük seviyeli ikinci düzey sebeplerden bazılarının dışlanması yoluyla çözülmesi mümkündür. Bir başka deyişle, biz esasen yalnızca iki değil, daha fazla sebep seviyesi bulunduğunu düşünüyoruz.

Gans'ın eleştirilerinin ikinci kısmı genel olarak dışlayıcı sebep kavramına odaklanır. Gans Raz'ın dışlayıcı sebeplerin fonksiyonuna ilişkin özensiz davrandığını öne sürer. Buna göre, Raz bazen dışlayıcı sebeplerin belli sebeplerin

⁴³⁴ Raz, “Reasons for Action, Decisions and Norms”, *op. cit.*, s. 132.

⁴³⁵ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 94.

⁴³⁶ Yahya Berkol Gülgeç, “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2017), s. 104. Bu görüşümüzün çıkış noktası için bkz. Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2011, s. 50.

⁴³⁷ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 39.

değerlendirilmesinin önüne geçtiğini, bazense belli sebeplere dayanarak hareket etmenin önüne geçtiğini söylemektedir. Gans’a göre bu sözcük seçimine ilişkin basit bir özensizlikten değil, kavramın kendisine ilişkin güçlüklerden kaynaklanmaktadır⁴³⁸.

Gans, Raz’ın tutarsız ifadelerini göstermek için Ann örneğine değinir. Gans’a göre Ann’in yorgunluğu teklifin esasına ilişkin sebeplere dayanarak hareket etmemeye yönelik değil, söz konusu değerlendirmeye hiç kalkışmamaya yönelik bir sebeptir⁴³⁹. Hatırlanacağı üzere, biz de Ann örneğinin muhatabın sahip olduğu birinci düzey sebeplere dayanmadan hareket ettiği durumlara uygun bir örnek olmadığını, Ann’in teklifi değerlendirmek veya değerlendirmemek yönünde sahip olduğu sebeplerin birinci düzey sebep niteliğinde olduğunu vurgulamıştık. Bununla birlikte, bu örneğin uygun bir örnek oluşturmaması, muhatabın birinci düzey sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçındığı durumlara tutarlı bir örnek gösterilemeyeceği anlamına gelmez. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi, Kanımızca asker Jeremy’nin örneği bu açıdan uygun bir örnek niteliği taşımaktadır. Gans, Jeremy örneğinden bahsetse de⁴⁴⁰, Jeremy’nin durumunu Ann örneği kadar detaylı bir biçimde ele almamaktadır.

Bazı durumlarda ise, otorite tarafından ihdas edilen bir kural, otoritenin epistemolojik üstünlüğü nedeniyle, kuralın uygulanacağı durumlara ilişkin başkaca sebepleri tespit etmemeye yönelik bir sebep teşkil edebilir. Ancak, Gans’a göre kurala tabi olan kişilerin kuralın konu aldığı eyleme ilişkin başkaca sebeplerin farkında olması mümkündür. Kuralın otorite tarafından toplumsal koordinasyon amacıyla çıkarılmış olması bu sebepleri değerlendirmemek için sebep teşkil etmez. Yalnızca kurala uyulmaması hâlinde toplumsal koordinasyonun zedeleneyeceği gerçeği bu sebeplere dayanarak hareket etmenin önüne geçebilir. Gans’a göre Raz bu tür detayları es geçmektedir⁴⁴¹. Gans burada toplumsal koordinasyonun zarar görebilecek olmasını birinci düzey bir sebep olarak görmektedir. Biz birinci düzey sebeplerin niçin daha zayıf sebeplere dayanarak hareket etmemek için sebep teşkil etmediğini daha önce açıkladığımız için, burada detaylı açıklamalara girmeyeceğiz.

⁴³⁸ Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 390.

⁴³⁹ *Ibid.*, s. 391.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, s. 374.

⁴⁴¹ *Ibid.*, s. 391.

Raz'ın dışlayıcı sebeplerin fonksiyonuna ilişkin farklı ifadelerde bulunduğu, dışlayıcı sebeplerin bazen belli sebeplerin dikkate alınmamasını, bazense bu sebeplere dayanarak hareket edilmesini ifade ettiği doğrudur. Ancak, Raz *Practical Reason and Norms* kitabına 1999 yılında dâhil ettiği “*Rethinking the Exclusionary Reasons*” (Dışlayıcı Sebepleri Yeniden Düşünmek) başlıklı ekte bu karışıklığa son vermeyi amaçlamıştır. Buna göre, dışlayıcı sebeplerin kolaylıkla belli sebepleri değerlendirmeme, onları hakkında düşünmemeye yönelik sebeplerle karıştırılabildiğini söyleyen Raz, dışlayıcı sebeplerin belli sebeplere dayanarak hareket etmemeye yönelik olduğunu net bir şekilde ifade etmiştir⁴⁴².

Gans, belli sebeplere dayanarak hareket etmemekle belli sebepleri değerlendirmemek, göz ardı etmek arasındaki farkın normatif açıdan önem teşkil ettiğini düşünmektedir. Bu önem Gans tarafından şu şekilde ifade edilir: “*Bazen bir muhatap bir sebebi göz ardı etmekte haklıdır, ancak bir kez onu değerlendirdiğinde ona dayanmamakta haksız olabilir*”⁴⁴³. Bazen ise belli bir sebebe dayanarak hareket etmemekte haklı olan muhatap sebebi yeterince dikkatli değerlendirmede için haksız olabilir. Zaman kazandıran veya zahmetten kurtaran (*labour-saving*) kuralların tipik niteliği muhataplara belli sebepleri değerlendirmeme yönünde sebep sunmalarıdır⁴⁴⁴. Gans'ın burada vurguladığı hususun zaman kazandırmaya yönelik veya zahmetten kurtaran kuralların her zaman muhatapın belli sebepleri göz ardı etmesini haklılaştıracağı değildir. Ancak, bu kurallar bu yönde muhataba bir sebep sunarlar. Sonuçta zaman kazanmak veya zahmetten kaçınmak için benimsenen bir kural, kişinin daha önce üzerinde düşündüğü yahut daha önce bu konu üzerinde düşünen bir otoritenin değerlendirdiği sebepleri göz ardı etmek, onları tekrar değerlendirmemek için sebep sunmazsa ne işe yarar? Böyle bir kuralın benimsenme sebebi bu değil midir?

Gans karar ve kuralların kimi zaman belli sebeplere dayanarak davranmama yönünde sebep sunabileceğini kabul eder. Ancak, ona göre bunlar özel bir sebep kategorisi oluşturmaz; basit birinci düzey sebeplerdir. Diğer bir anlatımla, başka bir sebebe ağır gelen sebep nasıl yenilen sebebe dayanarak hareket etmemek için bir sebep

⁴⁴² Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 184.

⁴⁴³ Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 391.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

teşkil ederse, karar ve kurallar da aynı şekilde işler⁴⁴⁵. Gans'ın dışlayıcı sebep kavramını eleştirisinin özü budur.

Bu kısımda Gans'ın dışlayıcı sebep kavramına dair eleştirilerinin büyük bir bölümünün niçin kabul edilemeyeceğini ortaya koymaya çalıştık. Bu konuda son bir hususa daha değinmek isteriz. Emir, rehber kural, hukuk kuralı vb. arasında kurulan paralelliklerden türetilen argümanlara karşı çıkılarak Raz'ın eleştirilmesi mümkündür. Ancak, kanımızca hukuk kurallarının dışlayıcı sebep niteliği taşıdığı düşüncesinin hakkıyla incelenip yanlışlanabilmesi için meşru otorite fikrine de karşı çıkılmalı, meşru otoritenin niçin dışlayıcı sebeplerin kaynağı olamayacağı açıklanmalıdır. Meşru otoritenin direktiflerinin dışlayıcı sebep teşkil etmesi temel bir gerçeğe işaret etmiyor mu? Eğer bir konuda bir muhatap kendi değerlendirmelerine göre hareket etmektense başkasının dediğini yaparak daha rasyonel davranacaksa, sahip olduğu sebeplere dayanmadan, otoritenin değerlendirmeleri neticesinde ulaştığı karara göre davranması gerekmez mi? Elbette, muhatapın mutlaka kendi değerlendirmelerine göre hareket etmesi gereken durumlar olabilir. Yer yer bunların örneklerini vermeye, çerçevelerini çizmeye çalıştık. Ancak, bize öyle geliyor ki, meşru otorite ve dışlayıcı sebep arasındaki ilişki kopartılmadan, Raz'ın dışlayıcı sebep fikrini reddetmek mümkün olmayacaktır.

3. Edmundson ve *Practical Reason and Norms*'un İkinci Baskısı

Dışlayıcı sebep kavramına yöneltelen eleştiriler kapsamında William Edmundson'ın Raz'ın *Practical Reason and Norms* başlıklı kitabının ikinci baskısı hakkında yaptığı incelemeye de değinmek gerekir. Bu incelemeye Gans'ın eleştirilerinden hemen sonra yer vermemizin nedeni Edmundson'ın Raz'ın dışlayıcı sebep kavramını değerlendirirken Gans'ın görüşlerinden de yararlanmasıdır.

Edmundson'ın ilk olarak ele aldığı husus Gans'ın psikolojik argüman ismini verdiği, muhatapların dışlayıcı bir sebep neticesinde dayanamadığı sebepler dolayısıyla hissettiği rahatsızlık/huzursuzluktur. Edmundson, bizim de yukarıda yer vermiş olduğumuz gibi, Raz ve Gans'ın bu konudaki argümanlarını sırasıyla özetler. Ona göre,

⁴⁴⁵ *Ibid.*, s. 392.

hem Raz hem de Gans tanısal fenomenolojik testin (*diagnostic phenomenological test*) önemini abartmaktadır⁴⁴⁶. Bu tespiti biraz açacak olursak, insanın gündelik hayatındaki eylemlerinin bu psikolojik analizinin doğru bir tanı koyabileceği görüşü, iki düşünürün düşündüğü kadar doğru değildir. Raz'ın teorisinin inandırıcı olmak için tanısal olmasına lüzum yoktur. Dışlayıcı sebep kavramının Gans'ın "ölçülemezlik" (*incommensurability*) veya Perry'nin berlirsizliğe dayalı anlayışlarından daha iyi açıkladığı durumlar bulunmaktadır⁴⁴⁷.

Edmundson bu durumlara örnek olarak Raz'ın Jeremy örneğini ele alır. Buna göre, Jeremy gerçekten de üstünden gelen emri belli sebeplere dayanmasını engelleyecek bir biçimde algılar. Bu ise otoritenin karar kaldıran özüdür (*decision-removing essence*)⁴⁴⁸. Gans her ne kadar bir dışlayıcı sebebin kapsamının en nihayetinde birinci düzey sebeplerin tartılması neticesinde belirleneceği konusunda haklı olsa da, bu durum emri izleyen Jeremy'nin bu akıl yürütmeyi izlemesi gerektiği ve aksi takdirde emri takip etmesinin meşru olmayacağı anlamına gelmez⁴⁴⁹. Edmundson'a göre Raz'ın Gans'a verebileceği en iyi cevap, otoriteye yönelik Jeremy'ninkine benzer bakış açılarının tutarlı, yaygın ve samimi olduğu ve bu bakış açısının dışlayıcı sebep kavramıyla açıklanabileceğidir⁴⁵⁰.

Yeri gelmişken bu konudaki görüşümüzü açıklamak isteriz. Kanımızca normatif bir konuda, belli bir kavramın belli eylemleri açıklayabiliyor oluşunun bir önemi olamaz. Her ne kadar Raz başka bir yerde olan-olması gereken ikiliğinden mantıksal bir zorunluluk değil, bir "inanç" olarak bahsetse de⁴⁵¹, çalışmamız olandan olması gereken türetilmeyeceğini varsaymaktadır. Gans'ın eleştirilerine, dışlayıcı sebep kavramının bazı, belki de yanlış, eylemleri açıklayabileceği şeklinde verilecek bir yanıt, olması gereken perspektifinden değerlendirilmesi gereken bir durumu olan açılarından değerlendirmek olur. Neticede yanıt aradığımız husus Jeremy ve benzer durumdaki muhatapların ne yapması gerektiği ve eylemlerinin doğru olup olmadığı değil midir?

⁴⁴⁶ Edmundson, "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's Practical Reason and Norms", *op. cit.*, s. 335.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*, ss. 335, 336.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, s. 336.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Joseph Raz, "Kelsen's Theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*, C. 19, S. 1 (1974), s. 96.

Eğer öyleyse, dışlayıcı sebep kavramının Edmundson’ın değindiği bağlamdaki açıklayıcılığı, onu psikolojik veya sosyolojik bir kavram olarak elverişli kılarsa da, kavramın normatif yönüne ilişkin bir şey söyleyememektedir.

Edmundson’a göre, Raz’ın dışlayıcı sebep düşüncesiyle ilgili çözülmesi gereken iki sorun vardır. Bunlardan bir tanesi dışlayıcı sebep tarafından dışlanan sebeplerle, diğer birinci düzey sebepler tarafından yenilen sebepler arasındaki farkın açıklanmasıdır. Gans’a hak veren Edmundson “huzursuzluk” veya “rahatsızlık” hissinin bu farkı açıklayamayacağını vurgular⁴⁵². İkinci soru ise dışlayıcı sebeplerin birinci düzey sebepleri, eğer ağırlıkları dolayısıyla değilse, nasıl yenebildiğinin açıklanmasıdır⁴⁵³.

Edmundson’a göre dışlayıcı sebeplerin doğrudan eylem sebebi olmayıp, belli sebeplere dayanmaktan kaçınmaya yönelik sebepler olmasının tuhaf bir yanı, dışlayıcı sebeplerin birinci düzey sebeplerle doğrudan değil, ancak kısmi biçimde çatışabilecek olmasıdır⁴⁵⁴. Raz’a göre kısmi çatışmadan kasıt şudur: Belli durumlarda kişi dışlayıcı sebep tarafından dayanarak hareket etmesinin önüne geçilen sebeplere uygun davranabilir. Böyle durumlarda hem dışlayıcı sebebe hem de dışlanan sebebe uygun davranmak mümkün olabilir⁴⁵⁵. Bu durumlarda dışlanan sebebe ancak dışlayıcı sebebe uyulmasına müsaade edebilecek ölçüde uygun davranılabilir ve dışlayıcı sebebin dışlanan sebebi yenmesinden kasıt da budur⁴⁵⁶. Edmundson’a göre bu garip bir sonuçtur. Nitekim Raz’ın da kabul ettiği gibi⁴⁵⁷, olabildiğince fazla sebebi tatmin etme gereği kişinin en nihayetinde sebepler dengesine göre hareket etmesini, ancak dışlanan sebeplerden birine dayanmamasını talep eder⁴⁵⁸.

Kanımızca bu sonuç pek de garip değildir. Dışlayıcı sebebin fonksiyonu, her şey dikkate alındığında hangi eylemin gerçekleştirilmesi gerektiğine dair değerlendirmede bulunurken dışlayıcı sebeplerin dikkate alınmamasına ilişkindir. Dışlanan sebebe

⁴⁵² Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s Practical Reason and Norms”, *op. cit.*, s. 337.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 189.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ Joseph Raz, “Facing Up: A Reply”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), s. 1167.

⁴⁵⁸ Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s Practical Reason and Norms”, *op. cit.*, s. 338.

dayanarak hareket etmemek de eylemin dışlanan sebeplerin ağırlığı dikkate alınarak belirlenmemesi anlamına gelir. Ancak, bir kere dışlayıcı sebep dikkate alınarak yapılması gereken eylem tespit edildiğinde, muhatabın dışlanan sebebi ihlal etmeyecek şekilde hareket etmemek yönünde bir sebebi olamaz. Uymak ve uygun davranmak arasındaki farka dair açıklamalarımız hatırlanacak olursa, dışlayıcı sebepler belli sebeplere uyulmasının önüne geçmektedir, bu sebeplere uygun davranılmasının değil. Ancak, Edmundson bu gariplik bertaraf edilse dahi dışlayıcı sebeplere ilişkin başka sorunların bulunduğunu düşünür⁴⁵⁹.

Edmundson'a göre dışlayıcı sebep ve dışlanan birinci düzey sebepler arasında kısmi bir çatışmanın bulunduğu durumlarda bu çatışmanın her iki sebebi de tatmin ederek çözülmesi gerektiği düşüncesi her zaman geçerli değildir⁴⁶⁰. Edmundson örnek olarak çok aç olan bir muhatabı ele alır. Ona göre, açlık çeken muhatabın yemek için sebebi olması, hem hızlı hem de yavaş yemek yemesi için sebebi olması anlamına gelir. Nitekim belli bir yönde sebebe sahip olmak, sebebi tatmin edecek *herhangi bir* eylemi gerçekleştirmeyi gerektirir. Edmundson'a göre bu durumda sorulması gereken soru tam da hızlı yemenin mi yoksa yavaş yemenin mi daha önemli olduğudur⁴⁶¹.

Kanımızca bu argümanla ilgili sorun koşmak için sebebi olan ve aynı zamanda yavaş koşmak için sebebi olan kişinin, hızlı koşmak için ve yavaş koşmak için sebepleri olan kişiyle aynı durumda olduğunun varsayılmasıdır. Oysa mevcut durumda koşmak için sebebi olan kişi gerek hızlı gerekse yavaş koşarak sebebi doğrultusunda hareket edebilir. Bir başka deyişle, sebebin gerektirdiği eylem farklı şekillerde icra edilerek gerçekleştirebilir. Koşmak için sebebi olan kişinin hızlı koşmak için sebebi olduğunun düşünülmesi doğru değildir. Hızlı koşmak yalnızca sebebin gereğini yerine getirebilecek olan eylemdir. Şöyle düşünelim: Eğer hızlı koşmak için bir sebebimiz varsa, yürüdüğümüz veya yavaş koştuğumuz an bir gerekliliğe aykırı davranmış oluruz. Oysa koşmak için sebebi olan kişi yavaş koşarak hiçbir gerekliliği ihlal etmiş olmaz. Dolayısıyla, koşmak için sebebi olan kişinin hızlı koşmak için sebebi olduğu varsayılmamalıdır. Evet, belli bir yönde sebebi olmak, sebebi tatmin edecek herhangi bir eylemi gerçekleştirmeyi gerektirir. Ancak bu durum bu eylemlerinden yalnızca birini

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Ibid.*

gerçekleştirmek için sebebimiz olduğu anlamına gelmez. Eğer sahip olduğumuz sebep gerçekten de yalnızca yemek yemeye dairse, hızlı da yemek yiyebiliriz, yavaş da. Hangisinin önemli olduğunu ortaya koymamıza gerek yoktur.

Bu nedenle koşmak için sahip olunan sebep ve yavaş koşmak için sahip olunan sebep arasında kısmi bir çatışma vardır ve bu kısmi çatışma, Raz'ın önerisine uygun biçimde, yavaş koşarak çözülür. Kişinin yavaş koşmak için sahip olduğu bağımsız sebebin yanında bir de hızlı koşmak için sebebi varsa bu iki sebep arasındaki çatışma kısmi değil, tamdır. Nitekim hızlı koşan yavaş koşmamış olacak, yavaş koşan ise hızlı koşmamış olacaktır. Dolayısıyla hızlı koşmak için sahip olunan sebeple yavaş koşmak için sahip olunan sebep arasındaki çatışmanın, bu çatışma kısmi olmadığı için, sebeplerin ağırlığına göre çözülmesinde şaşılacak bir durum yoktur.

Edmundson'un Raz eleştirisindeki ikinci uğraşı amaçsal argümandır. Hatırlanacağı üzere, Gans'ın deyiimiyle amaçsal argüman kurallara dışlayıcı sebep muamelesi yapmamanın kurallara sahip olmanın amacını ortadan kaldıracağını ileri sürüyordu. Gans ise amaçsal argümanın kuralların dışlayıcı sebep olarak değil, mutlak sebep olarak görülmesini haklı çıkaracağını vurgulamıştı. Edmundson *Practical Reason and Norms* kitabında Raz'ın Gans'tan bahsetmeden bu iddiaya cevap verdiğini tespit eder⁴⁶². Buna göre, Raz amaçsal argümanın orijinal hâliyle nihai olmadığını kabul eder. Raz'ın endişesi Ann örneği gibi durumlarda dışlayıcı sebeplerin sebepler dengesine göre hareket etmeme yönünde değil de, sebepler dengesinin kişinin değerlendirdiği şekilde olduğu inancına dayanarak hareket etmemeye yönelik sebepler olarak anlaşılmasıdır⁴⁶³. Edmundson'a göre bu ikinci anlayış bertaraf edilmedikçe amaçsal argüman, akıl yürüten kişinin hatalı olma olasılığının bir kural veya otoriteyi meşru kıldığı durumların dışlayıcı sebepler üzerinden yorumlanmasına hizmet etmez⁴⁶⁴.

Bu endişeyi gidermek amacıyla, Raz orijinal argümanına üç önerme ekler: 1) sebepler en nihayetinde inanç değil, olgudur; 2) Tutsak İkilemi durumlarında öznel yorumun başarısız olmasının nedeni muhatabın sahip olduğu sebeplerin yargısına

⁴⁶² *Ibid.*, s. 341.

⁴⁶³ Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 197.

⁴⁶⁴ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 198; Edmundson, "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's *Practical Reason and Norms*", *op. cit.*, s. 341.

güvenmemesine yönelik sebepler olması değil, belli sebeplere uymaktan kaçınarak durumunu iyileştirmeye yönelik sebepler olmasıdır ve 3) davranış sebeplerine ilişkin nesnel veya öznel yaklaşımlardan birini tercih etmekte yarar vardır⁴⁶⁵. Bu anlamda dışlayıcı sebepler muhatabın sahip olduğunu *düşündüğü* sebepleri değil, nesnel bir bakış açısıyla sahip olduğu sebepleri dışlar⁴⁶⁶. Edmundson’a göre Raz’ın ekte geliştirdiği dışlayıcı sebep anlayışıyla ilgili iki temel sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, Gans’ın itirazı toplumsal koordinasyona ilişkin amaçsal argümanı da kapsar. Bir başka deyişle, ihtiyacımız olan şey ne olursa olsun tam koordinasyon değil, diğer değerler de dikkate alındığında “doğru” koordinasyonun sağlanmasıdır ve sorun bir kez bu açıdan kavrandığında, Raz’ın dışlayıcı sebep anlayışıyla Gans’ın “genel değer takdiri” (*overall appraisal*) yaklaşımı arasında pek bir fark kalmamaktadır⁴⁶⁷. Biz yukarıda Raz’ın anlayışıyla Gans’ın yaklaşımı arasındaki farkı ve Gans’ın dışlayıcı sebeplere ilişkin dört itirazından üçünün niçin başarısız olduğunu açıkladık. Burada bu sonuçları tekrar etmeyeceğiz. Ancak, şu kadarını söylemekte yarar var: Raz’ın teorisinde toplumsal koordinasyon argümanı dışlayıcı sebepleri dışlayıcı kabul etmek için mutlak sebebimiz olduğu anlamına gelmez. Toplumsal koordinasyon bir dışlayıcı sebebe dayanarak hareket etme yönünde ikinci düzey (ya da üçüncü düzey) bir sebepse, bu sebebe karşıt aynı seviyeden değer veya sebeplerin bulunması durumunda çatışan sebeplerin tartılarak çözülmesi gerekir. Ancak, bunlar dışlayıcı normatif güce sahip olup olmadığını değerlendirdiğimiz kuralın öngördüğü eylemi gerçekleştirmek ve gerçekleştirmemek yönünde sahip olduğumuz eylem sebepleriyle aynı seviyeden değildir. Dolayısıyla, farklı seviyeden eylem sebeplerinin ağırlıklarının birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir.

İkinci sorun ise ekteki amaçsal argümanın dışlayıcı sebeplerin Tutsak İkilemini çözeceğinin varsayılmasıdır. Öncelikle Tutsak İkilemi hakkında kısa bir açıklama yapalım. Tutsak İkilemi felsefe ve sosyal bilimlerde büyük tartışmalara yol açmış düşünce deneylerinden birisidir. Terim Albert W. Tucker tarafından John F. Nash’in

⁴⁶⁵ Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s Practical Reason and Norms”, *op. cit.*, ss. 341, 342.

⁴⁶⁶ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 198.

⁴⁶⁷ Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s Practical Reason and Norms”, *op. cit.*, s. 342.

alışmasına ilişkin bir konuşma sırasında dile getirilmiştir⁴⁶⁸. İkilem şöyle bir varsayımsal durumu esas alır: Suç ortağı olan iki kişi farklı odalarda ve iletişim kurmalarına izin verilmeyecek şekilde sorguya çekilir. Her ikisine de sunulan teklif aynıdır. Suçlular A ve B olsun. A, B aleyhine ifade verir, B aynısını yapmayıp sessiz kalırsa, B on yıl hapis yatacak, A serbest kalacaktır. B de A aleyhine ifade verirse her ikisinin beşer yıl hapis yatacağı bildirilir. Her ikisinin de diğeri hakkında ifade vermekten kaçınması durumunda birer yıl hapis yatacaklardır. Buradaki ikilem diğeri suçlu hakkında ifade verip vermemeye ilişkindir. A'nın bakış açısını ele alalım. A'nın çıkarına en uygun olasılık A'nın B aleyhinde ifade vermesi, ancak B'nin sessiz kalmasıdır. İkinci arzulanan sonuç ikisinin de sessiz kalması olur. Bu durumda A bir yıl hapis yatar. Üçüncü konumda A'nın ve B'nin birbiri aleyhine ifade vermesi (beşer yıl) en avantajsız konumda ise A'nın sessiz kalmasına rağmen B'nin A aleyhine ifade vermesi bulunur.

Bu ikileme ilişkin iddia şudur: A, B'nin ne yapacağından bağımsız olarak, B hakkında ifade vermelidir. Rasyonel eylem bunu gerektirir. Bu akla uygunluk şu şekilde açıklanır: Eğer A ifade verirse, B de vermelidir ki on yerine beş yıl hapis yatsın. Eğer A reddederse B ifade vermelidir ki bir yıl hapis yatmak yerine serbest kalabilsin. Aynı akıl yürütmeyeyle A'nın durumunda rasyonel olanın da ifade vermek olduğı gösterilebilir⁴⁶⁹. Bu sonucun tuhaf olduğı bir yön vardır. İkiisi açısından ortak iynin sessiz kalmak olduğı, alınan toplam cezaların bu durumda minimuma inecek olmasına rağmen, rasyonel kaldıkları sürece bu seçenek gerçekleřemeyecektir⁴⁷⁰. Bir başka deyişle, Tutsak İkilemine benzer durumları muhatapların kendileri için en iyi eylemi tespit etmesi nedeniyle herkes için ortak iynin gerçekleştirilmesi engellenmiş olur⁴⁷¹.

Raz, dışlayıcı sebepler olarak algılanan otoritatif direktiflerle Tutsak İkileminin çözülebileceğini düşünür. Raz'a göre Tutsak İkilemi gibi durumlar muhatapların belli bir eylemde bulunmak (ifade vermek) ve aynı zamanda bu durumu değıştirmek için

⁴⁶⁸ Martin Peterson, "Introduction", in *The Prisoner's Dilemma*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 1.

⁴⁶⁹ Bkz. *ibid.*, s. 2.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Edmundson, "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's Practical Reason and Norms", *op. cit.*, s. 342.

sebepleri olan durumlardır. Ancak, bu durumu kendi başlarına değiştiremezler⁴⁷². Bir başka deyişle, koordinasyon gerekliliği otoritenin direktifleri sayesinde sağlanabilir⁴⁷³. Dikkat edileceği gibi, Tutsak İkileminde en rasyonel eylemin ifade vermek olmasını sağlayan husus suçluların birbirleriyle iletişiminin olmaması ve birinin diğerinin ne yapacağından emin olamamasıdır. Otoritatif direktifler ve hukuk kuralları ise bu koordinasyon eksikliğini gidererek, diğer kişilerin eylemlerini büyük ölçüde tahmin edilebilir kılar⁴⁷⁴. Muhatapların sahip oldukları sebeplerin dengesini gözetmeden “İfade verme!” kuralına uyması, yalnızca bir taraf açısından değil, iki tarafın da ortak çıkarı açısından en faydalı sonucun elde edilmesine olanak sağlar.

Edmundson Raz ile aynı fikirde değildir. Ona göre Raz’ın önerebileceği “İfade verme!” kuralının söz konusu ikilemi yalnızca gramatik açıdan dışlayıcı olan ve esasında sebepler dengesine dayanarak hareket etmeyi buyuran “Bencil olan veya olmayan bütün sebeplerin dengesinden başka bir şeye göre hareket etme” kuralından niçin daha iyi çözdüğü açık değildir. Hatta bir anlamda Tutsak İkilemi gibi durumlar muhataplar belli sebepleri, yani diğerleri açısından doğacak sonuçlara ilişkin sebepleri, göz ardı ettiği için ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁵. Bir başka deyişle, Tutsak İkilemi durumunda muhatapların sağduyu kaynaklı sebepler temelinde hareket ederek, ahlaki sebepleri göz ardı ettiği söylenebilir.

Tutsak İkilemi ilginç bir sorun olmakla birlikte, dışlayıcı sebepler açısından yürütülecek bir tartışmada ancak ikincil bir öneme sahiptir. Dışlayıcı sebeplerin Tutsak İkilemini sebepler dengesine ilişkin ilkedden daha iyi açıklamıyor olması, yalnızca bu argümanın dışlayıcı sebep kavramının amaçsal bir bakış açısıyla gerekçelendirilmesinde kullanılamayacağını gösterecektir. Dolayısıyla, Raz’a yöneltilen diğer eleştirilerin incelenmesiyle devam etmeyi uygun görüyoruz.

⁴⁷² Joseph Raz, “Authority and Justification”, *Philosophy & Public Affairs*, C. 14, S. 1 (Kış 1985), s. 17.

⁴⁷³ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 195.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ Edmundson, “Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz’s *Practical Reason and Norms*”, *op. cit.*, s. 342.

4. Postema-Raz Tartışması

Gerald J. Postema, Raz'ın dışlayıcı sebep kavramını eleştiren bir diğer düşündürdür. Ancak, Postema'nın eleştirileri Raz'ın dışlayıcı sebep kavramıyla sınırlı kalmaz. Eleştiriler genel olarak Postema'nın "otonomi tezi" ismini verdiği bir teze odaklanmıştır. Bu tezin temel ilkeleri genel olarak Raz'ın hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil ettiği yönündeki düşüncesiyle uyduğu için, Postema'nın eleştirileri, doğrudan Raz'ın çalışmalarına atıfta bulunmadığı yerlerde dahi, dışlayıcı sebep kavramına yöneltilmiş bir eleştiri olarak anlaşılabilir. Burada ilk olarak Postema'nın "otonomi tezi" ismini verdiği teze ve bu teze yönelttiği eleştirilere değineceğiz. Sonra Joseph Raz'ın bu eleştirilere cevaplarını ele alacağız.

a. Otonomi Tezi

Bir uyarıyla başlayalım. Postema'nın otonomi tezi ismini verdiği tez otorite-otonomi çatışmasındaki otonomiye atıfta bulunmaz. Otorite-otonomi tartışmasındaki otonomi, ahlaki öznenin kendi değerlendirmelerine göre karar verme sorumluluğuna ilişkindir. Bu eksenindeki tartışma bireyin nasıl olup da pratik değerlendirmesi bağlamında bir başkasının iradesine tabi olabileceğidir. Postema'nın otonomi kavramı ile ifade ettiği ise genel olarak hukuk, özel olarak hukuk kurallarının pratik değerlendirmede diğer normatif alanlardan bağımsızlığı ve onlarla bağlantısızlığıdır. Bir başka deyişle, buradaki otonomi hukukun, hukuk kuralının ve hukuki akıl yürütmenin otonomisidir, muhatabın değil.

Postema otonomi tezinin hukukun bazı temel niteliklerinin soyut bir tasviri olduğunu belirtir⁴⁷⁶. Bununla birlikte Postema otonomi tezinin hukuki pozitivizm ve atfedilen ayrılabilirlik tezi (*separability thesis*) ile özdeş görülmemesi gerektiğini önemle vurgular. Ayrılabilirlik tezi en genel biçimiyle hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantının bulunmadığını ifade eder⁴⁷⁷. Postema'ya göre her ne kadar otonomi tezi

⁴⁷⁶ Gerald J. Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 80.

⁴⁷⁷ Gardner, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *op. cit.*, s. 222. Bununla birlikte, göreceğimiz gibi ayrılabilirlik tezinin bu ifadesi olması gerekenden fazla geniştir. Biz son bölümde ayrılabilirlik tezinin kapsamını tespit etmeye çalışacağız.

de bir anlamda hukuk ve ahlakın ayrılığını vurgulasa da, ayrılabilirlik tezi kapsamında söz konusu olan ayrılığa ilişkin bazı iddialar, otonomi tezi kapsamında reddedilebilir. Örneğin, otonomi tezinin hukuki yükümlülüklerin bir tür ahlaki yükümlülük olup olmadığı konusunda agnostik davranması mümkündür⁴⁷⁸. Keza, otonomi tezini savunanlar hukuk teorisinin genel önermelerinin normatif veya *değerlendirici* (*evaluative*) açıdan nötr öncüllerden çıkarılması gerektiğini iddia etmek zorunda değildir⁴⁷⁹. Bununla birlikte, otonomi tezinin benimsediği hukuk-ahlak ayrımı “negatif pozitivizmin” (yumuşak pozitivizm) öngördüğü ayırmadan daha serttir. Yumuşak pozitivizm temel olarak ahlakiliğin hukukilik için zorunlu bir şart olmadığını ileri sürer⁴⁸⁰. Bununla birlikte, yumuşak pozitivizme göre ahlaka uygunluk bir normun geçerliliği için *hukuk düzeni* tarafından şart koşulabilir. Postema’ya göre, otonomi tezinin ihlal edildiği durumlarda yumuşak pozitivizme aykırı bir durumun olmaması mümkündür. Özetle, otonomi tezinin münhasıran hukuki pozitivizme ait bir tez olmadığı kabul edilmelidir⁴⁸¹.

Postema otonomi tezini oluşturan üç temel tez belirler. Bu tezler Postema’nın eleştirisinin Raz’ın dışlayıcı sebep kavramıyla bağlantısının kurulması açısından önemlidir. Bu temel tezlerden ilki *sınırlı alan tezidir* (*limited domain thesis*). Bu teze göre hukuk, hukuk uygulayıcıları (*officials*) ve vatandaşlar tarafından kullanılacak olan sınırlı alanlı eylem sebepleri belirler. Daha açık bir ifadeyle, belli bir konuda bir hukuk kuralının bulunması, muhatapların sahip olduğu sebepleri değiştirme gücüne sahiptir. Hukuk, muhataplarının sahip olduğu sebeplere eklemeler ve çıkarmalar yapar⁴⁸².

Otonomi tezinin altındaki ikinci temel tez kaynak tezidir (*sources thesis*). Bu teze göre, hukukun sınırlı alanındaki normlar ve sebepler değerlendirici (*non-evaluative*) veya ahlaki olmayan toplumsal olgular niteliğindeki kriterlere başvurularak belirlenebilir⁴⁸³. Bir başka deyişle, mevcut hukuk normu ve hukuki sebeplerin (hukuk kurallarından kaynaklanan sebeplerin) belirlenmesi sürecinde içerikten bağımsız

⁴⁷⁸ Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, s. 81.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, ss. 81-82.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, s. 82. Yumuşak (negatif) pozitivizmin temel iddiası için bkz. Jules L. Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, C. 11, S. 1 (1982), ss. 141-142.

⁴⁸¹ Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, s. 82.

⁴⁸² *Ibid.*, ss. 82-83.

⁴⁸³ *Ibid.*, s. 82.

kriterlere başvurulur. Kaynak tezi hukukun sınırlı alanındaki üyelerin belirlenmesi ve tespitine ilişkindir⁴⁸⁴.

Son tez üstünlük tezidir (*pre-emption thesis*). Postema Neil MacCormick'e atfen hukuki ve ahlaki akıl yürütmenin aynı türe (pratik akıl yürütmeye) mensup farklı cinsler olduğu görüşüne hak verir⁴⁸⁵. Ancak, Postema'ya göre hukuki ve ahlaki akıl yürütmenin ayrılığı bu şekilde kurulduktan sonra onların arasındaki ilişki hakkında bir şey söylememenin ciddi bir eksiklik olacağını belirtir⁴⁸⁶. Üstünlük tezi de bu noktada devreye girmektedir. Üstünlük tezinden daha önce Raz'ın çalışmaları doğrultusunda bahsetmiştik. Burada kısaca Postema'nın görüşlerini özetlemekle yetineceğiz.

Postema üstünlük tezinin Bentham gibi otonomi tezini savunan bazı yazarlarca benimsenmediğini, sınırlı alan ve kaynak tezlerine üstünlük tezini ekleyenlerin özellikle otonomi tezinin çağdaş savunucuları olduğunu belirtir. Bu yazarlara göre, eğer hukuk pratik rehberlik sunacaksa bunu yalnızca hukuki olan ve olmayanı ayırmaya yarayan bir test sunarak yapamaz; hukuki ve ahlaki değerlendirmeler arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Ayrıca, otonomi tezinin çağdaş savunucuları hukukun alanını belirleyen normların, hukuk uygulayıcılarının bu normları içsel bakış açısıyla kabul etmesiyle geçerli olacağı düşüncesini reddetmektedir. Onlara göre, hukuk normlarının hem hukuk uygulayıcıları hem de vatandaşlar üzerinde otorite iddia etmesi hukukun zorunlu bir unsurudur. Bu ise tek tek hukuk normlarının veya bütün olarak hukuk sisteminin bir tür ahlaki meşruiyete sahip olmasıyla mümkün olabilir⁴⁸⁷. Üstünlük tezine göre hukukun sınırlı alanındaki pratik akıl yürütme, olağan pratik akıl yürütmeye söz konusu olanlardan üstün eylem sebepleri yoluyla ayrılmaktadır⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, s. 83.

⁴⁸⁵ Neil MacCormick'in görüşü için bkz. Neil MacCormick, "Natural Law and Separation of Law and Morals", in *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. Robert P. George, Oxford: Oxford University Press, s. 130.

⁴⁸⁶ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, ss. 83-84.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, s. 84. Postema'nın yaptığı atıflardan da anlaşılabilceği gibi hukukun ahlaki meşruiyetine ve hem hukuk uygulayıcıları hem de vatandaşlar üzerinde otorite iddia etmesine ilişkin ifadeler Raz'ın görüşlerine atıfta bulunmaktadır.

⁴⁸⁸ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, s. 85.

b. Kaynak Tezinin Eleştirisi

Postema otonomi tezi altındaki kaynak tezine *Common Law* sisteminden yola çıkarak bir eleştiri geliştirmeye çalışır. Burada Postema'nın yoğunlaştığı nokta kaynak tezinin bir hukuk sistemindeki kaynakların tespitinde değerlendirici veya ahlaki kriterlere başvurmanın gerekmediği ve kaynakların tespiti için toplumsal olguların incelenmesinin yeterli olduğudur. Postema'ya göre, bir içtihadın tespiti için hukukçunun bir mahkeme kararının *ratiosunu* tespit etmesi gerekir. Bu ise büyük ölçüde kişinin makullük ve adalet anlayışına bağlı bir süreç olacaktır. Dolayısıyla ona göre bir *Common Law* içtihadının tespiti kaçınılmaz olarak değerlendirici olacaktır⁴⁸⁹.

Bununla birlikte Postema Raz'ın bu düşünceye itirazını da dikkate alır. Raz'a göre bir kararın *ratiosunun* tespitinin bu denli zor ve gizemli olduğu düşüncesi tuhaftır. *Ratio* mahkemenin kararının gerekçeleridir. Bu gerekçe ise kararın yazılı metninden çıkarılır⁴⁹⁰. Mahkemelerin çoğunlukla birden fazla yargıçtan oluşması, yargıçların sonuç üzerinde uzlaşmalarına rağmen gerekçe üzerinde uzlaşmayabilecekleri gibi hususları göz önüne alan Raz *rationun* tespitinin az çok nesnel ve formel ölçütlere dayanması gerektiğini düşünür. Kanunların yorumunda olabildiği gibi kararların yorumunda da farklılıklar ve güçlükler olabileceğini kabul eden Raz, yine de bir kararının *ratiosunun* tespitinin genellikle oldukça basit olduğunu vurgular⁴⁹¹. Sanıyoruz bu basitlik, mahkemenin gerekçede yer verdiği yazılı ifadelerin açıklığı şeklinde anlaşılmalı. Bu durumda kararın *ratiosunu* tespit etmek isteyen kişinin bir olgudan ibaret olan karar metnini okuması yeterli olacaktır. Bu sürecin değerlendirici veya ahlaki bir süreç olduğundan bahsedilemez.

Postema karar veren mahkemenin gerekçelendirmesiyle içtihadı oluşturan kararın olası en iyi gerekçelendirmesi arasında değerlendirici veya ahlaki süreç anlamında farklılık olabileceğini kabul etse de, ilk sürecin yine de kaynak tezinin göre değerlendirici bir süreç olarak görülmesi gerektiğini düşünür. Bunun sebebi ilk sürecin saf bir ampirik argümandansa yorumlayıcı bir yön içermesindendir. İchtihadı yaratan mahkemenin gerekçesinin yeniden inşası, mahkeme tarafından dile getirilmemiş

⁴⁸⁹ Bkz. *ibid.*, s. 96.

⁴⁹⁰ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 184.

⁴⁹¹ *Ibid.*

argümanların eklenerek boşlukların doldurulmasını gerektirebilir⁴⁹². Bu ifadelerden sonra Postema Raz'ın itirazını dile getirir ve bu itirazı değerlendirir. Öncelikle Raz'ın cevabını görelim.

Raz'ın cevabı Perry'nin dışlayıcı sebep kavramına getirdiği bir eleştiriye yöneltmiştir. Perry'ye göre dışlayıcı olmayan içtihat anlayışında önceki kararların gerekçesine belli bir önem atfedilir, ancak bu gerekçenin tespitin kendisinin değer-bağımsız olacağı iddia edilmez⁴⁹³. Çoğunlukla önceki kararın argümanlarının tekrar kurulması gerekir ki bu durumda yeniden inşaaya girişen kişinin ahlaki duyarlılıkları devreye girmek durumundadır⁴⁹⁴. Raz'a göre bu argüman başarısızdır. Bunun sebebi ise mahkemenin gerekçesini tespit edebilmek için kişinin mahkemenin akıl yürüttüğünü bildiği veya akıl yürüttüğüne inandığı şekilde düşünmesinin gerekmesidir⁴⁹⁵. Ancak, bunun nedeni kişinin ahlaki görüşlerinin doğruluğu değil, mahkemenin bu görüşte olmasıdır⁴⁹⁶. Bunun kaynak tezini çürüttüğü ise söylenemez. Çünkü mahkemeye aynı ahlaki görüşlere sahip olmayan kişi mahkemenin gerekçesini tespit etmeye çalıştığında kendi ahlaki görüşlerine başvurmadan bunu yapabilir⁴⁹⁷. Raz şu sonuca varır:

“Bu iki durumdaki akıl yürütmem aynı olduğu ve benzer görüşte olmayan mahkemenin gerekçesini yeniden inşa ederken kaynak tezine aykırı bir ahlaki akıl yürütmeye girişmediğim için benzer görüşteki mahkemenin gerekçesini yeniden inşa ederken kaynak tezini ihlal etmediğim sonucuna varılmalıdır”⁴⁹⁸

Postema'ya göre Raz'ın açıklamaları kabul edilemez. Bunun sebebi yorumcunun mahkemenin yeniden inşa edilmiş argümanına katılıp katılmamasının söz konusu argümanların kaynak tezi bakımından ahlaki veya değerlendirci olup olmamasıyla ilgili olmamasıdır⁴⁹⁹. Postema'ya göre bir kimsenin, değerlendirdiği görüşe katılmadan, bir fikir sistemi içinden pratik karar veya yargıya doğru akıl yürütmesi mümkündür. Ancak, bu akıl yürütmenin değerlendirci olmadığı anlamına gelmez⁵⁰⁰. Kaynak tezinin çözüm

⁴⁹² Postema, “Law's Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, s. 96.

⁴⁹³ Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *op. cit.*, s. 973.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ Raz, “Facing Up: A Reply”, *op. cit.*, s. 1207.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*, ss. 2007-1208.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, s. 1208.

⁴⁹⁹ Postema, “Law's Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, s. 97.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

ürettiği sorun ahlaki veya değerlendirci görüşlere katılmaya (*endorsement*) ilişkin değil, toplumsal etkileşimi yönetecek pratik kuralların hangileri olduğuna dair belirsizliktir⁵⁰¹.

Bu tespitlerden sonra Postema kaynak tezini savunanların olası bir cevabına yer verir. Buna göre, kişinin içtihadı tespit edebilmek için kendi ahlaki ve değerlendirci görüşlerine yer vermesinin gerektiği durumlarda içtihadın belirsiz olduğu ve tespit edilebilecek bir hukukun bulunmadığı kabul edilmelidir, tıpkı kanun koyucunun iradesine ilişkin belirsizlikler durumunda kanun açısından kabul edildiği gibi⁵⁰². Bu noktadan sonra önceki mahkemenin içtihadını tespit etmek için kendi ahlaki ve değerlendirci görüşlerine yer veren mahkemenin yaptığı hukuku tespit etmek değil, hukuk yaratmak olarak görülmelidir⁵⁰³. Postema'ya göre bu argümanın başarılı olması mahkemelerin önceki içtihadın yorumunda yaratıcı davrandığı, kendi değerlendirmelerini önceki gerekçenin yeniden inşasında dikkat aldığı durumların ne kadar sıklıkla gerçekleştiğine bağlıdır. Eğer bu tür durumların sık ortaya çıkmadığı gösterilebilirse, kaynak tezine yöneltile eleştirinin etkisi azalacaktır⁵⁰⁴. Ancak, Postema'ya göre, kaynak tezinin Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemleri için uygun olmadığı yine de kabul edilmelidir. Bu kabul edilse bile, bunun sonucu olarak hukukun fonksiyonlarından birinin toplumsal koordinasyon ve işbirliğini sağlamak olduğu iddiasından vazgeçilmelidir. Nitekim hukuk normunun belirsizliği toplumsal koordinasyon ve işbirliğini tehdit eder⁵⁰⁵. Bu belirsizlik ise, olgulardan yola çıkılarak giderilemeyecek, Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemlerinde mahkeme gerekçelerinin bu belirsizliği giderdiği iddia edilemeyecektir⁵⁰⁶.

c. Kaynak Tezinin Eleştirisi Hakkındaki Görüşümüz

Biz kaynak tezinin anlamını çalışmamızın son bölümünde toplumsal olgu tezini ele alırken ortaya koyacağız. Ancak, Postema'nın eleştirilerinin değerlendirilebilmesi

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, ss. 97-98.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, s. 98.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

için burada kısaca da olsa kaynak tezinin anlamını ortaya koymamız gerekir. Bununla birlikte, çalışmamız sert ve yumuşak pozitivizm arasında bir tercihte bulunmayacağı için, kaynak tezini ve toplumsal olgu tezi arasında bir tercihte bulunmayacağız. Burada Postema'nın eleştirilerine cevaben söylediklerimiz kaynak tezinin doğruluğunu savunduğumuz şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim bağdaştırma projesinin neticesinde ulaşacağımız geçerlilik anlayışı en nihayetinde hem toplumsal olgu tezini hem de kaynak tezini ihlal edecektir. Burada yalnızca Postema tarafından ileri sürülen eleştiriye ilişkin olası bir itirazı dile getirmekle yetineceğiz. İtirazımız kaynak tezinin belli hukuk sistemleri açısından yanlış olduğu iddiasına değil, içtihat nedeniyle söz konusu olan belirsizliğin hukukun toplumsal koordinasyon işlevinden vazgeçilmesini gerektireceği yönündeki iddiaya yönelecektir.

Hatırlanacağı üzere, Postema'ya göre içtihadın tespitinde yaratıcı davranılarak mahkemenin gerekçesinin değerlendirici ve ahlaki görüşlerle yeniden inşa edildiği durumlarla sık karşılaşılmadığı gösterilebilirse, kaynak tezinin *Common Law* sistemleri açısından geçerliliğini sorgulayan iddianın gücü azalacaktır. Ancak, bu durumda da hukukun toplumsal işbirliği ve koordinasyon sağlayıcı rolünden vazgeçmek gerekecektir. Nitekim belirsizlik baki kaldıkça hukuk bu fonksiyonunu yerine getirmekten aciz olacaktır. Kanımızca Postema'nın bu argümanını anlamak zordur. Hukuki belirsizlik konusu geçmişten bugüne hukuk ve yorum teorisinin önemli sorunlarından olagelmıştır. Bu konudaki en makul öngörü hukukun içeriğinin her daim bir ölçüde belirsiz olacağıdır. Bu noktada Postema'nın argümanı açısından sorulması gereken sorular şunlardır: 1) Kaynak tezinin tamamen geçerli olduğunu varsaydığımızda hukuki belirsizlik ortadan kalkacak mıdır? 2) Hukukun toplumsal işbirliği ve koordinasyonu sağlayabilmesi için tam bir belirlilik şart mıdır?

İlk sorunun cevabı önemlidir. Nitekim hukuki belirsizlik ve dolayısıyla hukukun toplumsal işbirliği sağlayıcı fonksiyonunun yerine getirilmesiyle kaynak tezinin bir ilişkisinin olmadığını gösterir. Varsayalım ki kaynak tezi tamamen doğru. Hukuki belirlilik sağlanacak mıdır? Bu sorunun yanıtı hayırdır. Çünkü çeşitli sebeplerle olgusal verilerin değerlendirilmesi konusunda da normun muhatapları açısından farklılıklar söz konusudur. Olgusal veriler yanlış değerlendirilebilir. Kimileri belli olguları değerlendirmekte daha avantajlı bir konumdayken diğerleri daha az avantajlıdır.

Örneğin, mahkeme içtihadının tespiti konusunda bu kararlarla daha haşır neşir olduğu söylenebilecek olan hâkimlerin ve avukatların, sıradan vatandaşlara göre çok daha başarılı olacağı düşünülebilir. Olguların değerlendirilmesi konusunda farklılıklar bulunduğu sürece hukukun belirsiz kalma tehlikesi devam etmektedir. Dolayısıyla, hukuki belirsizlik dolayısıyla hukukun toplumsal işbirliği sağlayan rolünün terk edilmesi gerekecekse bunun sorumlusu kaynak tezinin başarısı olamaz.

Toplumsal işbirliği ve koordinasyonun sağlanması, tıpkı hukuki belirlilik gibi, dereceli olarak yerine getirilebilecek bir gerekliliktir. Nasıl hukukun yüzde yüz belirli olması mümkün değilse, hukukun toplumsal koordinasyonu sağlama fonksiyonunu da tam olarak yerine getirilmesi beklenmemelidir. Bu durumda mühim olan husus az çok belirli olmak ve belli bir düzeyin üstünde toplumsal işbirliğini sağlamaktır. Hukuki belirlilik derecesi muhatapların hukuk normlarının içeriği hakkındaki fikir birliğini yansıtacağı için, toplumsal koordinasyon açısından önemlidir. Ancak, Postema'nın örneğine dönecek olursak, belli durumlarda (icthadın yaratıcı yeniden inşası) hukuki belirliliğin daha düşük olması hukukun koordinasyon sağlama fonksiyonundan vazgeçilmesini gerektirmez. Nitekim bu fonksiyon “ya hep ya hiç” şeklinde değerlendirilebilecek bir fonksiyon değildir.

d. Üstünlük Tezinin Eleştirisi

Postema kurumsallaştırılmış otonomi teorisinin belli durumlarda yargıçların hukuki görevlerini yerine getirirken hukukun sınırlı alanında tanımlı kural ve normların dışına çıkarak ahlaki değerlendirme ve ilkelere başvurmasına izin verdiğini belirtir. Kurumsallaştırılmış otonomi teorisine göre bu durum sınırlı alandaki norm ve kuralların ahlaki değerlendirme ve ilkelerin uygulanacağı konuda sessiz kalması durumunda meşrudur⁵⁰⁷. Ancak, Postema mahkemelerin kaynak temelli olmayan ilkelere başvurmak suretiyle kanunların uzlaşmış veya doğrudan anlamlarını veya yerleşik

⁵⁰⁷ *Ibid.*, ss. 98-99.

içtihatları bertaraf eden yorumlara başvurduklarını belirtir. Ona göre bu gibi durumlar üstünlük tezinin tasvirî yeterliliğine şüphe düşürmektedir⁵⁰⁸.

Bununla birlikte, Postema üstünlük tezinin bu sorunu aşabileceğini düşünür. Buna göre, dışlayıcı sebepler muhatapları ve konuları bakımından sınırlı kapsama sahiptir⁵⁰⁹. Eğer üstünlük tezinin bu görünüşteki ihlallerinin dışlayıcı sebeplerin muhatap veya konu bakımından dışında kaldığı gösterilebilirse, tezin hukuk uygulamasıyla uyum içinde olduğu iddia edilebilir⁵¹⁰. Muhatap açısından sınırlı kapsama dayanan bir argüman üstünlük tezinin hâkimler ve mahkemeler açısından değil, yalnızca vatandaşlar açısından geçerli olacağını iddia edecektir⁵¹¹. Ancak, Postema'ya göre bu argüman iki ciddi sorunla karşılaşır. İlk olarak dışlayıcı sebeplerin muhatap kümesinin bu şekilde sınırlandırılması tamamen keyfî görünmektedir⁵¹². Postema dışlayıcı sebeplerin kapsamının belli sebepleri dışlayıcı kabul etme yönünde sahip olunan sebeplere dayandığını ve dışlayıcı sebeplerin muhatap kümesini sırf hukuk uygulamasına uyumlu hâle getirmek için değiştiremeyeceğimizi vurgular. Bunun için normatif bir argüman gereklidir⁵¹³.

Buna karşın, dışlayıcı sebeplerin muhatap kapsamının bu şekilde sınırlandırılması ancak otonomi tezinin genel argümanı talep ederse mümkündür⁵¹⁴. Bu stratejiyle ilgili ikinci sorun da genel argümanın bu talepte bulunmayacağını düşünülmesidir⁵¹⁵. Postema'ya göre, hukuk kuralları ancak muhatapları onlara dışlayıcı sebep muamelesi yaparsa dışlayıcı olabilir. Mahkemelerin dışlayıcı sebeplerin muhatabı olmadığı kabul edilirse, vatandaşlar hukuk kurallarına bu gücü ancak mahkemelerin bu kurallara aynı gücü atfedeceğini düşündüğünde atfedecektir⁵¹⁶.

Postema'nın bu tespit için iki sebebi vardır. Ancak, bunları incelemeden önce katılamadığımız bir görüşü dile getirelim. Hukuk kurallarının ancak muhatapları onlara dışlayıcı güç atfederse dışlayıcı sebep teşkil edebileceği yönündeki tespit hatalıdır. En

⁵⁰⁸ *Ibid.*, s. 99.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*, ss. 99-100.

azından Joseph Raz dışlayıcı sebeplere dair böyle bir şarta yer vermemiştir. Kuralların normatif gücü, muhatapların onlar hakkındaki görüşüne bağlı değildir. Olandan olması gereken türetilmeyeceği gibi, bir olması gereken, örneğin hukuk kurallarının dışlayıcı gücü, salt olandan yola çıkarak ortadan kaldırılamaz. Belli kuralların dışlayıcı sebep olup olmadığının tespiti olgular âleminde yapılan bir gözlemle belirlenmemeli; olgular âleminde cereyan eden eylemler, normlara göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle, Postema'nın tarif ettiği durum kolaylıkla vatandaşların davranması gerektiği şekilde davranmadığı söylenerek açıklanabilir. Eğer dışlayıcı güç bahsedilmeyen kuralın etkisizlik nedeniyle geçersiz kılınmış olacağı iddia edilecekse de ortada dışlayıcı güce sahip olmayan bir kural bulunmayacak, nitekim kural varlığını yitirmiş olacaktır. Bu itirazı parantez içinde dile getirip mahkemelere hitap etmeyen bir kuralın niçin dışlayıcı sebep teşkil edemeyeceğine dair Postema'nın iddialarına gelelim.

Postema üç gözleme yer verir. İlk olarak hukuk uygulamasındaki farklı aktörlerin pratik değerlendirmeleri arasındaki karşılıklı bağımlılığa (*interdependence*) işaret eder. Bu bağımlılık yalnızca yatay biçimde vatandaşlar arasında değil, aynı zamanda dikey anlamda mahkemeler ve vatandaşlar arasında bulunur⁵¹⁷. Bu dikey bağımlılıkta kamusal önemleri ve otoritatif statüleri dolayısıyla mahkemelerin üstünlüğü söz konusudur. Dolayısıyla, vatandaşların hukuk normlarının içeriğine ilişkin anlayışları, hem bu normların mahkemeler ve hukuk uygulayıcıları tarafından nasıl anlaşılıp uygulandığına dair inancı hem de bu normların söz konusu yetkililerin pratik değerlendirmelerinde hangi yere sahip olduğuna dair inançlarının bir fonksiyonu olarak ortaya çıkar⁵¹⁸. Bir başka deyişle, vatandaşların hukuk normlarının içeriğine dair anlayışı, tamamen söz konusu normların uygulanması konusunda yetkililerin hangi bakış açısına sahip olduğuna ilişkin inançlarına bağlıdır⁵¹⁹. Postema'ya göre ikinci olarak vatandaşların hukuka uymak istediğini varsaymalıyız. Aksi takdirde, hukukun iddia edilen dışlayıcı gücü anlamsız olacaktır⁵²⁰. Vatandaşların hukuka uygun davranmak istemesinin nedeni ise kendi eylemleri ve hukuk uygulayıcılarının eylemleri arasında koordinasyon sağlamaktır⁵²¹. Üçüncü olarak, eğer vatandaşlar hukuka uymak

⁵¹⁷ *Ibid.*, s. 100.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

istiyorsa, mahkemelerin hukuka ilişkin olarak nasıl davranacağını tahmin etmeleri gerekir⁵²². Bu mahkemelerin hukuk kurallarına dışlayıcı güç atfetmediği genel olarak bilinirse, vatandaşlar da hukuk kurallarına dışlayıcı güç bahşetmeyecek ve her durumda ne yapacaklarına mahkemelerin karar verirken dikkate alacağı hukuk dışı ilke ve değerlendirmeleri de dikkate almak suretiyle sebepler dengesine göre karar vereceklerdir⁵²³. Son olarak Postema, hukukun kendisinden beklenen aracılık ve koordinasyon görevini yerine getirebilmesi için hukuk normlarının dışlayıcı gücünün vatandaşlar kadar mahkemeleri de kapsamı gerektiğini vurgular. Nitekim aksi hâlde, mahkemelerin kararına göre davranmak için sebebi olan vatandaşlar hukuk kurallarındansa mahkemelerin dikkate aldığı ilke ve değerlendirmeleri de gözeterek hareket edecektir⁵²⁴.

Postema'ya göre dışlayıcı sebeplerin konu bakımından kapsamının sınırlanması muhatap bakımından sınırlanmasından daha umut vericidir. Dışlayıcı sebeplerin kapsamının söz konusu normlara dışlayıcı güç atfedilmesi yönündeki argümanların bir fonksiyonundan meydana geldiğini vurgulayan Postema, otonomi tezinin genel argümanının hukuken tanınmış normlara bir dışlayıcı eşik tanımlayacağını belirtir⁵²⁵. Bu eşğin toplumdan topluma, menfaat çatışmaları ve toplumsal koordinasyonu tehdit eden ilkelere göre değişeceğine dikkat çeken Postema, Batı toplumlarında dışlayıcı sebepler tarafından dışlanması beklenenecek olan ilkelerin genellikle arz eden adalet, haklar, özgürlük gibi toplulukta hakkında derin anlaşmazlıklar olan ilkeler olacağını düşünür⁵²⁶. Bununla birlikte, mevcut kanunları ihmal eden veya bunları yaratıcı biçimde yorumlayan, içtihadı değiştiren kararların bu dışlanması gereken ilkelere atıfta bulunacağını vurgular⁵²⁷.

Postema bu durumda hukukun toplumsal koordinasyonu sağlama kabiliyetinin etkilenmeyebileceğinin ileri sürülebileceğini öngörür. Aksi argümana göre, mahkemelerin kanunları ihmal ettiği, onları yaratıcı bir şekilde yorumladığı veya içtihatların değiştirildiği durumlarda bu dışlanması gereken ilkelere yapılan atıflar

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*, s. 101.

⁵²⁵ *Ibid.*, ss. 101-102.

⁵²⁶ *Ibid.*, s. 102.

⁵²⁷ *Ibid.*

görece sınırlı kapsamda olursa, hukukun toplumsal koordinasyonu sağlama yetisi etkilenmeyecektir⁵²⁸. Mahkemelerin hukuk uygulayan ve hukuk yaratan faaliyetleri ayrılabilirdiği sürece toplumsal koordinasyonun sağlanması mümkün olacaktır⁵²⁹.

Postema'nın bu argümana itirazı mahkemelerin hukuk uygulayan ve hukuk yaratan faaliyetlerini ayırmanın çoğunlukla kolay olmamasına dayanır. Postema, Raz'ın da bu iki faaliyet arasındaki çizginin belirsizliğine vurgu yaptığını belirtir⁵³⁰. Raz'a göre çoğu durumda mahkemelerin hukuk yaratan kararlarının gerekçeleri ile hukuk uygulayan kararlarının gerekçeleri arasında bir benzerlik ve devamlılık bulunur. Hukuk yaratmada kullanılan kıyas argümanı mevcut hukuk kurallarının amaç ve gerekçesinin yorumlanmasını gerektirir⁵³¹. Raz'a göre bu durum hukuk kurallarının yorumlanmasında da aynı derecede önemlidir. Kısacası kıyas, hukuk yaratırken yeni hukuk ile mevcut hukuk arasındaki uyumu, mevcut hukuku yorumlarken belli bir kuralın koyucusunun güttüğü amaçlar doğrultusunda anlaşılması gerektiğini göstermek için kullanılır⁵³². Raz'a göre iki durum birbirinden farklıdır, ancak gerekçelerdeki bu benzerlik mahkemelerin çoğu zaman hangi fonksiyonu yürüttüklerini belirtme ihtiyacı duymamasını açıklamaktadır⁵³³. Hatta yalnızca zor davalarda değil, kolay davalarda da bu benzerlik korunmaktadır⁵³⁴. Postema buradan, mahkemelerin hukuk yaratıcı fonksiyonunun, hukukun toplumsal koordinasyonu sağlama yetisine zarar getirmeyecek biçimde yorumlanamayacağını çıkarır. Netice olarak, ahlaki ve hukuki akıl yürütmenin devamlı bir faaliyet olduğu ve bunların arasında teorik bir fark bulunmadığı kabul edilmelidir⁵³⁵.

Postema'nın argümanını şu şekilde özetleyebiliriz: Mahkemeler kanunların ihmalî, yaratıcı yorumlanması veya içtihadın değiştirilmesi durumlarında üstünlük tezi doğrultusunda ve toplumsal koordinasyonun sağlanması adına dışlanması gereken bir takım ilke ve değerlendirmelere yer verirler. Bu ilke ve değerlendirmeler mahkemelerin

⁵²⁸ *Ibid.*, s. 103.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, ss. 208-209.

⁵³² *Ibid.*, s. 208.

⁵³³ *Ibid.*, s. 209.

⁵³⁴ Raz, "Facing Up: A Reply", *op. cit.*, s. 1204.

⁵³⁵ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, ss. 103-104.

hukuk yaratıcı ve hukuk uygulayıcı fonksiyonlarını birbirinden ayırmanın güçlüğü nedeniyle, hukukun toplumsal koordinasyon sağlama yetisini köreltir.

Bu argümana karşı iki itiraz ileri sürülebilir. Bunlardan ilkinde göre, Postema somut durumda mahkemelerin faaliyetinden (eyleminden) yola çıkarak normatif bir sonuca ulaşmaktadır. Olgusal tespit şudur: Üstünlük tezi bazı değerlendirmelerin hukuki gerekçelendirme sürecinden çıkarılmasını gerektirse de mahkemeler bu tür değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu durumda Postema'nın tercihi, söz konusu faaliyetleri normatif bir bakış açısıyla değerlendirip, gerekirse eleştirmek değil; bir nevi önceliklik tezinin tasvirî yetersizliğinden yola çıkarak onun normatif değerini görmezden gelmek yönünde olmaktadır. Oysa üstünlük tezi normatif bir tezdur. Bu tezin aynı zamanda tasvirî olması elbette arzu edilebilir. Ancak, tasvirî başarısızlık normatif anlamsızlığa yol açmak zorunda değildir. Belki de mahkemeler kanunun sözünü ihmal edip, onların anlamını yorum yoluyla değiştirirken normatif bir ihlale imza atmaktadır?

Burada Postema'nın argümanını yanlış yorumluyor olabiliriz. Postema buradaki argümanının olandan olması gerekene sığmadığını, tamamen olana ilişkin olduğunu düşünmektedir⁵³⁶. Postema'nın açıklamalarının önemli kısımlarını doğrudan alıntılamaı tercih ediyoruz:

“Şimdi, Raz hukuk normlarının dışlayıcı sebepler gibi işlediğini iddia eder... Bu gücü normların temelinde yattığını iddia ettiği sebeplere dayanarak açıklar. Ona göre, bu sebepler dışlamanın kapsamını belirleyen... değerlendirmeleri de içerecektir ve bunların bütün ahlaki/değerlendirici hususları dışlamadığı durumların olabileceğini kabul eder... Dolayısıyla, mahkemelerin, hukuk normlarının bağlayıcılığını kabul etmekle birlikte, en azından bazen normları iptal etmek (*overruling*)... için dışlanmamış sebeplerle karşılaşacağını bekleyebiliriz. Bu nedenle... bunun -yargıçlar hukuku uygulama görevini ihlal ettiği için değil, daha ziyade tam da sorumluluklarını yerine getirmelerinden dolayı- yargısal akıl yürütmede pek de karşılaştığımız bir durum olmadığını iddia ediyorum. Kanımca sonuç Otonomi Tezi tarafından varsayılan kapsamlı dışlamanın Raz'ın Üstünlük Tezi tarafından iyi açıklanmadığıdır.”

E-postada alıntıladığımız “...yerleşik içtihadı... değiştirdikleri ya da kanunları yaratıcı bir biçimde yorumladıkları durumlarda mahkemeler... Otonomi Tezi lehine

⁵³⁶ Sayın Gerald Postema'ya bu konuyla ilgili 20 Mart 2019 tarihinde yazdığım e-postaya, 25 Mart 2019 tarihinde ayrıntılı bir yanıt yazdığı ve bu yanıtı alıntılamaı müsaade ettiği için minnettarım.

argümanın dışlanması beklememize yol açtığı türden ilke ve değerlere atıfta bulunurlar”⁵³⁷ ile Postema’nın yazısındaki “Öyleyse, eğer Üstünlük Tezinin maddi kapsamının sınırlanmasına yönelik, bilindik hukuk uygulamasına uygun bir argüman varsa, bu İkinci Kısım’da ele aldığımız fonksiyoncu argüman değildir”⁵³⁸ ifadeleri üstünlük tezinin hukuk pratiğini açıklamadaki yetersizliğine işaret etmekte, Raz’ın teorisinin açıklayıcı değerini tartışma konusu etmektedir. Bu durumda, olandan olması gereken türetildiği yönündeki itirazın öne sürülemeyeceği ve argümanın olgular âleminde kaldığı kabul edilebilir.

Bununla birlikte, üstünlük tezinin hukuk pratiğine uymadığını gösterebilmek için bir hususun daha netleştirilmesi gerekmektedir. Örnek gösterilen durumlarda mahkemeler gerçekten de otonomi tezinin dışlamasını bekleyeceğimiz ilke ve değerlere mi atıfta bulunmaktadır? Postema “bizinkisi gibi toplumlarda” demek suretiyle kastettiği Batı’da dışlayıcı sebeplerin değerlendirme dışı bırakacağı hususların adalet, hak ve özgürlük gibi kavramlara ilişkin değerlendirmeler olduğunu düşünür⁵³⁹. Aşağıda bu iddiaya Raz’ın vereceği yanıtı ele alacağımızdan burada tekrara düşmemek amacıyla herhangi bir açıklama yapmıyoruz.

e. Raz’ın Cevabı

Postema’nın eleştirilerinin sıhhati hakkındaki nihai kararımızı Raz’ın bu eleştirilere verdiği yanıtları ele aldıktan sonra vereceğiz. Bu kısımda öncelikle Raz’ın Postema’nın otonomi tezine yönelik eleştirilerine cevabını ele alacağız. Raz’ın spesifik cevap ve eleştirilerine geçmeden önce kendi düşüncelerini genel olarak Postema’nın otonomi tezi karşısında nasıl konumlandığını ortaya koymak isteriz.

(1) Otonomi tezinin eleştirisi karşısında Raz’ın konumu

⁵³⁷ Bkz. Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, s. 102.

⁵³⁸ *Ibid.*, s. 103.

⁵³⁹ *Ibid.*, s. 102.

Joseph Raz “*Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Reason*” başlıklı kitabının sonunda Postema’nın otonomi tezine getirdiği eleştirilerin kendi otorite teorisinin bazı zayıflıklarını ortaya çıkarıp çıkarmadığını inceler⁵⁴⁰. Bu amaçla Raz, öncelikle Postema’nın temel fikrini ortaya atar. Buna göre, Postema hukukun nihai arzusunun adalet olduğunu, bu yoldaki kısa süreli hedefinin ise kamusal siyasi yargıyı birleştirecek ve toplumsal etkileşimi koordine edecek bir pratik akıl yürütme çerçevesi sağlamak olduğunu düşünmektedir⁵⁴¹. Bu da Postema’ya göre hukuki akıl yürütmenin ahlaki ve siyasi akıl yürütmeden bağımsız, otonom bir akıl yürütme olması sonucuna yol açmaktadır⁵⁴².

Bu tespitte bulunduktan sonra Raz’ın amacı, Postema’nın ifade ettiği otonomi tezi karşısında kendisini konumlandırmaktır. Raz, ilk olarak hukukun nihai amacının adalet olmadığını, nitekim hukukun iyi olmak, yani olması gerektiği gibi olmak dışında tek bir ahlaki erdemi amaçlamadığını düşündüğünü belirtir. İyi olmaksa, her şeyin olması gerektiği gibi olması anlamına gelir. Yani, içerik anlamında belirli ve sınırlı bir nihai amaç söz konusu değildir⁵⁴³.

Hukukun kısa süreli hedefinin kamusal siyasi yargıları birleştirmek ve toplumsal koordinasyonu sağlamak için bir pratik akıl yürütme çerçevesi sunmak olduğu konusunda Raz, farklı olasılıklara dayanan bir inceleme gerçekleştirir. İlk olasılığa göre, hukukun kapsayıcı amacının siyasi yargıları birleştirmek ve toplumsal koordinasyonu sağlamak olduğu iddia edilmektedir⁵⁴⁴. Raz’a göre bütün hukuk sistemlerinin ve genel olarak hukukun tek bir kapsayıcı amacının olduğunu düşünmek için bir sebep bulunmamaktadır⁵⁴⁵. Ancak, Raz, Postema’nın bunu kastetmemiş olabileceğini öngörür. Postema’nın siyasi yargıları birleştirme ve toplumsal koordinasyon sağlamanın hukukun meşruiyetinin şartı olduğunu kastetmiş olabileceğini değerlendiren Raz, bunun da bir

⁵⁴⁰ Bkz. Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 373.

⁵⁴¹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 374; Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, op. cit., s. 80.

⁵⁴² Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 374; Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, op. cit., s. 80.

⁵⁴³ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 374.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, s. 374.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, s. 375.

hata olduğunu vurgular. Nitekim hukukun başka türlü ulaşılamayacak olan pek çok yararı, siyasi yargıları tekleştirip birleştirmeden sağlaması mümkündür⁵⁴⁶.

Bir diğer olasılık Postema'nın siyasi yargıları birleştirme ve toplumsal koordinasyon sağlama amacının hukukun tek amacı olmadığı, ancak diğer amaçların aksine tek evrensel amacı olduğunu iddia ediyor olmasıdır⁵⁴⁷. Raz'ın bu görüşe karşı çıkmasının üç sebebi vardır⁵⁴⁸. İlk olarak, hukukun doğası itibariyle sahip olduğu görevlerden birinin otorite iddia etmesi olduğunu düşünen Raz'a göre, Postema'nın bahsettiği görev veya amaç hukukun meşruiyet şartlarından biri olmadığı için, bütün hukuk sistemlerinin doğaları gereği sahip olduğu bir görev olsa dahi tek ve evrensel görev bu olmayacaktır⁵⁴⁹. Elbette, bu tespitin doğruluğu, Raz'ın bütün hukuk sistemlerinin otorite iddia ettiği tezinin doğruluğuna bağlıdır. İkinci olarak, toplumda siyasi yargıların birleştirilmesi ve tekleştirilmesinin iyi bir şey olduğunu varsaysak dahi bunun hukukun görevi olduğu, hukukun bu iynin elde edilmesinde katkısının olduğu açık değildir. Raz son olarak yargıdaki birliğin doğru yargının bir yan ürünü olduğunu vurgular. Bir konu hakkında doğru inançlara sahipsek aynı yargıya ulaşırız⁵⁵⁰. Ancak, bu kendi başına yargıdaki birliğin iyi bir şey olduğu anlamına gelmez. Nitekim yanlış inançtaki birlik arzu edilir ve iyi bir şey olmayabilir⁵⁵¹.

Bunun ardından Raz hukuki akıl yürütmenin otonomisine ilişkin görüşlerini ilan eder. İlk olarak iki otonomi tezinin ayrılması gerektiğini vurgular. Hukukun otonomisi ve hukuki akıl yürütmenin otonomisi farklı şeylerdir⁵⁵². Raz hukukun otonom olduğuna dair kendi kaynak tezinden türeyen bir iddiayı kabul eder. Buna göre, hukuk kuralının içeriğini ahlaki akıl yürütmeye başvurmadan belirlemek mümkündür. Bunun dışında hukukun içeriğini belirlemenin ötesine geçen bir hukuki akıl yürütmenin otonom olduğunu iddia etmez. Sonuç olarak, Raz hukuki akıl yürütmenin yorumlayıcı akıl

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*, ss. 375, 376.

⁵⁴⁸ Metinde Raz'ın dört husustan bahsettiği görülecektir. Ancak bunlardan ilki doğrudan Postema'nın anlayışına karşı çıkmamakta, diğer sebepler açısından bir başlangıç noktası oluşturmaktadır.

⁵⁴⁹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 376.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

yürütme gerektirmesinden ötürü otonom olamayacağını belirtir⁵⁵³. Raz'a göre, Postema'nın ifadeleri hukukun ahlak karşısında mı yoksa hukuki akıl yürütmenin ahlaki akıl yürütme karşısında mı otonom olduğu konusunda açık değildir⁵⁵⁴. Raz kendi bildiği tek otonomi tezinin hukukun içeriğine dair akıl yürütmeye ilişkin olduğunu ve bunun neticesinde aşağıda Postema'ya karşı belli görüşleri savunmasının Postema'nın eleştirdiği otonomi tezini savunduğu anlamına gelmeyebileceğini ifade eder⁵⁵⁵.

Bu noktadan sonra kısaca otonomi tezinin üç alt tezinden bahseden Raz sınırlı alan tezinin doğruluğunun aşikâr olduğunu vurgulayarak asıl ilginç olan tartışmaların üstünlük ve kaynak tezlerine ilişkin olduğunu belirtir⁵⁵⁶. Raz'a göre Postema'nın üstünlük tezine ilişkin anlayışındaki temel sorun bu tezin ahlaki ve hukuki sebepler arasındaki bir ilişki olarak algılanmasıdır. Oysa hukuki sebepler ancak ahlaken bağlayıcıysa normatif güce sahiptir⁵⁵⁷. Gerçekten de Postema'nın niçin üstünlük tezini spesifik olarak hukuk kurallarının muhataplarının ahlaki sebepleri dikkate almasını engellediği şeklinde anladığı belirsizdir. Hukuk kurallarının dışlayıcı normatif gücü pekâlâ sağduyu kaynaklı sebeplerin dikkate alınmasını da engelleyebilir. Hukuk kurallarının üstünlük tezi doğrultusunda toplumsal koordinasyonu sekteye uğratacak bütün değerlendirmeleri dışlaması zorunlu değildir. Raz'ın nihai tespiti üstünlük tezinin otonomi teziyle ilgili olmadığıdır⁵⁵⁸. Bununla birlikte, Raz üstünlük tezine Postema'nın dikkate almadığı bazı öncüllerin eklenmesiyle kaynak tezine ulaşmanın mümkün olduğunu kabul eder⁵⁵⁹.

(2) Genel (generic) argüman ve eleştirisi

Hatırlanacağı üzere Postema'ya göre otonomi tezi lehine genel argüman hukukun fonksiyonunun toplumsal işbirliği ve koordinasyonu sağlamak olduğunu

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*, ss. 377-378.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, s. 379.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, s. 380.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, s. 381. Bununla birlikte, Raz otoritatif bir direktifin ahlaken kusurlu olsa bile bağlayıcı olabileceğini ifade eder (*ibid.*, s. 381, dn. 19). Biz esasen Raz'ın bir hukuk kuralının ancak ahlaken bağlayıcı olabileceği düşüncesini paylaşmıyoruz. Ancak, bu konunun detayları bağlayıcılık kavramını ele alacağımız çalışmamızın son kısmında işlenecektir.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*, s. 382, dn. 21.

söylüyordu. Raz, Postema'nın toplumsal koordinasyonun önünde iki engel gördüğünü söyler: 1) Kişinin toplumsal işbirliğinde üzerine düşenin ne olduğunu belirlemesi ve 2) üzerine düşeni yapmaları konusunda kişilerin motive edilmesi⁵⁶⁰. Hukukun toplumsal işbirliği ve koordinasyonu sağlama noktasında yararlı olduğunu kabul etmekle birlikte, bu hususun otonomi tezi lehine bir argüman sunamayacağını düşünür. Raz'a göre hukukun toplumsal işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevi olduğunu göstermek için koordinasyon sağlamanın iyi olduğu, hukukun bu konuda alternatif yöntemlerden daha iyi olduğu ve toplumsal koordinasyonu sağlamanın yararından fazla zararı olmadığına gösterilebileceğini belirtir⁵⁶¹. Postema'ya göre de eğer kaynak tezi ve üstünlük tezi doğruysa hukukun bu konuda alternatif yöntemlerden daha iyi olduğu zaten doğrudur⁵⁶². Ancak bu noktada Raz, bunun otonomi tezi lehine bir argüman olmadığını, otonomi tezinden yola çıkılarak ulaşılan bir argüman olduğunu belirtir⁵⁶³.

Bu genel gözlemlerin ardından Raz'ın sorusu üstünlük tezinin motivasyon sorununu çözüp çözemediğidir. Raz'ın şüphelerinin kaynağında şu soru yatmaktadır: İnsanların yapmak yönünde motive olmadıkları şeyleri yapmaları ve yapmak için sebepleri olmayan eylemler açısından motive olmaları mümkündür. Bu durumda insanlar hukuka uymak için üstün sebeplere sahip olsalar dahi, bu hususun onları motive edeceği nasıl söylenebilir⁵⁶⁴?

Raz, Postema'nın ahlaken davranmaları gereken şekilde davranmak yönünde motive olan insanları ve hukuka uymak konusunda ahlaki bir yükümlülüğü olduğuna inanan insanları düşünüyor olabileceğini belirtir. Ancak, bu durumda da hukuk kurallarına uymak için üstün sebebin bulunmasının motivasyona bir katkısı bulunmamaktadır⁵⁶⁵. Motivasyon sorunu zaten ilk aşamada çözülmüştür. Dolayısıyla, insanlar üstün sebepleri olsun olmasın, hukuka uyacaklardır⁵⁶⁶. Bu nedenle de Raz üstünlük tezinin motivasyon engelini aşmakta bir katkısı olmadığını düşünür.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, s. 383

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, s. 385. Raz ayrıca insanların hukuka uymak için öncelikli sebebi olduğunu değil, hukuk ahlaken bağlayıcı ise böyle bir sebebe sahip olduklarını idda ettiğini belirtir (*ibid.*).

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, s. 386.

Daha önce gördüğümüz gibi Raz'a göre Postema'nın ifade ettiği şekliyle kaynak tezi doğrudur. Raz, kaynak tezinin ayrıca toplumsal koordinasyonun sağlanmasına yardımcı olacağını da kabul eder. Ancak, bu durum ortada gerçek bir toplumsal koordinasyon sorunu olduğu ve bu sorunu çözenin hukukun görevi olduğunu göstermekten uzaktır⁵⁶⁷. Aynı dili konuşmak, aynı nezaket kurallarını benimsemek toplumsal hayatın temel yapıtaşlarıdır. Bunlar da toplumsal koordinasyonu sağlar. Ancak, hukukun bunlara hiçbir katkısı yoktur⁵⁶⁸. Bununla birlikte, Raz hukukun görevinin başkaca bir belirleme yapmaksızın toplumsal koordinasyonu sağlamak olarak görülemeyeceğini, nitekim her türlü koordinasyon ve işbirliğinin iyi olmadığını vurgular. Dolayısıyla, söylenebilecek olan hukukun yararlı ve değerli olan koordinasyon ve işbirliğini sağlama fonksiyonuna sahip olduğudur⁵⁶⁹. Bu nedenle doğru çıkarım şu şekilde olmalıdır: Eğer kaynak tezi doğruysa, o zaman hukuk ancak değerli toplumsal işbirliğini diğer alternatiflerden daha iyi sağlayabilecekse ahlaken bağlayıcıdır⁵⁷⁰.

Kaynak tezinin genel argümanla ilişkisini incelemeye devam eden Raz, kaynak tezinin hukuki belirlilikle bir ilişkisi olup olmadığını değerlendirir. Olgusal sorunların çözümünün ahlaki olanlardan daha kolay olmadığını, bunlara ilişkin tartışmalı hususların daha az olmadığını düşünen Raz, kaynak tezinin hukuki belirlilikle bir ilişkisinin olmadığını vurgular⁵⁷¹.

Burada Raz'ın düşüncesini biraz açmamız gerekebilir. Kaynak tezi hukuk normlarının salt olgulara atıfla belirlenebileceğini, ahlaki veya değerlendirci hususların bu tespitin dışında bırakılabileceğini iddia ediyordu. Raz'ın vurguladığı, olgusal sorunlarla ahlaki sorunların çözümü aynı derecede zor olduğu için, kaynak tezinin hukuku daha belirli hâle getirmeyeceğidir. Elbette bu konuda Raz ile aynı fikirde olmayan düşünürler de bulunmaktadır. Örneğin, Hans Kelsen ahlaki değerlerin objektif olmadığını iddia eder⁵⁷². Keza değer çoğulculuğu da birden fazla nihai ve değerli

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.* Toplumsal koordinasyonun sağlanması noktasında bir resmî dilin benimsendiği hukuk sistemlerinin bir katkısının olduğu iddia edilebilir. Zaten Raz da hukukun bunlara hiçbir katkısının olmadığını iddia etmemekte, muhtemelen belli bir ülkedeki insanların aynı dili konuşuyor olmasını kastetmektedir.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, ss. 386-387.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, s. 387.

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., ss. 6-8.

amacın bulunabileceğini kabul eder⁵⁷³. Bu durumdaysa öznel doğruluk iddialarının çoğul ancak değerli doğrulardan ayrılması için kriterler geliştirilmesi gerekir. Kısacası, ahlaki nesnelliğin reddi ve değer çoğulculuğu ahlak alanındaki belirsizliği arttıracaktır. Dolayısıyla, olgusal sorunlarla ahlaki sorunların aynı kesinlikle çözülebileceği iddiasına karşı çıkılabilir. Bununla birlikte, normatif ve olgusal konular arasındaki kesinlik farkından yola çıkarak, değerlendirici kriterlere hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin belirlenmesinde başvurulmasının hukuki belirsizliğe ve en nihayetinde toplumsal işbirliğinin sağlanmamasına yol açacağı söylenemez. Mühim olan hukuki belirsizliğin ve işbirliği-koordinasyon eksikliğinin derecesidir. Kaldı ki, Raz'ın vurguladığı gibi kaynak tezi doğrudan toplumsal işbirliğine yönelmediği gibi bu tezin hukuki belirliliğe katkı sunduğu da söylenemez.

Raz ayrıca hukuki belirsizliğin her zaman istenmeyen bir şey olmadığını belirtir. Belirsizliğin kişi ve kurumlar üzerinde olumlu etkileri olabilmektedir⁵⁷⁴. Örneğin, Raz'a göre, belirsizlik kurallardan ziyade somut durumda adil olana göre karar verecek olan kurumlara yetki sağlamanın bir yolu olabilir. Her ne kadar genel olarak belirlilik hukukta arzu edilen bir şey olsa da onun hukuk açısından merkezî bir önemi olduğu düşünülmemelidir⁵⁷⁵. Neticede kaynak tezinin parçası olan şey belirlilik değil, nihailiktir. Hukukun doğası otorite idda etmesi, yani ahlaki ve diğer toplumsal sorunları çözdüğünü ileri sürmesidir⁵⁷⁶.

(3) Kaynak tezinin eleştirisine cevap

Hatırlanacağı üzere Postema kaynak tezine getirdiği eleştirinin genel argümandan, yani toplumsal koordinasyona ilişkin argümandan vazgeçilerek

⁵⁷³ Değer çoğulculuğu hakkında merkezî öneme sahip olan bir eser için bkz. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", in *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy, Oxford: Oxford University Press, 2002, ss. 166-217. Berlin negatif özgürlük anlayışına dayanan çoğulcuğun pozitif özgürlüğü benimseyen, evrensel ideallere yönelmiş otoritatif yapılardan yeğ olduğunu düşünür (*ibid.*, ss. 216-217).

⁵⁷⁴ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 387.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Ibid.*

savunulabileceğini düşünüyordu⁵⁷⁷. Raz, zaten genel argümana katılmadığı için Postema'nın burada ona yönelttiği bir eleştiri olmadığını belirtir. Ancak, bununla yetinmez. Ona göre, burada kimse için bir eleştiri yoktur. Nitekim Postema'nın gördüğü sorun aslında mevcut değildir⁵⁷⁸. Postema'ya göre sorun içtihat şeklinde konmuş bir kuralın içeriğinin tespitinin kimi zaman mahkemenin kararını yeniden inşa etmeyi gerektirmesinden kaynaklanır⁵⁷⁹.

Raz ilk olarak yalnızca *verili* gerekçenin dikkate alınması gerektiğini vurgular. Hâkimler karar verirken çoğunlukla belirttiklerinden başka sebeplere de dayanırlar, ancak bunlar mahkemenin kararının bir parçasını oluşturmaz⁵⁸⁰. Kararın bazı yönleri yalnızca ima edilir. Mahkemenin kararını yeniden inşa etme gereği de buradan doğar⁵⁸¹. Raz'ın bu durumun kaynak teziyle uyumlu olduğunu düşünmesinin nedeni, mahkemenin yürüttüğü akıl yürütme ahlaki olsa dahi, onu yeniden inşa edenin akıl yürütmesinin ahlaki olmamasına dayanır⁵⁸².

Postema bu noktadaki akıl yürütmenin ayırık (*detached*) olduğunu, yani akıl yürütmenin öznesinin akıl yürütmenin nesnesini onaylamadığını düşünür⁵⁸³. Raz ise burada ayırık bir akıl yürütmeden bahsedilemeyeceğini ileri sürer. Buna göre, ayırık akıl yürütme belli varsayımlardan sonuçlar çıkaran akıl yürütmedir⁵⁸⁴. Bununla birlikte, mahkeme kararını yeniden inşa eden kişi herhangi bir varsayımda bulunmamaktadır⁵⁸⁵. Raz, ayrıca, Postema'nın düşündüğünün aksine değerlendirici düşünmeye özgü bir akıl yürütme olmadığını belirtir⁵⁸⁶.

Raz'a göre Postema'nın itirazını değerlendirirken esas alınacak kriter nasıl akıl yürüttüğümüz değil, nasıl akıl yürütmemiz gerektiğidir. Bir başka deyişle, akıl

⁵⁷⁷ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, s. 98.

⁵⁷⁸ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 388.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, s. 97.

⁵⁸⁴ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 388.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, s. 389.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, ss. 389-390.

yürütmemizin başarılı olması için nasıl akıl yürütmemiz gerektiğini araştırmalıyız⁵⁸⁷. Raz ahlaki akıl yürütmede başarı kriterinin ulaşılan sonucun ahlaken meşru olması olduğunu belirtir. Bir mahkemenin kararını yeniden inşa ederken ise başarı ölçütü mahkemenin gerçekten de benimsediği gerekçelendirmeyi ortaya koyabilmektir⁵⁸⁸. Postema'nın bu hususu görememesinin sebebi hâlâ toplumsal koordinasyona dayanan genel argümanın etkisi altında kalmış olmasıdır⁵⁸⁹. Netice itibarıyla Raz kaynak tezinin toplumsal koordinasyon sorununa ilişkin olmadığını, hatta hiçbir soruna ilişkin olmadığını vurgular. Kaynak tezinin doğru olmasının nedeni ancak hukuka ilişkin asli bir niteliğe işaret etmesi olabilir, hukukun sahip olması yararlı olacak bir niteliğe değil⁵⁹⁰.

Bizim de yukarıda belirttiğimiz gibi, toplumsal işbirliği hukukun mükemmel düzeyde sağlaması gereken bir “iyi” değildir. Toplumsal işbirliği dereceler hâlinde gelir. Raz'ın belirttiği gibi, “iyi” veya “arzu edilir” olarak görülebilecek bir toplumsal işbirliği ne kadar sağlanırsa o kadar iyidir ve hukukun bu derecenin yükseltilmesinde oynayabileceği bir rol vardır. Ancak, çeşitli ve hatta hukukla ilişkili/hukuktan kaynaklanan (belirsizlik, muhatapların hukuka uymak konusundaki isteksizliği, hukuk kurallarının içeriğinin ahlaka aykırı olması vb.) sebeplerle toplumsal işbirliğinin mükemmel bir biçimde sağlanamaması Postema'nın incelediği kaynak ve üstünlük tezlerinin yanlışlığını gösteremez. Çünkü her şeyden önce 1) Raz'ın bu tezleri toplumsal işbirliğinin sağlanması amacıyla ilgisizdir ve 2) tezler toplumsal koordinasyon amacıyla ilgili görülse dahi, bu amacın yüzde yüz gerçekleştirilmesi gerekmez.

(4) Üstünlük tezinin eleştirisine cevap

Yukarıda Postema'nın üstünlük tezine eleştirisine göz atmıştık. Hatırlanacağı gibi Postema mahkemelerin hukuk kuralları tarafından belirlenmeyen ilke ve değerlendirmelere başvurabildiğini düşünmekte, dolayısıyla üstünlük tezinin bilindik hukuki uygulamaları açıklamakta başarılı olamadığını iddia etmekteydi. Buna göre,

⁵⁸⁷ *Ibid.*, s. 390.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ *Ibid.*

hukuk kurallarının üstünlüğünün muhatabı sınırlandırılarak mahkemeler bu kapsamın dışında bırakılmalıdır⁵⁹¹. Raz, Postema'nın kendi önerisine ilişkin iki itiraz sunduğunu tespit eder ve bunları ayrı ayrı inceler.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Postema ilk olarak üstünlük tezinin muhataplarının sınırlandırılmasının oldukça keyfi olduğunu ve bu önerinin normatif bir temele dayanmadığını ileri sürer⁵⁹². Raz ise Postema'nın mükemmel olamasa da iyi bir argümanı kötü bir argümanla değiştirmeyi önerdiğini düşünür. Teorilerdeki keyfi unsurların şüpheli olduğunu kabul eden Raz'ın temel itirazı hukukun üstünlüğü hakkındaki orijinal argümanın herhangi bir kurtarma girişimine muhtaç olmamasına dayanır⁵⁹³.

Raz'a göre üstünlük tezi kesinlikle mahkemeleri kapsamaktadır. Buna göre, mahkemeler yalnızca iki durumda konulmuş kuralları davanın taraflarına uygulamaktan kaçınabilir: 1) Kuralları değiştirme yetkisine sahiplerse ve 2) kuralları değiştirmek doğru olacaksa⁵⁹⁴. Buna göre, kuralları değiştirme yetkisi olmayan bir mahkeme üstünlük tezine tabi olarak kurallara göre karar vermek zorunda kalacaktır. Ancak, öyle bazı durumlar vardır ki yetki sahibi olunsu bile kuralları değiştirmek yarardan çok zarar getirir⁵⁹⁵. Raz bu durumlarda da mahkemelerin kuralları değiştirmemek için sebebi olduğunu, ancak bu sebebin üstün bir sebep (*pre-emptive*) olmadığını belirtir⁵⁹⁶.

Mahkemelerin hangi durumlarda konulmuş hukuk kurallarını değiştirme yetkisi olduğunu tespit etmek zor olabilir. Bu değerlendirmenin her hukuk sistemi için ayrı ayrı yapılması icap edecektir⁵⁹⁷. Raz, Poestema'nın mahkemelerin konulmuş kuralları değiştirme gücü olduğu alanlarda üstünlük tezinin onlara uygulanmadığını düşünmekte haklı olduğunu belirtir⁵⁹⁸.

⁵⁹¹ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, s. 99.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 391.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, s. 392.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*, s. 393.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

Raz'ın buradaki tespitleri kuşkusuz önemli ve kanımızca doğrudur. Ancak, detaylandırılması ve irdelenmesi gereken bir husus daha vardır. Mahkemeler konulmuş hukuk kurallarını değiştirme, ihmal etme veya iptal etme yetkilerini nereden alır? Sanıyoruz bu sorunun cevabı Raz'a göre açık olduğundan bu konuda bir açıklama yapmak gereği duymamıştır. Ancak, bu soru mahkemelerin kimi durumlarda bazı hukuk normlarının üstünlüğünden muaf olduğunun anlaşılması açısından önemlidir. Mahkemelerin görev ve yetkileri genellikle hukuk düzeninin konulmuş kuralları tarafından belirlenir. Kimi hukuk sistemlerinde ve istisnai olarak mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin kuralların örf ve adet kapsamında geleneksel biçimde ortaya çıktığı kabul edilebilir. Bu kabulde Raz'ın söylediklerini ve bizim düşündüğümüzü çürütecek herhangi bir şey yoktur. Nitekim neticede mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen husus farklı bir hukuk yaratma yöntemiyle konulmuş bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, eğer mahkemeler normalde değerlendirme dışı kalması gereken hususları dikkate alarak konulmuş kuralları değiştirebiliyor, ihmal veya iptal edebiliyorsa, bu yetkinin konulmuş bir hukuk kuralı tarafından öngörülmesi gerekir.

Şu durumda Postema mahkemelerin konulmuş kurallara göre dikkate alamayacakları değerlendirmelerle hukuk kurallarını değiştirip, ihmal veya iptal ettiğini iddia ederken, Raz bu değiştirme, ihmal ve iptal etme yetkisinin uygulanması sırasında dikkate alınan değerlendirmelerin üstünlük tezi kapsamında dışlanmadığını ileri sürmektedir. Bu durumda, eğer mahkemeler konulmuş bir kural tarafından belli kuralların üstün gücünden muaf tutulmuşlarsa, bu bağımsızlığın kapsamı da belirlenmiş olmalıdır. Bir başka deyişle, hangi değerlendirmelere başvurarak konulmuş hukuk kurallarının değiştirilebileceği, ihmal veya iptal edilebileceği de hukuk kurallarınca belirlenmelidir. Bu kurallara aykırı davranılan her durumda mahkemelerin hukuku ihlal ettiği söylenebilir.

Elbette, ileride tartışacağımız gibi, bazı durumlarda hukuk kuralına uymamak, hukuku ihlal etmek gerekir. Dolayısıyla, eğer mahkemelerin bir hukuk kuralını değiştirmek, iptal etmek, bir içtihadı değiştirmek veya kaldırmak için sahip olduğu ahlaki eylem sebebi yenilmemiş bir sebepse, mahkemelerin her şey dikkate alındığında gerektiği şekilde davrandığını söyleyebiliriz. Ancak, bu durumda üstünlük tezine, daha doğrusu meşru otorite tarafından konulan kuralların dışlayıcı normatif gücüne aykırı bir

durum yoktur. Nitekim bu sebeplerin “yenilmemiş” olması ya 1) hiçbir hukuk kuralının bu eylem sebeplerini dışlamadığı ya da 2) bu eylem sebeplerini dışlamayı amaçlayan, meşru otorite tarafından ihdas edilmiş bir kural olmasına rağmen, çatışan bir ikinci düzey sebebin ağır gelmesi dolayısıyla mahkemelerin hukuku ihlal etmesinin gerekçelendirilebilir olduğu anlamına gelir.

Daha önce bahsettiğimiz gibi Postema’ya göre eğer mahkemeler üstünlük tezi kapsamında değerlendirilmezse hukukun diğer muhataplar açısından üstün niteliğini koruması mümkün olmaz⁵⁹⁹. Postema hukuk kurallarının muhatapları onlara bu gücü bahşederse üstün olacaklarını düşünür⁶⁰⁰. Ayrıca, vatandaşlar ancak mahkemelerin de eksiksiz biçimde bunu yaptıklarına inanıyorlarsa hukuk kurallarına öncelikli güç tanımak bir sebebe sahip olabilir⁶⁰¹.

Raz ilk olarak hukuk kurallarının ancak muhatapları tarafından bu güce sahip oldukları kabul edilirse öncelikli olacağı tespitine yönelir. Raz, formüle edildiği hâliyle, bu ifadeye katılmaz⁶⁰². Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi, hukuk kurallarının öncelikli güce sahip olup olmadığı insanların bu konudaki inancına bağlı değildir. Bununla birlikte, bir hukuk sistemindeki kuralların genel olarak bağlayıcılığı, bu hukuk sisteminin muhataplarının geneli tarafından meşru bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesine bağlı olabilir⁶⁰³. Bu noktadan sonra Raz, Postema’nın sorusunu şu şekilde anlar: Hukukun genelinin meşruiyeti muhatapların geneli tarafından kabulüne bağlıysa, mahkemelerin önlerine gelen davalarda hukuku değiştirebiliyor olması muhatapların hukuku bağlayıcı kabul etmesini engeller mi⁶⁰⁴? Raz’a göre bir normun uygulandığı her an onun değiştirilebileceği veya ihmal edilebileceği bir an anlamına gelirse hukuk normunun varlığı sorusu anlamsızlaşacaktır. Raz eşyanın tabiatı gereği hukukun uygulandığı somut durumların yalnızca küçük bir kısmının mahkeme önüne geleceğini vurgular⁶⁰⁵. Bununla birlikte, Raz bir kanunun değişmesi kolaylaştıkça muhatapların o kanuna uymak konusunda daha az motive olacağını kabul eder. Bu nedenle de

⁵⁹⁹ Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, *op. cit.*, ss. 99-100.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*, s. 100.

⁶⁰² Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 394.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

mahkemeler belli bir hukuk normunun fazla kolay değiştirilmemesi için önlemler almışlardır⁶⁰⁶. Raz'a göre bütün bu hususlar belli bir pratik öneme sahip olsa da, teorik önemden yoksundurlar. Farklı insanların hukukun gereğini yerine getirmek konusunda farklı seviyelerde motive olacak olması ne onun normatif karakterine ne de meşruiyetine halel getirir⁶⁰⁷.

Kanımızca Postema'nın eleştirilerine Raz tarafından verilen yanıtlar genel itibariyle ikna edicidir. Raz ve Postema arasındaki tartışmadan şu önemli sonuçlara ulaştığımızı söyleyebiliriz: 1) Raz, Postema'nın genel argümanına katılmaz. Yani, hukukun belirleyici, tek veya evrensel amacı toplumsal işbirliği ve koordinasyonun sağlanması değildir. Bunun nedeni hukukun hedeflediği "iyi"ler kümesinin birden çok elemanının bulunması ve her türlü toplumsal işbirliğinin arzu edilir olmamasıdır. 2) Hukuki belirlilik ve kaynak tezi arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Kaynak tezi genel olarak hukuki belirlilik derecesinin arttırılmasında rol oynayabilecek olsa da, bu tez hukuki belirliliği sağlayacağı iddiasında değildir. Dolayısıyla, kaynak tezinin normatif veya tasvirî başarısı hukuki belirliliğe yaptığı/yapabileceği katkıya göre değerlendirilmemelidir. 3) Üstünlük tezi mahkemeleri kapsar. Bu anlamda, mahkemeler de hukuk kurallarının üstün normatif gücüne (*pre-emptive force*) tabidir. Mahkemeler hukuk kurallarını dışlayıcı sebep olarak kabul etmekten ancak söz konusu kuralları değiştirme yetkisine sahiplerse ve bu yetkiyi kullanmaları doğru olacaksa kaçınabilir. Mahkemelerin hangi durumlarda bu yetkiye sahip olduğu ve bu yetkinin sınırlarıysa pozitif hukuk düzeni tarafından belirlenir. 4) Bir otoritatif direktifin dışlayıcı sebep niteliğine sahip olup olmadığı, muhataplarının bu konudaki görünüşüne bağlı değildir. Aksi bir kabul olandan olması gereken çıkarılması anlamına gelecektir.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, ss. 394-395.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, s. 395.

5. Emran Mian'ın Eleştirileri: Otorite ve Dışlayıcı Sebep

Raz'ın otorite ve dışlayıcı sebep anlayışlarına eleştiri yönelten bir başka isim Emran Mian olmuştur. “*The Curious Case of Exclusionary Reasons*” makalesinde Mian'ın temel iddiası otonomi⁶⁰⁸ ve otorite tezlerinin bağdaştırılamaz olması değil, otonominin Raz'ın otorite anlayışına musallat olarak belki de dışlayıcı gücü imkânsız kıldığıdır. Mian ayrıca dışlayıcı gücün kavramsal olarak sorunlu olduğunu iddia eder⁶⁰⁹. Bu kısımda Mian'ın eleştirilerini ele alacak ve bu eleştiriler hakkındaki görüşlerimizi sunacağız. Mian'ın eleştirileri dört başlıkta toplanabilir: a. Normal Gerekleştirme Tezinin Eleştirisi, b. Koordinasyon Argümanının Eleştirisi, c. Yamalı Otorite Tezi ve d. Dışlayamayan Dışlayıcı Sebepler.

a. Normal Gerekleştirme Tezinin Eleştirisi

Mian normal gerekçelendirmenin iki şekilde anlaşılabilirliğini, ikincinin ilkinin bir alternatif değil, ek olduğunu düşünür. Buna göre, normal gerekçelendirme somut durumdaki tekil kurala ilişkin olabileceği gibi, bir kuralın ömrü boyunca birden çok duruma uygulanmasına, kurallar sistemine veya kümesine ilişkin de olabilir⁶¹⁰. İlk anlayışta mühim olan söz konusu kuralın kişinin sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayıp sağlayamadığıdır. Ancak, daha da önemlisi, eğer cevap olumluysa, bunun kuralın ikinci düzey bir sebep olduğu anlamına gelip gelmediğidir⁶¹¹. Normal gerekçelendirme tezinin ilk anlamına ilişkin sorun söz konusu kuralın, somut durumda muhatabın sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayacak olsa da, başka bir durumda aynı fonksiyonu yerine getirip getirmeyeceğinin bilinemeyecek olmasıdır⁶¹². Mian'a göre bu durumda kurala dışlayıcı güç atfedilemez, çünkü muhatabın her somut durumda birinci düzey sebepleri değerlendirmeye alması gerekecektir⁶¹³. Mian, Raz'ın bu noktada dışlayıcı sebeplerin gözden geçirilebileceğini ve baştan itibaren sınırlı

⁶⁰⁸ Artık otonomi kavramını Postema'nın otonomi tezi anlamında değil, muhatabın eylemleri hakkında yapması gerekene kendisinin karar vermesi, sorumluluk üstlenmesinin gerekmesi anlamında kullanıyoruz.

⁶⁰⁹ Emran Mian, “*The Curious Case of Exclusionary Reasons*”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. XV, S. 1 (Ocak 2002), s. 99.

⁶¹⁰ *Ibid.*, s. 105.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Ibid.*

kapsama sahip olabileceklerini söyleyebileceğini öngörür. Mian'a göre bu açıklama dışlayıcı güç anlayışının içini boşaltmaktadır. Mian bu tür bir dışlayıcı sebep anlayışının normatif gücü ağırlığına/önemine binaen belirlenen birinci düzey sebeplerden pek bir farkının kalmayacağını düşünür⁶¹⁴.

Mian'ın normal gerekçelendirme tezinin ilk anlamına ilişkin bu eleştirisinde iki temel sorun bulunmaktadır. Mian, muhatabın belli bir kurala dışlayıcı güç atfedebilmesi için sürekli birinci düzey sebepleri değerlendirmesi gerekeceğini ileri sürmekte ve bunun da dışlayıcı sebep kavramını anlamsız hâle getirdiğini iddia etmektedir. Oysa hatırlanacağı üzere, Raz en nihayetinde dışlayıcı sebeplerin dışlanan birinci düzey sebeplerin değerlendirilmesini engellemediğini, mühim olanın muhatabın dışlanan bu sebeplere dayanarak davranmaması olduğunu söylüyordu⁶¹⁵. Bir başka deyişle, eğer dışlanan birinci düzey sebepler dikkate alındığında, kuralın gösterdiği eylemden başka bir eylemin yapılması gerekirse, muhatap bu eylemi değil, yine de kuralın gösterdiği eylemi gerçekleştirmelidir. Yani, birinci düzey sebeplerin değerlendirilmesi dışlayıcı sebep tarafından engellenmez. Bu sebeplerin değerlendirilmesi muhatabın kurala dışlayıcı güç atfetmesini de engelleyemez. Bunun nedeni her şeyden önce normal gerekçelendirme tezinin ilk anlamının hatalı olmasıdır. Raz'ın normal gerekçelendirme tezi tekil kurallara ilişkin değil, otoriteye ilişkin bir tezdır. Bir başka deyişle, mühim olan otorite olduğu düşünülen makamın belli bir konuda koyduğu kurallara dışlayıcı güç bahşedilmesi durumunda muhatabın genel olarak sahip olduğu sebeplere daha iyi uyum sağlayıp sağlamayacağıdır. Bu ise o konuda muhatabın mı yoksa otoritenin mi daha uzman olduğu değerlendirilerek belirlenir.

İkinci olarak, bu itirazı bir kenara bırakacak olsak dahi, dışlayıcı sebep ve otorite teorisinin beklediği zaten muhatabın kendi yargısına değil, otoritenin yargısına güvenerek hareket etmesidir. Dolayısıyla, kişi birinci düzey sebeplere dayansa ve kuralın işaret ettiği eylemden farklı bir eylemin yapılması gerektiğine karar verse bile, kendi yargısına dayanarak değil otoritenin yargısına dayanarak hareket etmelidir⁶¹⁶.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 184.

⁶¹⁶ Bununla birlikte, otoritenin daha uzman olduğu konularda çıkardığı her otoritatif direktifin dışlayıcı güce sahip olacağını söyleyemeyiz. Daha önce dikkat çektiğimiz gibi, direktif açıkça hatalı ise, meşru otorite tarafından çıkarılsa bile dışlayıcı normatif güce sahip olmayacaktır.

Elbette burada etik anlamda açıklanması gereken bir durum vardır. Ancak, sırf bu duruma işaret etmek, kurallara dışlayıcı güç atfedilemeyeceği anlamına gelmez.

Buradan sonra Mian normal gerekçelendirme tezinin ikinci anlamını, yani kanımızca Raz'ın savunduğu anlamıyla normal gerekçelendirme tezini inceler. Raz, belli durumlarda muhatabın sahip olduğu sebeplere uymaya çalışmamasının ve bunun yerine otoritenin koyduğu kuralların gereğini yerine getirmesinin genel olarak muhatabın sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayabileceğini düşünür⁶¹⁷. Mian, Raz'ın düşüncesini şu şekilde algılamaktadır: Eğer belli bir konuda otoritenin ahlaki uzman olduğu gösterilebilirse, otoritenin o konuda çıkardığı kurallar açısından normal gerekçelendirme tezi doğrulanmış olur. Keza, genel olarak otoritenin ahlaki uzmanlığı gösterilebilirse, otoritenin o hukuk sistemi bünyesinde çıkardığı bütün kurallar açısından normal gerekçelendirme tezi doğrulanmış olur⁶¹⁸.

Mian bu düşünceye ilişkin iki itiraz öne sürer. İlk olarak otorite ahlaki uzmanlık iddia etse dahi, bu iddianın doğrulanabilmesi için muhatabın bağımlı sebeplere, yani kendi durumuna uygulanabilir olan birinci düzey sebeplere başvurulması gerekir⁶¹⁹. Buna ek olarak, otoritenin uzman olduğuna nihai bir biçimde karar vermek mümkün değildir. Zaman içinde koşullar değiştikçe bu konudaki kararın gözden geçirilmesi gerekir⁶²⁰. Bu ise ancak bağımlı sebeplerin yeniden değerlendirilmesiyle mümkün olacaktır⁶²¹.

Devam etmeden önce bir soruna değinelim. Bir kimsenin ya da kurumun uzman olduğuna karar vermek için konuyla ilgili sahip olduğumuz birinci düzey sebepleri doğru değerlendirdiğini tespit etmemiz gerekir mi? Burada açık bir akıl yürütme hatası olduğunu düşünüyoruz. Çünkü zaten bir konuda kendi yargımıza göre değil, uzmanın yargısına göre karar vermek için sahip olduğumuz sebep uzmanların söz konusu bağımlı sebepleri daha iyi değerlendirecek olmasıdır. Dikkat edilecek olursa mühim olan muhatabın belli bir kişi veya kurumun uzmanlığı hakkındaki inancı değildir. Eğer öyle olsaydı, muhatabın bu yöndeki inancı otoritenin uzman olduğuna inanmak ve inanmamak yönünde sahip olduğu sebeplere bağlı olacak, önceki inancının yanlış

⁶¹⁷ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 194.

⁶¹⁸ Mian, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", op. cit., s. 106.

⁶¹⁹ Ibid.

⁶²⁰ Ibid., ss. 106-107.

⁶²¹ Ibid., s. 107.

olduğuna karar vermesi durumunda otoritatif direktife dışlayıcı normatif g atfetmekten vazgeçmesi gerekecekti. Daha nce Raz’ın dışlayıcı sebeplere ilişkin öznel bir anlayışı reddettiğini belirtmiş ve mühim olanın nesnel anlamda muhatabın kendi değerlendirmeleri yerine otoritenin direktiflerini izlemesi durumunda sahip olduğu sebeplere daya iyi uyup uymayacağı olduğunu vurgulamıştık. Mian’ın önerisini kabul etmemiz durumunda yalnızca muhatapla aynı değerlendirmeyi yapanlar uzman olacak, yalnızca bu kişilerin direktifleri dışlayıcı sebep olarak kabul edilecektir.

Dolayısıyla, bir kişi veya kurumun belli bir konuda uzman olup olmadığını değerlendirmek için somut durum veya durumlarda birinci düzey sebepler dengesini doğru tesis etmesinden başka kriterlere ihtiyaç duyarız. Bu kriterlerin ne olduğu tartışılabilir. Raz’ın teorisinde bu kriterlere ilişkin yeterince tartışma gerçekleştirilmediği de iddia edilebilir. Ancak, bir kimse veya kurumun uzman olup olmadığını anlamak için sürekli birinci düzey sebeplere geri dönmemiz gerekeceği iddiası kabul edilemez. Bir örnekle açıklamaya çalışalım: Mehmet ve Ahmet muhasebecidir. Mehmet’in dört işlem konusunda kendisinden daha iyi olduğunu düşünen Ahmet hangi kritere göre buna karar verir? Belki Ahmet’in aksine Mehmet matematik alanında yüksek lisans yapmıştır. Belki lise ve niversite yıllarında Mehmet’in matematik notları Ahmet’in notlarından çok daha yüksektir. Bir ihtimal, Mehmet ileri zeklıdır ve bunu belgelendirebilmektedir. Yani, bir kimse veya kurumun belli bir konuda uzman olduğunu belirlemek için somut durumda veya genel olarak sahip olduğumuz sebepleri doğru değerlendirip değerlendirmedini sürekli sınamamız gerekmez. Joseph Raz’a göre de bir kimse veya kurumun uzmanlığına o kişi veya kurumun akıl yürütmesini, yani muhatabın sahip olduğu birinci düzey sebeplere dair değerlendirmelerini gözden geçirerek değil, genel olarak ulaştığı sonuçlar, vasıfları vb. hususları değerlendirerek karar veririz⁶²².

⁶²² Joseph Raz 29 Mart 2019 tarihinde bir sorumuza yanıt olarak gönderdiği e-postada şu ifadeye yer vermektedir: *“Eleştiride bulunanların hatası muhatabın belli bir konuda kimin daha uzman olduğuna ancak otoritenin akıl yürütmesini tekrar ederek karar verebileceğini düşünmeleridir. Eğer bu doğru olsaydı, kimse başka bir kimsenin belli bir alanda kendisinden daha uzman olup olmadığını bilemezdi. Beklendiği gibi, bir kimsenin bizden daha uzman olup olmadığına asla o kişinin akıl yürütmesini tekrar ederek karar vermeyiz. Sonuçlarını, niteliklerini vb. inceleyerek karar veririz”*. Raz’a değerli görüşleri ve e-postaya alıntılanamamıza izin verdiği için teşekkürü borç biliriz.

Açık hata durumunda meşru otoritenin direktifinin dışlayıcı güce sahip olamayacağını belirtmiştik. Bir hatanın açık olup olmadığının muhatabın kuralın ilişkin olduğu konudaki uzmanlık seviyesiyle ilintili olduğunu ve muhataptan muhataba değişeceğini ileri sürmüştük. Şimdi, somut durumda bağımlı sebeplerin değerlendirilmesinde açık bir hata olup olmadığı ancak otorite olduğu varsayılan kişi veya kurumun akıl yürütmesinin, yani bağımlı sebeplere ilişkin değerlendirmelerinin gözden geçirilmesiyle ortaya çıkabilir. Bu durumda bir kişi veya kurumun otorite niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin söylediklerimiz arasında bir çelişki olduğu düşünülebilir. Ancak, dikkat edilecek olursa, açık hata durumunda otoritenin direktifinin dışlayıcı normatif güce sahip olmaması, otoritenin meşru veya uzman olmamasından kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle de *meşru* otoritenin direktifinin dışlayıcı güce sahip olmadığından bahsetmekteyiz. Açık hata durumunda otoritenin bağımlı sebeplere ilişkin akıl yürütmesini değerlendirmek suretiyle karar verdiğimiz husus otoritenin uzman olup olmadığı değil, kuralı ihdas ederken değerlendirmelerinde açık bir hata yapıp yapmadığıdır. Açık hata yaptığına karar verdiğimiz kişi veya kurum uzmanlık niteliğini yitirmeyecektir.

Uzmanlık konusunda mühim olan husus, uzman olduğu makul sebeplerle kabul edilen kişi veya kurumun bu konumunun makul şüphe olmaksızın değerlendirilmemesidir. Aksi takdirde, o kişi veya kurumu uzman olarak belirlememizin bir anlamı kalmaz. Aksine, her durumda birinci düzey sebeplere dayanarak karar verir hâle geliriz. Netice itibarıyla, otoritenin uzmanlığını sürekli test etmemiz gerekmez. Ancak, bu testi gerçekleştirmemiz gereken anlar elbette olabilir. Bu anlarda da otorite olarak varsayılan kişi veya kurumun bağımlı sebeplere ilişkin değerlendirmelerini sınamamız şart değildir.

Şimdi Mian'ın ikinci itirazını ele alalım. Mian şu soruları sormaktadır:

“...eğer mevcut durumda bir kural sahip olduğum sebeplere daha iyi uymamı sağlamıyorsa bile, bu kural genel olarak hâlâ normal gerekçelendirme tezini sağlıyor mu ya da kurallar bütünü veya bunların parçası olduğu hukuk sistemi hâlâ normal gerekçelendirme tezini sağlıyor mu?”⁶²³

⁶²³ Mian, “The Curious Case of Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 107.

Mian'a göre eğer normal gerekçelendirme dışlayıcı güç için gerçek bir eşik olacaksa muhatap bu soruları sormaya devam etmek zorundadır. Mian ayrıca dışlayıcı güç düşüncesinin yasakladığının belli sebepleri değerlendirmek değil, onlara dayanarak hareket etmek olduğunu açıkça vurgular. Bunun sonucu olarak Mian bu yorumda dışlanan, değerlendirme dışı bırakılan sebeplere dayanarak hareket etme olasılığı hiçbir zaman dışlanmamaktadır⁶²⁴. Sanıyoruz Mian'ın ifadeleri şu anlama gelmektedir: Muhatap normal gerekçelendirme testinin hâlâ sağlanıp sağlanmadığını sürekli olarak kontrol etmek zorunda olduğu için, şartların sağlanmadığı durumlarda pekâlâ dışlanan sebeplere dayanarak hareket edebilir. Eğer bu yorum doğruysa, bu tespitte şaşılacak bir şey olduğunu söylemek zordur. Eğer normal gerekçelendirme tezi sağlanmıyorsa, kuralı koyan makam meşru otorite olarak görülemez. Dolayısıyla, bu makamın koyduğu kuralların dışlayıcı gücünden de bahsetmek mümkün değildir. Mian da bu açıklamaların Raz'ın dışlayıcı sebep teorisi açısından bir sorun teşkil etmediğini kabul eder. Ona göre, açıklamalar “dışlanma” ifadesinin “çatışan ağırlık”tan daha doğru bir tabir olduğunu sorgulattığı için değerlidir⁶²⁵. Mian'a göre, özellikle “otonomi şartı”, yani kişinin neticesinde yanlış karar verme riski olsa dahi kendi adına karar vermesinin değerli olduğu düşüncesi, çatışan ağırlık tabirinin daha doğru olduğunu göstermektedir. Nitekim Mian, Raz'a atıfla otorite iddiasının geçerli olabilmesi için bu iddianın karşıt iddianın ağırlığını aşan bir gerekçelendirmeye ihtiyaç olduğunu vurgular⁶²⁶. Kanımızca, Mian burada farklı çatışmaları birbirine karıştırmaktadır. Doğrudan eylem için sebep oluşturan olgularla, eylem sebeplerine ilişkin sebepleri birbirinden ayırmak gerekir. Gans, en nihayetinde bir kuralın dışlayıcı güce sahip olup olmadığının kural lehine birinci düzey sebepler değerlendirilerek kararlaştıracağını düşünmüştü⁶²⁷. İlgili yerde açıkladığımız gibi bu düşünce hatalıdır. Raz'ın ikinci düzey sebep tanımını dikkate alacak olursak, otorite ve otonomi arasındaki çatışmanın ikinci düzey sebepler arasındaki bir çatışma olduğunu, bunları destekleyen sebeplerin ise en nihayetinde belli sebeplere dayanmak yönündeki ikinci düzey sebepler olduklarını görürüz⁶²⁸. Raz'ın

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ *Ibid.* Raz'ın ifadesi için bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 57.

⁶²⁷ Bkz. Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 382.

⁶²⁸ Bir ikinci düzey sebebe dayanma veya dayanmama yönündeki sebeplerin “üçüncü seviye sebepler” olarak adlandırılabilceği düşünülebilir. Ancak, Raz'ın ikinci düzey sebep tanımı “belli sebeplere dayanarak veya dayanmayarak hareket etmeye yönelik sebepler” olduğu, Raz ikinci düzey sebeplerin birinci düzey sebeplere ilişkin olmasını zorunlu tutmadığı için, bu tür sebeplerin “ikinci düzey sebep”

teorisindeki hiçbir husus ikinci düzey sebepler arasındaki çatışmaların tartma yoluyla çözülemeyeceğini iddia etmez. Aksine, hatırlanacak olursa, Raz'ın ikinci düzey sebeplerle birinci düzey sebepler arasındaki çatışmaların tartma yoluyla çözülemeyeceğini düşünmesinin nedeni bunlar arasındaki seviye farkı, bir grubun eylemlere ilişkin, diğer grubunsa sebeplere ilişkin sebepler olmasıdır⁶²⁹. Her iki sebep de aynı düzeydence, aralarındaki çatışmanın tartma yöntemiyle çözülmemesi için bir sebep kalmamaktadır.

b. Koordinasyon Argümanının Eleştirisi

Mian'ın dışlayıcı güç teorisine ilişkin bir başka eleştirisi koordinasyon argümanına yönelir. Mian koordinasyon argümanını şu şekilde özetler: Hukukun bir fonksiyonu koordinasyon problemlerini çözmesidir. Bu nedenle de normal gerekçelendirme tezi uzmanlık temelinde sağlanmasa dahi, hukuk kuralları aracılığıyla muhatapların eylemlerini düzenlemek için bir sebebimiz bulunmaktadır⁶³⁰. Devam etmeden önce bir gözlemlerde bulunalım: Mian'ın koordinasyon argümanı yorumu sanki normal gerekçelendirme tezi sağlanmasa da hukuk kurallarına dışlayıcı sebep muamelesi yapmak mümkünmüş gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Bununla birlikte, Mian'ın bunu iddia edip etmediği belli değildir. Eğer bu iddia ediliyorsa, Raz'ın teorisine göre böyle bir şeyin mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Normal gerekçelendirme tezinin sağlanması bir hukuk sistemindeki kuralların dışlayıcı gücü için *sine qua non* şarttır.

Mian koordinasyon argümanına ilişkin birkaç hususa dikkat çeker. İlk olarak, argüman yalnızca koordinasyon ihtiyacının olduğu durumlara ilişkin olup, evrenselleştirilebilir değildir⁶³¹. İkinci olarak, argümanın gücü mevcut koordinasyon seviyesine bağlıdır. Bir başka deyişle, eğer koordinasyon hukuk dışı vasıtalarla belli bir

olarak adlandırılmasında sorun yoktur. Daha önce dikkat çektiğimiz gibi, mühim olan ikinci düzey sebepler arasında da birinci düzey ve ikinci düzey sebepler arasındakine benzer seviye farklarının olabileceğinin unutulmaması, her ikinci düzey sebep arasındaki çatışmanın tartma yoluyla çözülmeyebileceğinin akıldan çıkarılmamasıdır.

⁶²⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 46.

⁶³⁰ Mian, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", *op. cit.*, s. 108.

⁶³¹ *Ibid.*

seviyenin üzerine çıkarılmışsa, hukuk kurallarına dışlayıcı güç atfetmek için pek bir sebebimiz yok, her durumda daha zayıf bir sebebimiz var demektir⁶³². Mian son olarak her koordinasyonun değerli ve arzu edilir olmadığına vurgu yapar. Kendi ifadeleriyle, otoritenin etrafında koordine olunacak plan veya normu yanlış belirlemesi durumunda, genel olarak koordinasyon arzu edilir bir şey olsa dahi, plan veya kurala uymamak için sebebi var demektir⁶³³.

Mian daha detaylı tartışmalarla koordinasyon argümanını eleştirmeyi sürdürür⁶³⁴. Biz bu tartışmayı detaylı bir şekilde incelemeye gerek görmüyoruz. Nitekim daha önce de belirtildiği gibi, Raz koordinasyon argümanının (amaçsal argüman) hukuk kurallarının dışlayıcı gücünü kesin olarak temellendirmeyeceğini kabul etmiştir⁶³⁵. Ayrıca, Postema'ya cevabını incelerken de Raz'ın koordinasyon (işbirliği) argümanına bakış açısını görmüş, toplumsal koordinasyonu sağlamanın hukukun görevi olmadığını, en azından tek görevi olmadığını düşündüğünü belirtmiş ve dışlayıcı sebepler olarak hukuk kurallarının başka temelde gerekçelendirildiğinden bahsetmiştik. Genel olarak şu tespitte bulunabiliriz: Koordinasyon argümanı Raz'ın dayanmadığı veya dayanmaktan vazgeçtiği bir argüman olduğu için Mian'ın eleştirilerinin hayati bir önem taşıdığını düşünmüyoruz. Yalnızca belli yöndeki koordinasyonun arzu edilir olduğu, koordinasyon argümanının evrenselleştirilebilir olmadığı vb. hususlar zaten *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* kitabında Raz tarafından kabul edilmiş, hatta bu hususlar Raz tarafından Postema'ya karşı ileri sürülmüştür.

c. Yamalı Otorite Tezi

Yamalı otorite tezi şu sorudan yola çıkar: Otorite olduğu iddia edilecek olan kişi veya makamın bu otoritesi kişiden kişiye veya durumdan duruma değişir mi? Cevap olumludur. Raz, normal gerekçelendirme tezinin sağlanıp sağlanmadığının kişiden kişiye ve kişinin durumuna, sahip olduğu niteliklere göre değişebileceğini kabul

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*, ss. 109-112.

⁶³⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 198.

etmektedir⁶³⁶. Mian da bu yamalılık durumunun normal gerekçelendirme tezinin doğal bir sonucu olduğunu vurgular⁶³⁷. Mian, otoritenin ahlaki uzmanlığı nedeniyle belli bir direktifi dışlayıcı sebep olarak algılama yönünde, koordinasyon argümanı kapsamındaysa aksi yönde sebebimizin olduğu durumlarda bu sebeplerin normal gerekçelendirme tezinin sağlanıp sağlanmadığını tespit edebilmek için tartılacağını iddia eder. Bu durumda, yine, dışlamanın niçin tartılmak ifadesine tercih edildiği yazar tarafından anlaşılamamaktadır⁶³⁸. Daha önce belirttiğimiz gibi normal gerekçelendirme tezinin koordinasyon argümanı ile bir ilgisi yoktur. Belli kuralların dışlayıcı sebep olarak kabul edilmesi için pek çok sebep olabilir. Raz’a göre koordinasyon argümanı nihai (*conclusive*) bir argüman değildir. Ancak, elbette otorite ilkesinin, yani bir dışlayıcı sebebe dayanarak davranmak yönünde sahip olunan sebebin karşısına birinci düzey sebeplerin dengesine göre hareket etme yönünde bir sebep konabilir. Bu durumda söz konusu olan bu iki sebebin tartılması olacaktır. Bunun sebebi ise her iki sebebin de *aynı seviyeden* ikinci düzey sebep niteliğinde olmasıdır.

Bu noktadan sonra Mian Raz’ın “hakem örneği”ni ele alır. Öncelikle hakem örneği hakkında bilgi verelim. Raz, pek çok düşünürün bir otoritenin meşruiyetini kabul etmenin, belli bir eylem lehine ek bir sebep teşkil ettiğini düşündüğünü belirtir. Onlara göre, eğer bu ek sebep, sebepler dengesini belli bir yönde bozuyorsa, otoritatif direktif sebepler dengesine aykırı davranmak için bir sebep teşkil eder⁶³⁹. Raz’a göre otoritenin pratik akıl yürütmede oynadığı rolün bu şekilde açıklanması hatalıdır. Raz, bu hatayı göstermek için hakem örneğine başvurur. Buna göre, bir uyuşmazlığa taraf iki kişi bu uyuşmazlığın çözümünü bir hakeme bıraktığında, hakemin sahip olduğu otorite tarafların hakemin kararına uyma konusunda mutabık olmasından kaynaklanır. Bu örnekte, hakemin kararı taraflar için eylem sebebi teşkil eder. Ancak, bu sebep somut olayda mevcut olan diğer sebeplere ilişkindir⁶⁴⁰. Bu sebep, yalnızca diğerlerine eklenebilecek bir sebep değil, tarafların sahip olduğu sebeplerin değerlendirilmesi neticesinde ulaşılan sonucu yansıtan bir sebeptir⁶⁴¹. Hakemin kararının ikinci özelliği,

⁶³⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 73.

⁶³⁷ Mian, “The Curious Case of Exclusionary Reasons”, op. cit., s. 112.

⁶³⁸ *Ibid.*, s. 113.

⁶³⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 40-41.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, s. 41.

⁶⁴¹ *Ibid.*

değerlendirdiği sebeplerin yerine geçmesidir⁶⁴². Raz’a göre hukuki otoritenin oynadığı rol de hakemin rolüyle aynıdır. Buna göre, eğer bir otorite normal gerekçelendirme tezini sağlıyorsa, muhataplar otoritenin direktiflerinin teşkil ettiği sebebi, birinci düzey sebepler dengesinin yerine koymalıdır⁶⁴³.

Mian ise ilk olarak hakemin durumunda normal gerekçelendirme tezinin uygulanmayacağını vurgular. Hakem örneğinde tarafların hakemin kararıyla bağlı olmasını sağlayan husus tarafların rızasıdır⁶⁴⁴. Raz’ın normal gerekçelendirme tezinin hakem örneğindeki rızanın yerini aldığını iddia ettiğini belirten Mian, bunun tam doğru olmadığını, normal gerekçelendirme tezinin, rızanın yerini almakla birlikte, durumun dinamiklerini de değiştirdiğini vurgular. Buna göre aradaki fark, hakem örneğinde tarafların karar verme yetkisini otoriteye devretmiş olması, hukuki otorite durumunda ise böyle bir devrin bulunmaması, muhatapların hâlâ nihai karar verici konumunda kalmasıdır⁶⁴⁵.

Kanımızca burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Raz, eğer bir otorite normal gerekçelendirme testinden geçiyorsa, muhatabının söz konusu otoritenin direktiflerine dışlayıcı sebep muamelesi yapması gerektiğini söyler. Hakemin kararına uyulacağına dair karar verildiğinde, söz konusu kararın dışlayıcı nitelik taşıması gibi. Nasıl normal gerekçelendirme testini geçemeyen bir otoritenin direktifleri muhatapları açısından dışlayıcı sebep teşkil etmezse, kararına uyulacağına dair rıza gösterilmeyen hakemin kararları da taraflar açısından bu güçten mahrumdur. Mian’ın iki durum arasındaki farkı açıklamak için dayandığı argüman, Raz’ın normal gerekçelendirme tezinin her kişi açısından farklı nitelermelere elverecek şekilde tekrar sorulması gerektiğini söylemesidir. Mian’a göre bu durum nihai karar vericinin hâlâ muhataplar olduğunu göstermektedir⁶⁴⁶. Ancak, bu çıkarım uyumsuzluğun taraflarının hakeme rıza göstermeden önceki hâli için de yapılamaz mı? Söz konusu rızayı gösterip göstermemek konusunda tarafların değerlendirme yapması söz konusu değil mi?

⁶⁴² *Ibid.*, ss. 41-42.

⁶⁴³ *Ibid.*, s. 42.

⁶⁴⁴ Mian, “The Curious Case of Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, s. 113.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ *Ibid.*, ss. 113-114.

Bu noktada belki şu ileri sürülebilir: Hakem örneği ve normal gerekçelendirme tezini ayıran husus, otorite olma iddiasındaki makam veya kişinin bu iddia bakımından değerlendirmeye açık kalmasıdır. Bir başka deyişle, zaman içinde otoritenin artık sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayamayacağını düşünen muhatap, bu kişi veya makamın direktiflerine dışlayıcı güç atfetmekten imtina edebilir. Ancak, Raz'ın açıkça ifade ettiği gibi, hakemin kararları açısından da durum farklı değildir. Ne hukuki otorite ne de hakemin kararları mutlak eylem sebebi teşkil eder. Hakemin kararlarını belli durumlarda dışlayıcı kabul etmemek için sebebimiz olabilir⁶⁴⁷. Netice itibarıyla, Mian'ın bu konudaki eleştirilerinin de isabetli olmadığını, hakem ve normal meşrulaştırma tezine tabi otoriteler arasındaki farktan yola çıkarak Raz'ın dışlayıcı sebep ve otorite anlayışına kaydadeğer bir eleştiri yöneltilemeyeceğini düşünüyoruz.

d. Dışlayamayan Dışlayıcı Sebepler

Mian daha önce yaptığı eleştirilere dayanarak şunu sorar: Eğer bir kuralın dışlayıcı güce sahip olup olmadığını değerlendirmek için dönüp dolaşıp bağımlı sebeplere geri geliyorsak, dışlayıcı sebepler gerçekten hangi fonksiyonu yerine getirir⁶⁴⁸? Esasen Raz'ın bu soruya verdiği cevabın farkında olan ve bu cevaba daha önce değinen Mian, belki de dışlayıcı sebeplerin fonksiyonunun pratik akıl yürütmedeki değerlendirme (*deliberation*) safhası ve uygulama (*execution*) safhası arasındaki farkla açıklanabileceğini düşünür. Hatırlanacağı gibi Raz, dışlayıcı sebeplerin belli sebepleri değerlendirmeyi ve hatta mümkünse bu sebeplere uygun davranmayı engellemeyeceğini söylemişti⁶⁴⁹. Buna göre, dışlayıcı sebeplerin engellediği husus dışlanan sebeplere dayanarak hareket etmektir. Mian'ın burada gördüğü sorun uygulanacak olan kuralın sorgulanması olasılığının uygulama safhasında devam etmesidir. Şartlar değişebilir ve değerlendirme safhasına geri dönülerek kuralın normal gerekçelendirme tezini sağlayıp sağlamadığının tartışılması gerekebilir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 42.

⁶⁴⁸ Mian, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", op. cit., s. 117.

⁶⁴⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 184.

⁶⁵⁰ Mian, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", op. cit., s. 117.

Buradaki tespitlerde kavramsal bir hataya işaret edip değerlendirmelerimize devam edelim. Mian birden çok yerde⁶⁵¹ normal gerekçelendirme testinden geçmesi gereken kuralın kendisiymiş gibi yazmaktadır. Oysa normal gerekçelendirme tezi kurallar açısından değil, kuralları ihdas eden otorite açısından öngörülmüştür. Dolayısıyla, kuralın ilgili olduğu durumun koşulları her değiştiğinde kurala ilişkin bir değerlendirme yapmak icap etmez. Sonuçta kuralın değişen şartlara uyumlu hâle getirilmesi için değişikliğin gerekip gerekmediğine karar verecek olan da en nihayetinde uzman konumundaki otoritedir. Ancak, otoritenin genel olarak normal gerekçelendirme tezini sağlamasına sebep olacak kadar önemli değişikliklerin gerçekleşmesi, otoritenin meşruiyetinin genel olarak tekrar ele alınmasının gerektirebilir. Bu durumda geri dönecek olan yer bağımlı sebepler değildir. Otoritenin genel olarak muhatabın sahip olduğu sebeplere daha iyi uymasını sağlayıp sağlayamayacağı sorusudur. Bu soru ise uzmanlığın kriterleri ne olarak belirlenmişse, o kriterlerin değerlendirilmesiyle yanıtlanabilir. Kanımızca Mian, Raz'ı yanlış yorumlamaya devam etmektedir.

Bu hatalı değerlendirmelerine dayanan Mian, dışlayıcı sebeplerin iki anlamda bağımlı sebepleri saf dışı bırakmakta başarısız olduğunu düşünür⁶⁵². İlk olarak bağımlı sebepler yalnızca değerlendirme safhasında ortaya çıkar. İkinci olaraksa her zaman değerlendirme safhasına dönebilir. Mian'a göre dışlayıcı sebepler mutlak olmaktan uzaktır. Bunlar bağımlı sebepleri yapılandırır, ama ortadan kaldıramaz⁶⁵³.

Mian'ın son iki tespitine katılmamak mümkün değildir. Yani, 1) dışlayıcı sebepler mutlak sebepler değildir ve 2) dışlayıcı sebepler bağımlı sebepleri ortadan kaldırmaz. Zaten bu hususlar, yukarıda gördüğümüz gibi, Raz tarafından da kabul edilmektedir. Dışlanan sebeplerin sebep olma niteliğinde bir değişme olmaz. Ayrıca, öyle durumlar vardır ki dışlayıcı sebepler diğer ikinci düzey sebeplerle çatışmasında yenildiği için dikkate alınmamalıdır.

Bu noktadan sonra Mian tekrar kuralın işaret ettiği eylem için muhatabın sahip olduğu birinci düzey sebeplerle, kuralı kabul edip etmemek için sahip olunan sebepleri aynı kefiye koymaktadır. Hatta kuralın kendisinin kuralı benimsemek veya reddetmek

⁶⁵¹ Örn. Bkz. Mian, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", *op. cit.*, ss. 103, 105.

⁶⁵² *Ibid.*, s. 117.

⁶⁵³ *Ibid.*

için sahip olunan sebepleri dışladığını dahi iddia etmektedir⁶⁵⁴. İlk olarak, daha önce belirttiğimiz ve aşağıda detaylandıracağımız gibi, kurala dışlayıcı sebep muamelesi yapmak için sahip olunan sebepler ile kuralın işaret ettiği eylemi gerçekleştirmek için sahip olunan sebepler aynı kefeye konamaz⁶⁵⁵. İkinci olarak, Raz'ın teorisindeki hiçbir husus kuralın kendisinin, kendi lehine ve aleyhine olan sebepleri dışlayacağını söylememektedir. Dışlayıcı sebebin dışladığı muhatabın bir kurala dışlayıcı sebep olarak görmesi veya göstermemesi yönündeki sebepler değil, muhatabın belli bir eylemi gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemek yönünde sahip olduğu sebeplerdir. Basit bir örnekle durumu açıklamaya çalışalım. *K* kuralı “Bütün vatandaşlar günde maksimum 4 saat elektrik kullanabilir” demektedir. Muhatap *M*'nin sahip olduğu eylem sebeplerini iki gruba ayırabiliriz: 1) *M*'nin *K*'yi dışlayıcı sebep olarak görerek veya görmeyerek davranması yönündeki sebepler (yani kuralı bir otoritatif direktif olarak kabul edip etmemek yönündeki sebepler) ve 2) *M*'nin günde 4 saat elektrik kullanmak ve kullanmamak yönünde sahip olduğu sebepler. Elektrik tasarrufunun gerekliliği ve ideal tasarrufun ne şekilde olması gerektiği konusunda otorite *O*'nun, *M*'den daha uzman olması *M*'nin *K*'yi dışlayıcı sebep kabul ederek davranması lehine bir sebeptir. Kişinin ahlaken sorumlu bir birey olarak kendi değerlendirmelerine göre hareket etmesinin için değeri ise *M*'nin *K*'yi dışlayıcı sebep olarak kabul etmeden davranması lehine sebep sunar. Öte yandan, elektrik tasarrufunun gerekliliği *M*'nin aynı zamanda *K*'nin öngördüğü eylemi gerçekleştirmesine yönelik birinci düzey bir sebeptir. *M*'nin evde çalışması ve elektrik kullanımına yalnızca geceleri değil, gündüzleri de ihtiyaç duyması ise *M*'nin *K*'ye uymamak için sahip olduğu birinci düzey bir eylem sebebidir. Bu örnekte *K*'nin dışladığı *M*'nin evde çalışması ve diğer insanlardan daha fazla elektrik kullanımına ihtiyaç duymasından kaynaklanan sebeptir. *K*'nin dışlayıcı niteliğinin belirlenmesine dair sebepler dışlanmaz. Aksine, eğer *K*'nin ele aldığı konu otoritenin direktifini izlemektense kişinin kendi değerlendirmelerine göre karar vermesinin daha uygun olduğu bir konu olsaydı, *M*'nin otonomi ve otorite ilkelerinin ağırlığını değerlendirerek *K*'yi dışlayıcı sebep olarak kabul etmemesi gerekecekti.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, ss. 117-118.

⁶⁵⁵ Hatırlanacağı üzere, Gans'ın kuralı dışlayıcı kabul etmek için sahip olunan sebeplerin birinci düzey sebeplerle birlikte tartışılması önerisi de bu nedenle başarısız olmuştu.

6. Perry'nin Eleştirileri

Stephen Perry'ye göre, hukukun temel niteliklerinden bir tanesi, bir kimse, grup veya kurumun bir başkasına ne yapması gerektiğini söylemesidir⁶⁵⁶. Muhatabın otoritenin söylediğini yapmasının gerekmesi Kant'ın evrensel yasa koyucu olarak birey anlayışına dayanan etiğinden ayrı bir soruna yol açar. Nasıl olur da belli bir kişi, grup ya da kurumun emirleri başka bir kişi açısından yükümlülük doğurabilir? Perry'ye göre Joseph Raz'ın hukuk sistemlerinin zorunlu olarak otorite iddiasında bulunduğunu söylemesinde yanlış bir şey yoktur. Hukuk sistemi söz konusu iddianın altını dolduramasa, gerçekte muhataplarını ahlaken bağlama gücüne sahip olmasa dahi, bu iddiada bulunmayan bir sistem hukuk sistemi olarak görülemez⁶⁵⁷. Perry'nin temel amacı John Finnis ve Joseph Raz'ın devletin muhataplarını ahlaken yükümlendirme gücüne ilişkin düşüncelerini incelemektir. Ancak, bundan önce, siyasi otoritenin meşruiyeti ve hukuka uymak yönündeki genel bir yükümlülüğün varlığı arasındaki ilişkiye değinmek gerektiğini düşünür⁶⁵⁸. Biz de öncelikle bu konuda dikkat çekilen önemli hususlara değineceğiz ve daha sonra Perry'nin Raz'ın teorisine getirdiği eleştiriyi ele alacağız.

Perry'nin temel sorunsalı şu şekilde ifade edilebilir: Her ne kadar siyasi iktidarın meşruiyeti ile genel olarak bu iktidarın koyduğu normlara uyma yükümlülüğü arasında bir paralellik olsa da bu ikisi arasındaki kavramsal boşluk sanıldığından daha fazladır⁶⁵⁹. Bir başka deyişle, siyasi iktidarın koyduğu kurallara uyma yükümlülüğünün varlığı için iktidarın meşruiyeti her zaman yeterli olmayabilir. Perry'ye göre bu konudaki modern uzlaşma şu şekilde özetlenebilir: Hukuka uyma yönünde genel bir yükümlülük ancak ve ancak hukuk sistemine tabi olan herkes söz konusu hukuka sırf hukuk olduğu için uymak yönünde ahlaken yükümlü olduğu durumlarda mevcuttur⁶⁶⁰. Kişinin hukuka sırf hukuk olduğu için uyma yükümlülüğünün olması demek, kişinin hukuk öyle dediği için hukuken talep edilen eylemi gerçekleştirmeye sebebi olduğunu söylemekle aynı şey

⁶⁵⁶ Stephen R. Perry, "Law and Obligation", *The American Journal of Jurisprudence*, C. 50, S. 1 (2005), s. 264.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, ss. 265-266.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, s. 266.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, s. 267.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, ss. 268-269.

değildir. Perry'ye göre bunun sebebi, hukukun kişinin hukuka niçin uyduyuyla değil, uyup uymadığıyla ilgilenmesidir⁶⁶¹.

Perry daha sonra genel olarak hukuka uyma yükümlülüğünün hukuk sistemindeki hangi normlar için söz konusu olacağını tespit etmeye çalışır. Bilindiği gibi, günümüzde hukuk yükümlülüklerden veya gerekliliklerden ibaret bir fenomen olarak algılanmamaktadır. Austin'in emir temelli hukuk anlayışını eleştiren Hart hukukta yalnızca yükümlendirici normların değil, yetki verici normların da olduğunu göstermişti⁶⁶². Genel kabul hukukun yükümlülüğün yanında, hak, yetki, izin vb. diğer normatif kavramları da içerdiği yönündedir⁶⁶³. Bu genel eğilim hakkında Perry, bir kez hukukun salt yükümlendirici normlardan oluşmadığını kabul ettiğimizde, genel olarak hukuka uyma yükümlülüğünden değil, spesifik olarak hukukun yükümlendirici normlarına uyma yükümlülüğünden bahsedilebileceğini, aksinin kavramsal bir hataya yol açacağını düşünür⁶⁶⁴.

Perry yükümlendirmekle kalmayıp, yetkilendiren veya haklar yaratan meşru bir siyasi iktidarın muhatapları açısından ahlaken geçerli normlar yaratabilmesinin genel olarak nasıl temellendirilebileceğini ele alır. Ona göre, siyasi iktidarın norm yaratma faaliyeti karşısında muhatapların sahip olduğu şey bir yükümlülük (*obligation*) değil genel olarak bir sorumluluktur (*liability*). Bunun nedeni ise siyasi iktidarın bu yetkisinin Hohfeldci korelatifinin⁶⁶⁵ (*Hohfeldian correlative*) yükümlülükten ziyade sorumluluk olmasıdır⁶⁶⁶. Dolayısıyla söylenmesi gereken, hukuk sistemindeki muhatapların siyasi

⁶⁶¹ *Ibid.*, s. 269.

⁶⁶² Yetki veren (*power-conferring*) normlara dair genel olarak bkz. Philip Mullock, "Power-Confering Rules & The Rule of Recognition", *University of Pittsburgh Law Review*, C. 36, S. 1 (1974-1975), ss. 23-33.

⁶⁶³ Örn. bkz. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, *op. cit.*, s. 77.

⁶⁶⁴ Perry, "Law and Obligation", *op. cit.*, ss. 271-272.

⁶⁶⁵ Hohfeld hukuki kavramların korelatiflerle birlikte var olduğunu düşünmekteydi. Bir başka deyişle, bir kişinin hakkı ancak başka bir kişi veya aktörün göreviyle (*duty*) birlikte var olabilmektedir (Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, C. 23, S. 1 (Kasım 1913), s. 31). Bu kapsamda, Hohfeld yetkinin (*power*) korelatifinin sorumluluk (*liability*) olduğunu düşünmektedir (*ibid.*, s. 44). Hohfeld'in düşünceleri hakkında daha detaylı bilgi içeren Türkçe bir çalışma için bkz. Nasime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, İstanbul: On İki Levha, 2015, ss. 21-107.

⁶⁶⁶ Perry, "Law and Obligation", *op. cit.*, s. 273.

iktidarın normatif durumlarını etkilemesine izin verme sorumluluğunun bulunduğu⁶⁶⁷.

Bu noktada Perry'nin iddiasıyla ilgili iki olası soruna işaret etmek istiyoruz. Bununla birlikte, burada bu sorunları nihai olarak çözmeyi amaçlamayacağız. Neticede, burada bizi ilgilendiren Perry'nin Raz'a yönelttiği eleştirileri değerlendirmektir. İlk olarak, saf anlamda yetki veren kuralların varlığı sorgulanmalıdır. Yukarıda gördüğümüz gibi, Perry bütün normların yükümlendirici (*duty imposing*) olmadığı kabul edildiğinde hukuka uyma yükümlülüğünün hukuk sisteminin geneli açısından değil, yalnızca yükümlendirici normlar açısından söz konusu olabileceği ve bu nedenle de genel olmayacağını ileri sürmektedir. Biz bu kadar emin değiliz. Bunun nedeni yetki veren (*power conferring*) veya hak tanıyan kuralların, tamamen yükümlülük temelinde anlaşılacak olsalar bile, mutlaka yükümlendiren bir taraflarının bulunmasıyla ilgilidir. Örneğin, Robert Audi bir kimsenin bir hakkı olmasının, söz konusu kişinin bir yükümlülüğü veya belli bir eylemi gerçekleştirmek için sebebi olduğu anlamına gelmese de hakkın gerçek muhatapları olanların, yani bu kişi dışındakilerin, söz konusu hakkın kullanımını engellemek yönünde bir yükümlülüğü ve eylem sebebi olduğunu belirtir⁶⁶⁸. Esasında bu doğrudan Hohfeldci korelatif anlayışından kaynaklanır. Yetkinin iki zorunlu unsuru bulunur: Verilen yetkinin içeriği ve yetkinin verildiği kişi veya makam. İşte, yetki vermenin bu iki kıstası beraberinde getiriyor olması, her yetki verme işlemiyle ilgili bir yükümlülüğün söz konusu olacağına işaret eder. Nitekim yetki yalnızca belli bir içeriğe ilişkin olarak verilmektedir. Yetkinin verildiği kişi veya makamın, diğer normlar tarafından ayrıca öngörülmedikçe, yetkinin konusu dışında bir işlem yapma yetkisi bulunamaz. Bu yetkisizlik ise yetkilendirilen konu dışında bir işlem yapmama yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Çünkü aksi olur da bir makam ya da kişi, yetkisi kapsamına girmeyen bir işlem tesis ederse hukuki olması gerekene aykırı davranmış olur. Her kişi veya makam ihlalden kaçınma yükümlülüğüne sahiptir. Benzer bir analiz yetkinin sahibi açısından da yapılabilir. Yetki belli bir kişi, grup ya da makama verilir. Bunlar dışındakilerin söz konusu yetkiyi kullanmama yükümlülüğü

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, op. cit., s. 155.

bulunur⁶⁶⁹. Elbette burada söz konusu olanın bir yükümlülük mü yoksa Perry'nin öne sürdüğü gibi bir "sorumluluk" mu olduğu tartışılabilir. Bunu tartışmayı birazdan gerçekleştireceğiz.

Burada somut bir örnek vermeye çalışalım. Türk Anayasasının 104/17 maddesi şu ifadeye yer vermektedir: "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir". Burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütmeye ilişkin konularda çıkarılabileceğine ilişkin sınırı göz ardı edeceğiz. Çünkü bu sınır bizim bahsettiğimiz anlamda bizzat yetkinin kendisinden kaynaklanan bir sınır değildir. Bir başka deyişle, Anayasanın ilgili fıkrası pekâlâ sadece "Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir" de diyebilirdi. Bu fıkra iki anlamda yükümlülük içerir: 1) Cumhurbaşkanı dışındaki kişi ve makamlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramaz ve 2) Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında bir norm ihdas edemez. Elbette burada hukuk sistemindeki başka bir hükmün Cumhurbaşkanıya başka bir norm çıkarma yetkisi vermediğini varsayıyoruz.

Raz'ın otorite ve hukuk kavramlarına ilişkin iddialarına genel anlamıyla sıcak yaklaşan Perry, bununla birlikte hukuka uyma yönünde genel bir yükümlülüğün olup olmadığı konusunun Raz'ın önerdiği kadar basit çözülebilecek bir sorun olduğundan şüphe etmektedir. Perry'nin temel sorunu, otoritenin hizmet anlayışından (*service conception of authority*) kaynaklanan otoritenin hukukun sahip olduğunu iddia ettiği otorite olmamasıdır⁶⁷⁰.

Perry, Raz'ın dışlayıcı sebep teşkil eden otoritatif direktif anlayışında direktifin muhatapları açısından yeni bir sebep teşkil ettiğini ve muhatapların sahip olduğu sebeplerin yerine geçtiğini vurgular⁶⁷¹. Bu direktiflerin meşru olmasının nedeni altta yatan sebepler dengesini doğru yansıtır olmalarıdır. Ancak, Raz, bir konuda otorite çoğunlukla haklı ise ve doğru sonuca ulaşıyorsa, otoritenin hatalı veya adaletsiz

⁶⁶⁹ Biz çalışmamızın son kısmında yükümlülük kavramını ele alacağız. Yükümlülük kavramını burada kullandığımız anlamı, tartışmamız neticesinde ulaşacağımız sonuçla aynı değildir. Burada yükümlülük muhatapın her şey dikkate alındığında gerçekleştirmesi gereken eyleme atıfta bulunmamakta, yalnızca belli bir eylem lehinde bir gereklilik, bir eylem sebebi olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁷⁰ Perry, "Law and Obligation", *op. cit.*, s. 278.

⁶⁷¹ *Ibid.*, ss. 278-279.

direktiflerinin bile bağlayıcı olabileceğini düşünür⁶⁷². Perry burada mühim olanın Raz’a göre hukukun her durumda ve her konuda muhataplardan daha iyi karar vereceğini *iddia etmesi* olduğunu söyler⁶⁷³. Raz’a göre bu iddianın doğru olma ihtimali çok düşüktür ve somut durumda otoritenin muhataplardan daha iyi karar veremediği pek çok konu bulunabilir⁶⁷⁴. Ancak, bu iddianın doğru olabileceği de açıktır ve eğer bu iddia doğruysa, hukuk iddia ettiği dışlayıcı güce sahip olacaktır⁶⁷⁵.

Perry’nin Raz’ın açıklamalarına ilişkin ilk itirazı muhatapların geçerli bir dışlayıcı sebebe sahip oldukları durumda doğrudan bir yükümlülüğe sahip olmayabileceklerini ifade eder⁶⁷⁶. Yani, normal gerekçelendirme tezini sağlayan bir otoritenin direktifinin ahlaki bir eylem sebebi teşkil ettiği ve hatta dışlayıcı güce sahip olduğu düşünülebilir. Ancak, bu dışlayıcı sebebin yükümlülüğe yol açtığı neye dayanarak iddia edilebilir? Perry’ye göre, Raz’ın bu konuda söylediği tek şey, yükümlülüğün dışlayıcı sebepten kaynaklandığıdır. Ancak, eğer bu doğruysa, kararlar dâhil olmak üzere bütün dışlayıcı sebeplerin yükümlülüğe yol açması gerekir ve bu da yükümlülük teriminin zayıf anlamıyla kullanıldığı anlamına gelir⁶⁷⁷.

Yükümlülük kavramının anlamını çalışmanın son bölümünde netleştireceğiz. Ancak, Perry’nin yükümlülüğün zayıf anlamıyla kullanıldığı iddiasının ne anlama geldiğini ifade edebilmek için burada özet biçimde de olsa ileride gerçekleştirmeyi planladığımız tartışmaya değinmemiz gerekir. Daha önce soyut olması gereken-somut olması gereken ayrımından bahsetmiştik. Özetle, her eylem sebebi, bir eylem sebebi olmayı sürdürdüğü sürece, soyut bir olması gerekenden, yani bir normdan kaynaklanır. Eğer mümkünse, soyut nitelikteki bütün olması gerekenlere uymak gerekir. Ancak, somut durumda, birden çok norma aynı anda tabi olan muhatap, bunların hepsinin gereğini yerine getiremeyebilir. Soyut olması gerekenler ilk bakışta olmasa bile somut bir durumda çatışıyor olabilirler.

⁶⁷² *Ibid.*, s. 279.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, ss. 79-80.

⁶⁷⁵ Perry, “Law and Obligation”, *op. cit.*, s. 279.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Ibid.*, ss. 279-280.

Yükümlülük kavramı her şey dikkate alındığında yapılması gerekenle ilişkilidir. Bir başka deyişle, somut durumda uymamız gerekmeyen bir yükümlülüğümüz olduğundan bahsedilemez. En nihayetinde uymamamız gereken, uymayabileceğimiz bir eylemi yerine getirmekle yükümlü değildir. Bu anlamda bir normun, kuralın veya ilkenin muhatap açısından yükümlülük teşkil edip etmediği, ancak somut durumdaki değerlendirmelerden, farklı eylem sebeplerinin tartılmasından ve normatif çatışmaların çözülmesinden sonra belirlenebilir. Kısacası, yükümlülük somut gerekliliklere veya ileride vereceğimiz isimle güçlü anlamda bağlayıcılığa ilişkindir.

Ahlaki eylem sebeplerinin sağduyu kaynaklı eylem sebeplerine her zaman üstün geleceği düşünülmektedir. Kenneth Einar Himma bu anlamda yükümlülüğün ancak ahlaki eylem sebepleri temelinde belirlenebileceğini ifade eder⁶⁷⁸. Yükümlülük aynı zamanda her şey dikkate alındığında yapılması gereken eyleme ilişkin olabileceğine göre, yükümlülüğün nihai tanımı “ahlaki sebepler temelinde ve bütün ahlaki sebepler dikkate alınarak belirlenen gereklilik” olarak yapılabilir.

Eğer Perry’nin iddiası yükümlülük olduğu iddia edilen olması gerekenlerin her zaman somut durumda yapılması gerekene işaret etmeyebileceği ise, kendisine katılıyoruz. Yükümlülük, Raz’ın ifade ettiği gibi, dışlayıcı sebeplerden kaynaklanan ve dolayısıyla muhatabın konuya ilişkin sahip olduğu birinci düzey sebeplerden bir kısmına dayanarak hareket etmesini engelleyen bir “olması gereken” ise, yükümlülüğün bir başka yükümlülük, yani ikinci düzey sebep konumundaki dışlayıcı sebebin, bir başka ikinci düzey sebep tarafından saf dışı bırakılması mümkündür. Bir başka deyişle, muhatabın her şey dikkate alındığında otoritenin bağımlı sebeplere dair değerlendirmesine uymaması gerekebileceğine göre, yükümlülük kavramının dışlayıcı sebepler temelinde açıklanamadığını ya da Perry’nin vurguladığı gibi bahsedilen yükümlülüğün zayıf bir anlamı olduğu kabul edilmelidir. Burada mühim olan, bizim bu yorumumuzun Raz’ın otorite ve hukukun dışlayıcı gücüne ilişkin açıklamalarını yanlışlamıyor olmasıdır. Dolayısıyla, eğer Perry’yi doğru yorumlayabildiysek, Perry ve Raz’ın bu konuda uzlaşabileceğini düşünmek gerekir. Buradaki farklılık iki düşünürün yükümlülük kavramına yüklediği anlama, bu kavramdan anladıklarına ilişkin olabilir.

⁶⁷⁸ Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, ss. 26; Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223; Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 117.

Perry'nin bir başka itirazı Raz'ın bilgili bir arkadaşın tavsiyesiyle hukuk kuralının normatif gücü arasındaki farka ilişkin açıklamalarına dayanır. Raz hukukun kimi zaman bilgili bir arkadaş görevi gördüğünü belirtir⁶⁷⁹. Buna göre, alanında en önemli uzman olan kişinin bu konuda karar vermek için kimseye danışması gerekmeyebilir. Ancak, eğer en iyi uzman kendisi değilse, ne yapması gerektiğine karar vermeden önce kendisinden daha bilgili olan birisine danışması gerekir⁶⁸⁰. Perry'ye göre eğer Raz'ın hukuk kuralının yeni bir yükümlülük yaratmasından kastı yalnızca bilgili arkadaşın tavsiyesine emredici nitelik kazandırmasıysa, hukukun yükümlülük yaratması mümkündür. Ancak, ona göre hukuk, muhatabına belli bir emir verdiği için muhatabın belli bir eylemle yükümlü olduğunu iddia eder. Bu bağlamda, hukukun yarattığı yükümlülükle yine dışlayıcı sebep teşkil eden bilgili arkadaşın tavsiyesinden kaynaklanan yükümlülük arasında nitelik bakımından bir fark bulunmaktadır⁶⁸¹.

Perry, arkadaşın tavsiyesi ile hukuk kuralı arasındaki bir başka farkı bu ikisinden kaynaklanan yükümlülüğün borçlu olduğu kişilere dayandırır. Bilgili, uzman bir arkadaşın tavsiyesinden kaynaklanan yükümlülük arkadaşına karşı bir yükümlülük değildir. Olsa olsa kişinin doğru davranmak uğruna kendisine karşı sahip olduğu bir yükümlülük olabilir. Perry'ye göreyse hukuk sahip olunan yükümlülüğün devlete, hükümete veya topluma karşı sahip olduğunu iddia eder⁶⁸².

Perry son olarak hukukun, muhatabı belli bir alanın en tanınmış uzmanı olsa dahi kurallara uyulmasını beklediğini belirtir. Otoritenin hizmet anlayışı ise otoritenin uzman olmadığı veya muhatabın daha bilgili olduğu konularda otorite direktiflerden sapmaya müsaade etmektedir. Perry'ye göre bu uyumsuzluk, hukukun otorite iddiasını açıklamak konusunda hizmet anlayışının bir başka eksikliğini gösterir⁶⁸³.

Son iki itiraz hakkında genel bir değerlendirme yapmak isteriz. Her şeyden önce, hukukun arz ettiği yükümlülüklerin (veya daha zayıf anlamda gerekliliklerin) bir karşı

⁶⁷⁹ Raz, *Ethics in the Public Domain*, op. cit., s. 348.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ Perry, "Law and Obligation", op. cit., ss. 280-281.

⁶⁸² *Ibid.*, s. 282.

⁶⁸³ *Ibid.*, s. 283.

tarafının olup olmadığı konusu, burada ele alamayacağımız⁶⁸⁴ bir tartışmadır. Ancak, şu kadarını söyleyelim: Bir yükümlülüğün birine borçlu olduğunu söylemekle neyi kastederiz? Burada söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini istemek konusunda yükümlülüğün muhatabı dışındaki birinin talep hakkı olduğunu ifade ederiz. Bir başka deyişle, bir yükümlülüğün yükümlüsü olduğu gibi, bir lehtar ve/veya denetleyicisi de olabilir. Bazı yükümlülüklerinse bir lehtar veya denetleyicisi yoktur veya lehtar yükümlünün kendisidir. Bizim anlayışımıza göre, bir yükümlülüğün lehtar veya denetleyicisinin bulunup bulunmaması, yükümlülüğün kendisinden bağımsız, bazı diğer kurum veya kişilere yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda hak tanıyan veya yetki veren, ayrı bir norma ilişkindir. Belli yükümlülüklerle ilişkin yükümlülüğün muhatabı dışındaki birine talep hakkı tanınmış olması veya olmaması, söz konusu yükümlülüğün muhatap açısından ifade ettiği olması gerekenin niteliğine etki etmemelidir. İkinci olarak şu ifade edilebilir: Raz, hukukun ahlaki otorite iddiasında bulunduğunu belirtir ve bu iddianın doğruluğunun şartlarını belirler. Normal gerekçelendirme tezi bu şartı ifade eder. Perry'nin de ifade ettiği gibi, Raz'ın iddiası hukukun söz konusu otoriteye sahip olduğu değil, belli şartlar altında bu otoriteye sahip olabileceğidir. Böylelikle Raz'ın çalışması hukukun iddiası açısından normatif bir kriter sunar. Eğer hukuk, Perry'nin iddia ettiği gibi, muhataplarının uzman olabileceği alanları tanımıyor ve her durumda kendi dediğinin yerine getirilmesini talep ediyorsa ve normal gerekçelendirme tezi bu iddiayla çelişiyorsa, pekâlâ hukukun bu iddiasının normatif temelden mahrum olduğu düşünülebilir. Sanıyoruz söylenmesi gereken de budur. Hukukun otorite iddiası üzerinde normatif bir kriter olduğunu ileri süren normal gerekçelendirme tezi hukukun iddia ettiği her konuya ilişkin meşru bir temel sağlamayabilir. Normatif bir tezinin aşağı yukarı bir tasvirîlik arz etmesi önemli olsa da, en nihayetinde bu tezinin doğruluğu salt tasvirî eksikliğe dayanılarak sorgulanmamalıdır. Raz'ın normal gerekçelendirme tezine dayanan otorite anlayışı zaten dışlayıcı sebeplerin nihai sebep veya mutlak sebep teşkil etmediğini ifade ettiğine göre, hukukun bunun aksini iddia ediyor olmasının ne önemi vardır⁶⁸⁵?

⁶⁸⁴ Zaten Perry de bu konunun detaylı bir tartışma gerektireceğini dipnotta kabul etmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 282, dn. 36.

⁶⁸⁵ Kanımızca hukukun iddia ettiği metaforuna gerek Raz gerekse onu eleştirenler tarafından gereğinden fazla önem atfediliyor. Hukuk nasıl iddiada bulunur? Muhtemelen burada kastedilen, hukukun değil, iktidardakilerin, hukuk yaratanların iddiasıdır. Başka bir olasılığa göre bu iddia genel olarak hukuk

Perry'nin eleştirilerinin kalanı, Raz'ın otoritenin bütün fonksiyonlarının bir yükümlülük yüklenmesine atıfla açıklanabileceği düşüncesini hedef alır⁶⁸⁶. Perry, Raz'ın açıklamaktan kastının en azından bir anlamda gerekçelendirmek olduğunu kabul edeceğini belirtir. Perry'nin temel itirazı devletin yetki verme yetkisinin yükümlülük yükleme yetkisine atıfla açıklanamayacağıdır⁶⁸⁷. Buradaki argümanın özünü Perry'nin verdiği sözleşme örneğinde yatmaktadır. Buna göre, devletin vatandaşlarına sözleşme akdetme yetkisi verdiği durumlarda, vatandaşların sırf sözleşme ilişkisi içine girmesinden yola çıkarak devletin yükümlendirme fonksiyonundan bahsetmek mümkün değildir⁶⁸⁸. Perry'ye göre Raz'ın ifadesi ancak sözleşmesel yükümlülükler mahkeme veya başka bir makam nezdinde ileri sürülebilirse (*legally enforceable*) geçerlidir. Dolayısıyla, ancak sözleşmenin taraflarının sözleşmeye uyma yükümlülüğü söz konusu olduğunda, bu yükümlülüğün devletin yükümlülük yaratma yetkisine dayanarak meşrulaştırılması mümkün olur⁶⁸⁹. Ancak, eğer devlet daha başta sözleşme akdetme yetkisi verme konusunda yetkili değilse, bu açıklamanın bir anlamı kalmaz⁶⁹⁰. Bu nedenle, Perry'ye göre öncelikle açıklanması ve meşrulaştırılması gereken “yetki verme yetkisi”dir⁶⁹¹.

Bu eleştiriye verilebilecek bir karşılığı daha önce zikretmiştik. Buna göre, yetki verme yetkisi ve yükümlülük yaratma yetkisi Perry'nin iddia ettiği gibi farklı aşamalarda ortaya çıkmamaktadır. Verilen her yetki, verildiği anda belli bir yükümlülük ya da gereklilik içerir. Yetkinin öyle iki unsuru vardır ki bunların zikredilmesi belli açılardan gereklilik yaratıldığı anlamına gelir. Buna göre, bir X kişisine A konusunda yetki vermek demek, hem diğer kişilerin bahsi geçen konuda hem de X'in A dışında bir konuda yetki kullanmamakla yükümlü olduğunu ifade etmektir. Kanımızca, yetki vermenin yükümlendirmekle bu ilişkisi kavranırsa, Raz'ın her yetki verme yetkisinin en

hakkında sahip olunan bir kanıya ilişkindir. Örneğin hukukun adil olması gerektiği konusunda genel bir kanı vardır. Neticede adil olan hukuk, olmayan hukuktan daha iyidir. Siyasi iktidar da (bu kavrama yargı organlarını da dâhil etmek gerekir) iş ve işlemlerinin adil olduğunu iddia ediyor olabilir. Elbette bunların hiçbirisi doğru olmak zorunda değildir. Hukuk da iktidar da adaletsiz olabilir. Mühim olan bu adaletsizliğin sonucudur. Dolayısıyla, “hukukun” ne iddia ettiğinin en nihayetinde normatif bir tartışma açısından oynayabileceği kritik bir rol yoktur. Bu iddia, olsa olsa normatif değerlendirmenin nesnesini teşkil eder.

⁶⁸⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 44.

⁶⁸⁷ Perry, “Law and Obligation”, op. cit., s. 284.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, ss. 285.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*, s. 286.

⁶⁹¹ *Ibid.*

nihayetinde yükümlülük yaratma yetkisinin meşrulaştırılmasıyla açıklanabileceği yönündeki ifadesi anlaşılmış olur. Bununla birlikte, Raz'ın yazınında bu açıklama doğrudan yer almamaktadır. Dolayısıyla Raz'ın ifadelerini doğru yorumladığımızdan emin değiliz. Ancak, bizim önerimizin Raz'ın teorisi açısından hiçbir sorun yaratmayacağı kanısındayız. Bir örnekle açıklamamızı somutlaştıralım. Bir kanunla gerçek kişilere dernek kurma yetkisi verilmiş olsun. Bu norm tüzel kişilerin dernek kurma yetkisi olmadığı anlamına gelecektir. Bunun sebebi *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* ilkesidir⁶⁹². Dolayısıyla, otoritenin böyle bir yetki verip veremeyeceğine en nihayetinde otoritenin tüzel kişilere dernek kurmama yükümlülüğü yükleyip yükleyemeyeceğini tartışarak karar verebiliriz.

Perry'nin Raz'ın ikinci düzey sebep kavramına “*Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*” başlıklı makalesinde getirdiği eleştiri ise, ikinci düzey sebep kategorilerinin Raz'ın tahmin ettiğinden fazla olabileceğini ileri sürer. Bu makaledeki fikrin kökeni Perry'nin 1987 yılında yazdığı bir başka makaleye dayanır. Buna göre, Raz'ın ikinci düzey sebepleri birinci düzey sebeplere dayanarak veya dayanmaktan kaçınarak davranmaya yönelik sebeplerle sınırlandırması doğru değildir⁶⁹³. Perry'ye göre, ikinci düzey bir sebep bir birinci düzey sebebin normalde sahip olduğundan daha az veya daha fazla ağırlığa sahipmiş gibi değerlendirilmesine ilişkin sebeplerdir. Bu nedenle de Raz'ın iki modlu pratik akıl yürütmesi (birinci düzey sebepler dengesine dayalı veya dışlayıcı sebeplere dayalı) Perry'nin anlayışındaki ikinci düzey sebepler spektrumunun iki uç noktasına denk gelir. Bir yanda bazı birinci düzey sebeplerin ağırlığının sıfır olarak belirlendiği, diğer yanda ise bütün birinci düzey sebeplerin normalde sahip oldukları ağırlığa göre değerlendirildiği durum bulunur⁶⁹⁴.

⁶⁹² “*Kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar*”. Bkz. Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, s. 56.

⁶⁹³ Stephen R. Perry, “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 7, S. 2 (1987), s. 223. Perry'nin Raz'ın ikinci düzey sebep kategorisinin yalnızca birinci düzey sebeplere ilişkin olduğunu düşünmesi kanımızca doğru değildir. Perry, Raz'ın *Practical Reason and Norms* kitabına atıfta bulunmaktadır (Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 39). İlgili yerde Raz ikinci düzey sebeplerin belli bir sebebe dayanarak veya dayanmaktan kaçınarak davranmaya yönelik sebepler olduğunu ifade etmektedir. Kanımızca, Raz'ın “sebepler” sözcüğünü “birinci düzey” sıfatıyla nitelendirmemesi rastlantı değildir. Bir ikinci düzey sebebe dayanarak veya dayanmaktan kaçınarak hareket etmeye yönelik sebeplerin de ikinci düzey sebep niteliği taşıyacağını kabul etmek gerekir. Ancak, Perry'nin Raz'ın ikinci düzey sebep kategorilerine itirazı bu sebeplerin yerine getirdiği fonksiyona da ilişkindir.

⁶⁹⁴ Perry, “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *op. cit.*, s. 223.

Bu iki ucun arasında ise sebeplerin normal ağırlığının değiştirilmesi suretiyle tartma işleminin gerçekleştirildiği sonsuz olasılık bulunur⁶⁹⁵.

Devam etmeden önce Perry'nin şimdiye kadarki açıklamalarına dair bazı tespitlerde bulunalım. Biz daha önce eylem sebeplerinin normatif gücünün normlardan kaynaklandığını, bu olguların normatif ağırlığının normlar tarafından belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştık. Perry'nin sebebin ağırlığının belirlenmesinden kastı farklıdır. Perry'nin açıklamalarında söz konusu olan, normalde belli bir ağırlığa sahip olan sebebin, birinci düzey sebepler dengesinde bu ağırlıktan daha az veya daha fazla bir ağırlığa sahipmiş gibi değerlendirilmesidir. Bununla birlikte, Raz'ın dışlayıcı sebeplerinin dışladıkları sebeplerin ağırlığı sıfırmış gibi davranılmasını gerektirdiğinden şüphe edilebilir. Her şey dikkate alındığında gerçekleştirilmesi gereken eylem açısından “bir sebebi değerlendirme” ve “değerlendirdiğin sebebin ağırlığını sıfır olarak kabul et” arasında fark olmadığı düşünülebilir. Neticede, her iki durumda da sebepler dengesinin kazanan tarafı değişmeyecektir. Bununla birlikte, iki durum pratik açıdan tamamen özdeş olmadığını düşünebiliriz. Hatırlanacağı üzere, Raz mümkünse dışlanan sebeplere uygun davranmamız gerektiğini düşünür. Eğer tartma işleminde bir sebebin ağırlığını sıfır olarak kabul etmişsek, söz konusu sebebe dayanmadığımız sürece ona uygun davranmak yönünde bir sebebimiz olacağını söyleyebilir miyiz? Neticede ağırlığı, yani normatif gücü sıfır olan bir eylem sebebinin geçerli bir eylem sebebi olmadığı, bizim bakış açımıza göre bu sebebin geçerli bir normdan kaynaklanmadığını düşünmek gerekmez mi?

Sanıyoruz bu şüpheyeye verilecek yanıt Perry'nin ağırlıkları yeniden belirleyen ikinci düzey sebeplerinin bir birinci düzey sebebin ağırlığını gerçekten değiştirmedeği, yalnızca belli bir tartma işlemi açısından bu ağırlığın *sıfırmış gibi* davranılmasını gerektirdiğini ileri sürecektir. Kanımızca bu açıklama kabul edilebilir. Sebebin gerçek ağırlığı değiştirilmediğine göre, tartma işlemi sırasında bu sebebin ağırlığını sıfır olarak kabul eden muhatabın mümkünse yine de bu sebebe uygun davranmasının gerekeceğini söyleyebiliriz.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

İki yıl sonraki makalesinde Perry ikinci düzey sebeplere ilişkin bu düşüncelerini geliştirir. Raz'ın ikinci düzey sebepleri dışındaki ikinci düzey sebep kategorilerini “tekrar ağırlıklandırma sebepleri” (*reweighting reasons*) ve “epistemik açıdan sınırlandırılmış sebepler” (*epistemically bounded reasons*) olarak adlandırır⁶⁹⁶. Perry ikinci düzey sebeplere dair bu farklı anlayışının yalnızca Raz'ın pozitivist hukuk teorisine ufak değişiklikler getirmeyi talep etmediğini, aksine Raz tarafından savunulan teori ile bağdaşmayan niteliklere sahip olduğunu düşünür⁶⁹⁷. Biz burada yalnızca olabildiğince özet bir biçimde Perry'nin tekrar ağırlıklandırma sebepleri ve epistemik açıdan sınırlandırılmış sebepler hakkındaki görüşlerini sunacağız.

Perry tekrar ağırlıklandırma sebeplerini muhatabın nesnel sebepler dengesinin neyi gerektirdiği konusundaki değerlendirmesinde belli bir sebebin ağırlığının başka şartlar altında taşıyacağı ağırlıktan daha ağır veya daha hafif olduğunu kabul etmesine yönelik sebepler olarak tanımlamaktadır⁶⁹⁸. Perry bu tür ikinci düzey sebeplerden öznel ikinci düzey sebep (*subjective second-order reason*) olarak bahseder. Bir başka deyişle, bu sebepler muhatapların sahip oldukları sebeplere dair öznel değerlendirmelerine ilişkindir; nesnel değerlendirmelerde sebeplerin ağırlığının tekrar belirlenmesi söz konusu olmaz⁶⁹⁹.

Perry'ye göre, tekrar ağırlıklandırma sebepleri otoriteyi sınırlandıran ikinci düzey sebeplerdir. Muhatap bir tekrar ağırlıklandırma sebebi dolayısıyla, otoritenin bağımlı sebeplere ilişkin değerlendirmesine kısmi bir ağırlık atfedebilir⁷⁰⁰. Bu gibi durumlarda muhatap otoritenin yargısına daha az dayanacaktır⁷⁰¹. Raz bu tür bir kısmi dayanmanın mümkün olup olmadığını değerlendirmiştir. Buna göre, otoritelerin varlık amacı bağımlı sebeplere uymakta daha başarılı olmasıdır⁷⁰². Raz'a göre bir muhatabın bağımlı sebeplere uyma derecesini meşru otoritenin seviyesine çekebilmesi, ancak o

⁶⁹⁶ Roger A. Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *Ratio Juris*, C. 5, S. 1 (Mart 1992), ss. 9-10. Perry'nin makalesindeki ilgili başlıklar için bkz. Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *op. cit.*, ss. 932, 943.

⁶⁹⁷ Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *op. cit.*, s. 945.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, s. 932.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, s. 933.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, s. 932.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 67.

otoritenin direktiflerini dışlayıcı sebep olarak görmesi durumunda mümkün olabilir⁷⁰³. Dolayısıyla, otoritenin hizmet anlayışında öznel tekrar ağırlıklandırma sebeplerine yer olmadığını söyleyebiliriz⁷⁰⁴. Perry, Raz'ın bu gözlemlerine karşı çıkmaz. Ancak, öznel tekrar ağırlıklandırma sebeplerine normal gerekçelendirme testini geçen meşru bir otoritenin mevcut olduğu durumlarda yer olmasa da, bu sebeplerin Ortak Hukuk'taki (*Common Law*) bağlayıcı içtihadın açıklanmasında rol oynayabileceğini düşünür⁷⁰⁵.

Perry'ye göre, otorite belli epistemik sınırlara tabidir. Eğer bir otoriteden beklenen faydayı elde edeceksek, otoritatif direktiflerin hatalı olduğu yerde bile bağlayıcı olması gerektiğini kabul eden Perry, muhatabın otoritenin hata yaptığından emin olması durumunda otoritatif direktife uyması, bu direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul etmesi için sebebi olamayacağını vurgular⁷⁰⁶. Açık hata durumunda otoritatif direktifin dışlayıcı sebep niteliğini koruyup korumayacağını daha önce değerlendirmiştik. Eğer otoritenin bağımlı sebeplerin değerlendirmesinde açık bir hata yaptığı kesin olarak ortaya konabiliyorsa muhatabın söz konusu direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul etmemesi gerekir. Hatanın açıklığı ise kaçınılmaz olarak hatanın ilgili olduğu konuda muhatabın ne kadar uzman olduğuna bağlı olacaktır. Perry açık hataya ilişkin şu tespitlerde bulunur: 1) büyük ihtimalle bir hata yapıldığının tespiti nispeten kolaydır ve 2) hata her zaman bir olasılık olarak bilinecektir⁷⁰⁷.

Açık hataya ilişkin Perry'nin ve bizim anlayışlarımız arasındaki en önemli fark Perry'nin açık hatanın bir olasılık olarak ortaya çıkabileceğini kabul etmesidir. Biz açık hatanın bir olasılık olarak ifade edilebileceğinden emin değiliz. Belki de bilginin hiçbir zaman kesin olmayacağı, yargılarımızda her zaman yanılma payımız olabileceği kabul edilebilir. Ancak, hata payının belli bir eşiğin altında kaldığı durumlarda emin olduğumuzu söyleriz. Hata yapıldığından emin olmadığımız durumlarda ortada açık bir hata olduğundan bahsedebilir miyiz? Bizim açık hata anlayışımız olasılıksal değildir. Evet, muhatabın hatanın ilişkin olduğu konudaki uzmanlığına bağlıdır, ancak muhatabın otoritatif direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul etmemekte haklı olabilmesi, doğru değerlendirmeyi yapmış olması için hatanın mevcudiyetinden az çok emin olması

⁷⁰³ *Ibid.*, s. 68.

⁷⁰⁴ Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *op. cit.*, s. 932.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, s. 933.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, ss. 933-934.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, ss. 934-935.

yetmez. “Otoritelerin bu konuda açık bir hata yaptığından muhtemelen emin” olamayız. Kaldı ki, muhatabın meşru bir otoritenin bir konuya ilişkin bağımlı sebeplerin değerlendirilmesinde hata yaptığı gerekçesiyle direktifi dışlayıcı sebep olarak kabul etmemekte haklı olabilmesi için ne ölçüde emin olduğunun bir önemi yoktur. Mühim olan muhatabın en nihayetinde bu tespitinde haklı olup olmadığıdır.

Perry en nihayetinde otoritenin açık bir hata yaptığından belli ölçüde emin olunan durumlarda muhatabın bağımlı sebeplere ilişkin otoritenin değerlendirmesini bu olasılık nispetinde az ağırlık atfetmek yönünde öznel bir dışlayıcı sebebinin olacağını düşünür⁷⁰⁸. Perry’nin konuyla ilgili detaylı açıklamalarının hakkını burada verebilmemiz mümkün değildir. Ancak, iki temel sebep dolayısıyla yazarın yaklaşımına temkinli yaklaştığımızı söyleyebiliriz: 1) Muhatabın sahip olduğu öznel sebeplerin muhatabın eylemini *her zaman* gerekçelendirebileceğinden emin değiliz. Öznel eylem sebepleri kısaca muhatabın sahip olduğuna inandığı sebeplerdir⁷⁰⁹. Biz çalışmada öznel eylem sebeplerinin normatif rol oynayamayacağını ileri sürmedik. Bununla birlikte, muhatabın gerçekleştirdiği eylemin eleştirisinin genellikle nesnel eylem sebeplerine dayandığını söyleyebiliriz. 2) Kanımızca açık hata kavramının olasılıksal hâle getirilmesi bir çelişkidir. Muhatabın otoritenin bağımlı sebeplerin değerlendirilmesinde hata yaptığından emin ve bu tespitinde haklı olmadan otoritatif bir direktifi dışlayıcı sebep olarak görmekten vazgeçmemesi gerekir. Bir başka deyişle, otoritenin açık bir hata yaptığından emin olmasına karşın, otoritenin herhangi bir hata yapmadığı durumlarda muhatap yine de irrasyonel olacaktır. Dolayısıyla, mühim olan söz konusu hatanın muhatap tarafından hangi kesinlik derecesiyle bilindiği değil, otoritenin açık bir hata yapıp yapmadığıdır.

Kanımızca Perry’nin itirazları Raz’ın dışlayıcı sebep ve otoriteye ilişkin düşüncelerinin aydınlatılması açısından önemlidir. Ayrıca, burada yer verdiğimiz yükümlülüğe, yetki veren kuralların aynı zamanda gereklilik arz edip etmediğine dair

⁷⁰⁸ *Ibid.*, s. 944.

⁷⁰⁹ Eric Vogelstein öznel sebepleri öznenin inançları tarafından belirlenen sebepler olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Eric Vogelstein, “Subjective Reasons”, *Ethical Theory and Moral Practice*, C. 15, S. 2 (Nisan 2012), s. 240.

tartışmalar, çalışmamızın son bölümünde bağlayıcılık kavramına ilişkin olarak tekrar karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla, Perry'nin burada aktardığımız görüşleri Raz'ın teorisine diğer yazarların eleştirileri kadar karşıt olmasa da, en azından daha sonra gerçekleştireceğimiz tartışmalar açısından güzel bir başlangıç noktası teşkil etmektedir.

7. Shiner'in Eleştirileri

Raz'ın otorite ve dışlayıcı sebep düşüncesini eleştiren bir başka isim Roger Shiner'dir. Shiner'in eleştirilerini sunduğu çalışmanın temel iddiası kanunları (*laws*) eylem sebebi olarak algılayan en makul pozitivist teorinin bile başarısız olduğu ve hukuk kural ve normlarını eylem sebebi olarak görebilen bir teorinin pozitivist olmayan bir teori olması gerektiğidir⁷¹⁰.

Shiner ilk olarak “basit pozitivism” (*simple positivism*) ismini verdiği, Austin'in anlayışına dayanan pozitivistimin niçin hukukun eylem sebebi olarak algılanmasına yaramayacağını inceler. Bunun temel sebebi olarak basit pozitivistimin eylem sebeplerine ilişkin olarak kefenin bir tarafında iyinin, diğer tarafında kötünün bulunacağını ve bunlardan birinin diğerine ağır geleceğinden başka bir şey söyleyememesi gösterilmektedir⁷¹¹. Bu anlamda basit pozitivism, hukuki realizm veya kural kuşkuculuğundan⁷¹² (*rule-scepticism*) kıl payı farklıdır⁷¹³. Bir başka deyişle, basit pozitivistimin içerikten bağımsız yapısı eylem sebeplerinin değerlendirilmesine ilişkin önemli bir bilgi sağlayamaz. Biz bu kısmın detaylı incelemesini gerçekleştirmeyeceğiz. Nitekim burada temel amacımız Shiner'in, Raz'ın temsil ettiği pozitivist anlayışa eleştirilerini incelemektir.

⁷¹⁰ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, s. 1.

⁷¹¹ *Ibid.*, s. 3.

⁷¹² Genellikle hukuki realistler tarafından başvuru kural kuşkuculuğu kavramı, yargısal karar verme sürecinde konulmuş hukuk kurallarının, yargı kararını belirleyen temel faktör olmadığı düşüncesini ifade eder (Bkz. Wilfrid E. Rumble, “Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism”, *Journal of Public Law*, C. 15, S. 2 (1966), s. 261). Sanıyoruz Shiner'in kullandığı anlamıyla kural kuşkuculuğu daha geniş bir anlamda, pratik değerlendirme sırasında hukuk kurallarının belirleyici bir rol oynamadığı şeklinde anlaşılabilir.

⁷¹³ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, s. 3.

a. Gelişmiş (Sophisticated) Pozitivizm ve Eleştirisi

Shiner’a göre basit pozitivizmin temel hatası, kötü niyetli bir kimsenin (*bad man*) basit pozitivizmin hukuk algısında hukuka uymak için sahip olduğu tek sebebin yaptırım korkusu olduğunu varsaymasıdır. Gelişmiş pozitivizm Hart’ın Austin eleştirisiyle birlikte bu hatadan kaçınmaya çalışmıştır⁷¹⁴. Hart’ın içsel bakış açısı anlayışı ve içsel bakış açısıyla benimsenmesi gereken ikincil kurallar kurgusu, hukukun normatif yönünün onu yaptırımdan bağımsız, gerçek bir eylem sebebi olarak görenlerin görüşlerine başvurulmadan anlaşılamayacağını göstermiştir⁷¹⁵.

Buna karşın Shiner’a göre Hart’ın teorisi de en nihayetinde hukukun sebepler dengesinde yer alacak alelade bir eylem sebebi olarak görmek hatasına düşmektedir⁷¹⁶. Hart’ta hukuk uygulayıcısı olmayan kişilerin ve hukuk uygulayıcısı olup da resmî görevlerini yerine getirmekte olmayan kişilerin hukuk kuralını içsel bakış açısıyla benimsemesi gerekmez⁷¹⁷. Dolayısıyla, örneğin, hız sınırına ilişkin bir kural, bu kişilerin yalnızca uyması gereken bir kuraldır. Shiner’a göre kişiler bu kurala yaptırımın, yani hız sınırının bir hukuk kuralı olduğu gerçeğinin, ağırlığıyla uyacaktır (eğer uyarlarsa)⁷¹⁸. Hatta, kuralı içsel bakış açısıyla benimseyeceği düşünülen hukuk uygulayıcıları için bile hukuk kuralları basit (birinci düzey) eylem sebepleri oluşturur⁷¹⁹. Bunun için hız limitinin bir sürücü tarafından aşılp aşılmadığına dair karar verecek olan hâkimin pratik değerlendirmesini canlandırmak yeterlidir. Hâkim içsel bakış açısıyla yalnızca söz konusu hız limiti kuralının değil, bütün kuralların uygun, makul vb. olduğunu düşünür⁷²⁰. Ancak, belli bir kişinin hız limitini aştığına dair karar verirken sebep olarak kabul edilen hukuk kuralı, artık hız sınırını aşma eylemine ilişkin değil, kişiyi hız sınırını aştığı için suçlu/kabahatli bulmak için bir sebep teşkil eder⁷²¹. Dolayısıyla, içsel bakış açısının söz konusu olduğu durumlarda dahi hukuk kuralları sebepler dengesine eklenecek alelade sebep konumundadır⁷²². Sonuç olarak Shiner’a

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ *Ibid.*, ss. 3-4.

⁷¹⁶ *Ibid.*, s. 4.

⁷¹⁷ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 116-117.

⁷¹⁸ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, s. 4.

⁷¹⁹ *Ibid.*, ss. 4-5.

⁷²⁰ *Ibid.*, s. 5.

⁷²¹ *Ibid.*, s. 5.

⁷²² *Ibid.*

göre, Hart'ın teorisi de hukukun eylem sebebi olması bakımından Austin'in teorisinden daha başarılı değildir⁷²³.

Shiner'a göre hukukun alelade eylem sebeplerinden farklı bir pratik rol üstlenebileceğini göstermeye çalışan düşünür, dışlayıcı sebep kavramıyla Joseph Raz'dır. İlk kez Joseph Raz'ın yukarıda incelediğimiz çalışmalarıyla hukuk kuralını yaptırım korkusundan kaynaklanan alelade sebeplerden ayırmak mümkün olmuştur⁷²⁴. Shiner, Raz'ın dışlayıcı sebep kavramı lehine öne sürdüğü iki temel argümanı ele alır. Bunlar fenomenolojik argüman ve fonksiyonel argümandır. Öncelikle bu argümanları ve Shiner'in bu argümanlar karşısındaki tutumunu kısaca görelim.

b. Fenomenolojik Argümanın Eleştirisi

Daha önce gördüğümüz gibi, Raz'a göre sebepler arasındaki tek fark bunların ağırlığına ilişkin değildir. İkincil sebepler, mantıksal olarak birinci düzey sebeplerden farklı işlerler. Shiner fenomenolojik argümanı şu şekilde ifade etmektedir: “İki sebep, en nihayetinde aynı sebepler sistemine ait olsalar da mantıken farklı şekillerde işleyebilirler”⁷²⁵. Bu ifadeden sonra Shiner fenomenolojik argümana yönelebilecek ilk ve bariz itirazı dile getirir. Bu itiraz bizim de Gans'ın eleştirilerini incelerken gördüğümüz ve başka yazarlarca da paylaşılmış bir görüştür⁷²⁶.

Otonomi ve otorite arasında çözülemeyecek bir çatışma olduğu söylenir. Çünkü otonomi ya da Raz'ın tartışmasındaki ilk pratik ilke kişinin ne yapacağına her daim kendisinin, sebepler dengesi bağlamında karar vermesi gerektiğini söylerken, otorite anlayışı meşru otorite tarafından çıkarılan direktifler söz konusu olduğunda kişinin sebepler dengesine gitmeden, direktifin buyurduğunu sebepler dengesine yerine geçecek şekilde algılayıp davranmasını salık verir. Bu ikisi arasında bir çatışma olduğu aşikârdır.

⁷²³ *Ibid.*, s. 6.

⁷²⁴ *Ibid.*, ss. 6-7.

⁷²⁵ *Ibid.*, s. 8.

⁷²⁶ Bu eleştiriler Raz'ın dışlayıcı sebeplerin varlığını gösterdiğini düşündüğü psikolojik etkenlere yönelir. Eleştiriler için bkz. Gans, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *op. cit.*, ss. 387-390; Michael S. Moore, “Authority, Law, and Razian Reasons”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), ss. 860-873.

Kanımızca bu çatışmanın çözülebileceği, çözüm kavramından bilimsel ya da mantıksal kesinliğe sahip bir çözüm anlaşılmadığı sürece, iddia edilebilir.

Otorite tarafından çıkarılan direktiflerin hem birinci düzey hem de ikinci düzey sebep teşkil ettiğini daha önce belirtmiştik. Yani, bu direktifler bir yandan muhataplarının normal şartlar altında sahip oldukları sebeplerin tartılmasına dayanarak hareket etmelerini engelleyerek dışlayıcı ve dolayısıyla ikinci düzey sebep olurken, bir yandan da öngörülen eylem lehine birinci düzey sebep teşkil eder. Otonomi ilkesinin de bu bağlamda ikinci düzey bir sebep olduğu genellikle gözden kaçmıştır. Hatırlanacağı üzere, Raz ikinci düzey sebepleri olumlu ve olumsuz yönleriyle ele almış, olumsuz ikinci düzey sebepleri, yani dışlayıcı sebepleri, “belli sebeplere dayanarak davranmaktan kaçınmaya yönelik sebepler” olarak tanımladıktan sonra olumlu ikinci düzey sebepleri “belli sebeplere dayanarak davranmaya yönelik sebepler” olarak tespit etmişti⁷²⁷. Bu anlamda otonomi ilkesi kişilerin her daim sebepler dengesine göre hareket etmesini öngörerek ikinci düzey bir sebep teşkil etmektedir. Neticede otonomi ilkesini “sebepler dengesinde ağır gelen sebeplere dayanarak hareket et” şeklinde yeniden formüle edebiliriz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bir itiraz Raz’ın işaret ettiği psikolojik olguların pekâlâ sebeplerin mantıksal açıdan homojen olduğunu ileri süren bir teori tarafından da açıklanabilecek olduğunu iddia eder. Ancak, Shiner’a göre bu basit itiraz karşısında hemen gerilemeye gerek yoktur. En nihayetinde, felsefi olmayan sezgisel bir düzlemde dışlayıcı sebep kavramının doğru olduğu söylenebilir⁷²⁸. Eğer dışlayıcı sebebin böyle bir sezgisel doğruluğu varsa ve bazı eylemlerin normatif yönünün açıklanmasında sadece birinci düzey sebeplerden müteşekkil bir teoriden daha başarılı oluyorsa, bütün sebeplerin mantıken aynı şekilde işlediğini ve bunların en nihayetinde birbirine karşı tartılacağını söylemek doğru görünmemektedir⁷²⁹.

Shiner, fenomenolojik argümana ilişkin eleştiriler konusunda en nihayetinde Perry ile saf tutar. Yukarıda gördüğümüz gibi, Perry ikinci düzey sebepler kategorisinin Raz’ın iddia ettiğinden daha geniş olduğunu düşünür ve bu kapsamda tekrar

⁷²⁷ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 39.

⁷²⁸ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, op. cit., s. 8.

⁷²⁹ *Ibid.*

ağırlıklandırma sebepleriyle epistemik açıdan sınırlandırılmış sebeplerden bahseder⁷³⁰. Perry'nin görüşlerini yukarıda incelediğimiz için burada detaya girmeyip, Shiner'ın konuya yaklaşımını belirtmekle yetineceğiz. Shiner'a göre, aralarında benzerlikler olsa da, Perry'nin düşüncesi Raz'ın görüşlerinden birçok açıdan farklıdır. Bunun sebebi Perry'nin tekrar ağırlıklandırma ve epistemik açıdan sınırlandırılmış sebeplerinin maddi ilkelerle belirlenmesi, ancak Raz'ın dışlayıcı sebeplerinin dışlayıcı niteliğinin şekli bir nitelik olmasıdır⁷³¹. Shiner'a göre, Perry'nin düşünceleri Raz'ın fenomenolojik argümanının daha fazla desteğe ihtiyacı olduğunu göstermeye yeter⁷³².

Perry'nin eleştirilerini incelerken gerekli açıklamaları yapmıştık. Kanımızca Perry'nin eleştirileri en nihayetinde Raz'ın otorite ve dışlayıcı sebepler temelinde geliştirdiği pozitivist teoriyi tamamen reddetmemekte, yalnızca bu teorinin Ortak Hukuk sistemlerinin anlaşılmasında yetersiz kalabileceğine işaret etmektedir. Shiner'ın da en nihayetinde fenomenolojik argümanı tamamen reddetmeyi amaçlamadığını, ancak bu argümanın eksiklerine işaret etmeyi amaçladığını göz önüne alarak daha detaylı bir inceleme gerçekleştirmekten kaçınıyoruz.

c. Fonksiyonel Argümanın Eleştirisi

Hatırlanacağı gibi, Raz'ın dışlayıcı sebepleri somut kararlar ve daha derin değerlendirmeler arasında aracılık görevi üstlenir⁷³³. Kuralların pratik akıl yürütmedeki rolü, ahlaken yapılması gereken konusunda farklı görüşler arasında uzlaşma sağlamaktır. Fonksiyonel argümanın iddia ettiği ise, dışlayıcı güçten mahrum olan sebeplerin kendilerinden beklenen bu uzlaşma sağlayıcı faydayı sağlayamayacak olmasıdır⁷³⁴. Raz'a göre, örneğin tatil için Antalya'ya gitmeyi kural edinmiş olan kişi, bu kural aracılığıyla birçok avantaj elde eder. Bunlar arasında her yaz tatile gidilecek yer hakkında değerlendirme yapma zahmetinden kurtulması, tur şirketlerine ödenen meblağın azalması ve zaman kazanılması sayılabilir⁷³⁵. Bir başka deyişle, kişinin tatilde

⁷³⁰ Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", *op. cit.*, ss. 932, 943.

⁷³¹ Shiner, "Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour", *op. cit.*, s. 10.

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 58.

⁷³⁴ Shiner, "Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour", *op. cit.*, s. 11.

⁷³⁵ Uyarladığımız örnek için bkz. Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *op. cit.*, s. 141.

belli bir yere gideceğine ilişkin bir karar vermesi, kural koymasının anlamı, her sene sebepler dengesine başvurarak karar verme zahmetinden kurtulmaktır. Bu bağlamda, kişinin eylemi ancak belli birinci düzey sebeplerin pratik değerlendirmeden dışlanmasıyla açıklanabilir. Dolayısıyla, bu kurallar dışlayıcı sebep değil de çok ağır sebepler olarak algılanırsa kişinin yine de Antalya'nın tatil bakımından avantaj ve dezavantajlarını değerlendirmesi gerekirdi⁷³⁶.

Shiner fonksiyonel argümanın gücünü göstermek için Moore tarafından bu argümana yöneltilen bir eleştiriyi ele alır. Shiner'a göre Moore'un temel itirazı şu şekilde ifade edilebilir: Moore'a göre dışlayıcı sebep düşüncesinin dâhil olduğu bir normatif sistemin verdiği kararlarda her zaman meşru olması mümkün değildir. Bunun sebebiyse doğru eylemin her daim sebepler dengesi neticesinde karar verilen eylem olması, dışlayıcı sebeplerinse en nihayetinde tanımları itibariyle bu dengeyi değiştirebilecek bazı birinci düzey sebepleri pratik değerlendirmelerin dışına itecek olmasıdır⁷³⁷. Shiner, Raz'ın “doğru eylem, sebepler dengesine göre karar verilen eylemdir” düşüncesini açıkça reddettiğine dikkat çeker. Moore'un önerdiği hukukun bir mutlak takdir sistemi (*system of absolute discretion*) olduğudur⁷³⁸. Böyle bir normatif sistemin fikir ayrılıklarına dayanan pek çok olumsuz yanı vardır ve Raz'a göre bu olumsuzluklar fonksiyonel argümanın gücünü gösterir⁷³⁹.

Netice itibariyle, fonksiyonel argümanın geçerliliğini kabul etmeye hazır görünen Shiner, Raz'ın bu argümanla hukuki pozitivizm arasında kurmaya çalıştığı bağlantıyı reddeder. Raz, kuralların dışlayıcı sebep olmadan fonksiyonlarını yerine getiremeyecek olmasının, bu kurallarının içeriğinin ve varlığının toplumsal bir kaynak tarafından belirlenmesini gerektirdiğini düşünür⁷⁴⁰. Shiner'a göreyse, kaynak tezinin buradaki varlığı yanıltıcıdır. Pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki anlaşmazlık pozitif hukukun varlığı veya yokluğu üzerine değil, en geniş hâliyle doğal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki ilişkinin hukuk kavramının analizine nasıl yansıtılacağına ilişkindir⁷⁴¹.

⁷³⁶ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, ss. 11-12.

⁷³⁷ *Ibid.*, s. 12. Shiner'ın özetlediği açıklamalar için bkz. Moore, “Authority, Law, and Razian Reasons”, *op. cit.*, ss. 859-873.

⁷³⁸ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, s. 12.

⁷³⁹ *Ibid.*, ss. 12-13.

⁷⁴⁰ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 52.

⁷⁴¹ Shiner, “Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour”, *op. cit.*, s. 13.

Dışlayıcılık ve kamusal olarak belirlenebilir olmak eylem sebebi olduğu düşünülen olguların şekli özellikleridir⁷⁴². Doğal hukuk teorileri ve pozitivizm arasındaki tartışmaysa, ne tür olguların dışlayıcı sebep olduğu hakkındadır⁷⁴³. Shiner netice itibariyle, fonksiyonel argümanın pozitivizm karşıtı görüşlerle uyumlu olduğuna karar verir⁷⁴⁴.

Daha önce Raz'ın fonksiyonel argümanı nihai bir argüman olarak benimsemediğini belirtmiştik. Bununla birlikte, Shiner da zaten bu argümana değil, bu argüman temelinde hukuki pozitivizm lehine geliştirildiğini düşündüğü kaynak tezine karşı çıkmaktadır. Biz kaynak tezini çalışmamızın son bölümünde ele alacağız. Bununla birlikte kaynak tezinin, yani sert pozitivizmin doğruluğunu veya yanlışlığını araştırmadığımız için bu çalışmada kaynak tezinin sıhhatine ilişkin nihai bir tespitte bulunmayacağız.

C. HUKUK KURALLARININ DIŞLAYICI SEBEP NİTELİĞİNE İLİŞKİN NİHAİ DEĞERLENDİRME

Artık ele aldığımız eleştiriler ve eleştirilere verilebilecek yanıtlar bağlamında nihai kararımızı verebiliriz. Burada her eleştiri bağlamında uzlaştığımız sonuçları özetlemek yerine, bakış açımızı ve çalışmanın bundan sonraki kısmı için doğru olduğunu düşündüğümüz teoriyi ortaya koymaya çalışacağız.

Raz'ı eleştiren düşünürlerin bazı açılardan haklı olduğu düşünülebilir. Kanımızca Gans'ın psikolojik argüman ve amaçsal argüman hakkındaki eleştirilerinde ciddi bir haklılık payı vardır. Hatırlayalım: Gans'a göre muhatapların belli durumlarda duyduğu vicdan azabından bahisle dışlayıcı sebeplerin varlığının ispatlanması mümkün değildir. Nitekim bu vicdan azabı pekâlâ uyulamayan sebeplerin ağırlığından da kaynaklanıyor olabilir. Uyulması gereken sebepler ne derece önemli (ağır) olursa olsun, hemen hemen aynı önemdeki bir başka sebebe uyulamıyor olması muhataplarda vicdan azabına yol açar. Doğru: Söz konusu vicdan azabı pekâlâ dışlayıcı bir sebepten dolayı

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ *Ibid.*, ss. 13-14.

belli bir sebebe dayanamamaktan dolayı da ortaya çıkabilir. Ancak, aynı durum uyulamayan sebebin ağırlığıyla da açıklanabiliyorken ve ihmal edilen, kendisine dayanarak hareket edilemeyen sebebin önemsiz olduğu durumlarda söz konusu vicdan azabı hissedilmiyorken psikolojik argümanın dışlayıcı sebeplerin varlığını göstermekte başarılı olduğu söylenemez. Benzer şekilde amaçsal argüman da nihai anlamda başarılı olamamaktadır ve bu başarısızlık Raz tarafından da kabul edilmiştir. Toplumsal hayatta normatif hususlara ilişkin koordinasyonun sağlanması, bir başka isim altında hukuki belirlilik, belli bir düzeyde elbette arzu edilebilir. Ancak, tıpkı somut durumda adalet değeri ile hukuk belirlilik arasında çatışma olabileceği gibi, toplumsal koordinasyon ve doğru eylemi gerçekleştirme değerleri arasında da bir çatışma olabilir. Toplumsal koordinasyonun doğru eylem idealinden daha değerli olduğu gösterilmedikçe, koordinasyonun ancak dışlayıcı niteliğe sahip hukuk kuralları tarafından sağlanabileceği argümanı, hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil ettiğini göstermek için kullanılamaz. Öte yandan, Raz'ın teorisinin bu engeli normal gerekçelendirme tezi aracılığıyla aştığı söylenebilir. Nitekim bir hukuk kuralı, yalnızca muhatap o kuralı ihdas eden otoritenin kararlarına riayet ettiğinde sahip olduğu sebeplere daha iyi uyacaksa dışlayıcı nitelik taşır. Tam da bu yüzden dışlayıcı sebepler lehine en güçlü argüman hâlâ normal gerekçelendirme tezidir, amaçsal argüman değil.

Normlar, ancak başka normlardan türer. Normların normatif açıdan önemli olduğunu belirlediği olgular eylem sebebi teşkil eder. Hukuk ise meşru otorite olduğu iddiasındadır. Eğer muhataplar normlar dolayısıyla sahip oldukları eylem sebeplerine ilişkin kendi yargılarına güvenmektense hukukun dediğini yaparlarsa, sahip oldukları eylem sebeplerine daha iyi uyacaklardır. Her iddia gibi hukukun iddiası da doğru veya yanlış olabilir. Hukukun yalnızca meşru otorite tarafından yaratıldığı durumlarda taşıdığı normatif gücü açıklayabilmek için, hukukun otorite iddiasının doğru olabilmesinin şartları ve sonuçlarının ortaya konması gerekir.

Joseph Raz'ın otorite temelli hukuk anlayışı, pratik akıl ve hukuki normativite arasında genellikle hukuk kurallarının sahip olduğu düşünülen bağlayıcı gücü açıklayabilen bir bağ kurar. Buna göre, eğer belli bir konuda muhatap otoritenin

direktiflerini izleyerek normatif gerekliliklere daha iyi uyacaksa, söz konusu otorite meşru otoritedir. Meşru otoritenin direktifleri muhatapları açısından dışlayıcı sebep teşkil eder. Dışlayıcı sebepler belli sebeplere dayanarak davranmaktan kaçınmak yönündeki ikinci düzey sebeplerdir.

Kanımızca yukarıda ele aldığımız ve Joseph Raz'ın otorite ve dışlayıcı sebep anlayışlarına yöneltlen eleştiriler Raz'ın düşüncelerinin reddine sebep olabilecek nitelikte değildir. Elbette, bu eleştirilerin hepsini kesin bir biçimde çürütebildiğimiz söylenemez. Özellikle Stephen Perry'nin eleştirileri daha detaylı bir incelemeyi hak etmektedir. Bununla birlikte, diğer eleştirilerin büyük kısmının Raz'ın anlayışına ilişkin yanlış yorumlardan muzdarip olduğunu söyleyebiliriz. Sonuç olarak biz, Raz'ın teorisinin hukuki normativiteyi otorite temelinde açıklamakta çok büyük ölçüde başarılı olduğunu düşünüyoruz.

Muhatabın ne yapması gerektiğine ilişkin başkalarının değerlendirmesine uyması ancak ahlaki sebepler temelinde açıklanabilecek olabilir. Bununla birlikte, sağduyu da normativitenin kaynağı olarak görülebilir. Hatta hukuki normativite ve sağduyu kaynaklı normativite arasında hukuk sistemlerinin yaptırım içermesinden dolayı önemli bir bağlantı olduğunu da sezebiliriz. Ahlaki normativitenin daha önemli ve güçlü olduğu yönündeki genel kanı ve mühim olanın yaptırımın uygulanmasının ahlaki şartlarını belirlemek olduğu yönündeki düşünce⁷⁴⁵ hukuki normativitenin öncelikle ahlakla ilişkilendirilmesine yol açıyor olabilir. Hatta, bu düşünce bir ihtimal doğru bile olabilir. Yine de kanımızca sağduyu kaynaklı normativiteyi ihmal eden bir hukuki normativite anlayışı eksik kalacaktır. Bunun nedenini açıklayacağız. Ancak, öncelikle Raz'ın sağduyu-ahlak ilişkisi hakkındaki düşüncelerine kısaca değinelim.

Raz hukuka niçin uyduğumuzun açıklanmasının hukuki normativiteyi anlamak için yeterli olmadığını düşünür. Bir başka deyişle, hukuken geçerli olan bir normun öngördüğü davranışı gerçekleştirmek için bu normun hukukiliğinden, bir hukuk sistemine ait olmasından farklı bir sebebe sahip olmamız, hukuk kuralının niçin bir

⁷⁴⁵ Dworkin'in teorisi hukukun önemli fonksiyonlarından bir tanesinin devlet tarafından kuvvet kullanımının ne zaman meşru olduğunu belirlemek olduğunu ileri sürer. Bkz. Ronald M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, s. 93. Ayrıca bkz. Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2001, ss. 104-105.

norm olduğunu açıklamaya yetmez⁷⁴⁶. Sormamız gereken soru, belli bir eylemi gerçekleştirmemizin gerekmesinin sebebinin bir hukuk kuralının bu eylemi öngörmesi olup olmadığıdır. Yani, bir hukuk kuralının sırf hukuk kuralı olması nedeniyle öngördüğü eylem lehine sebep sağlayıp sağlamadığı sorgulanmalıdır⁷⁴⁷.

Burada hukuki normativiteden bahsedebilmek için her hukuk kuralına sırf o kural bir hukuk kuralı olduğu için uyulması gerektiğinin iddia edilip edilmediğinden emin değiliz. Raz, belli bir normun öngördüğü eylemi gerçekleştirmek için sebebimiz olmasının, hatta çoğu durumda böyle bir sebebin bulunmasının bütün hukuk kurallarının eylem sebebi teşkil ettiğini göstermeyeceğini belirtir⁷⁴⁸. Biz sistemsel geçerliliğe sahip her hukuk kuralının bir norm niteliği taşımayacağını ve muhataplarının sistemsel geçerliliğe sahip bazı hukuk kuralına uymak için hiçbir eylem sebebine sahip olmayabileceğini düşünüyoruz. Bu düşüncemizi ilerleyen bölümlerde açıklayacağız. Raz'ın düşünceleri hakkında söyleyebileceğimiz hukuki normativiteyi hukuka özgü bir yolla açıklamaya çalıştığımızdır.

Her hukuk kuralının niçin eylem sebebi teşkil ettiğini açıklamaya yönelik ilk olasılık yaptırım temelli bir hukuk anlayışı geliştirmektir. Raz'ın sağduyu kaynaklı normativite hakkındaki düşüncelerinin izini de burada sürmeye başlarız. En nihayetinde Raz, yaptırımın bir eylem sebebi olduğunu, ancak yardımcı (*auxiliary*) ve eksik (*partial*) bir eylem sebebi olduğunu vurgular. Tam sebep muhatabın yaptırımdan kaçınma arzusunu veya kendisine yaptırım uygulanmasının menfaatine aykırı olduğu gerçeğini de içermelidir⁷⁴⁹. Raz'ın hukuk kurallarının her zaman yaptırım içermediğini de vurgular⁷⁵⁰. Sonuç olarak, Raz'a göre yaptırım kavramı hukukun bir eylem sebebi olduğunu açıklayabilse de hukuk kuralının niçin bir norm olduğunu açıklayamaz.

⁷⁴⁶ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 155.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ *Ibid.*, s. 161. Bununla birlikte, yaptırım zaten genel itibariyle muhataba uygulanacak bir kötülük tehdidi olarak tanımlanır (John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Robert Campbell, New York: Henry Hold and Company, 1875, s. 217). Hâl böyleyken, yaptırımın muhatabın kötülüğüne olacağı olgusunun muhatabın pratik değerlendirmelerinde ayrıca yer almasının gerekmeyeceğini düşünüyoruz. Ancak, buradaki amacımız kısaca Raz'ın hukuki normativitenin sağduyu aracılığıyla açıklanmasına dair itirazlarını dile getirmek olduğundan detaylı bir tartışmaya girmeyeceğiz. Sağduyunun hukuki normativitenin açıklanmasında nasıl bir rol oynayabileceği zaten ilerleyen bölümlerde işlenecektir.

⁷⁵⁰ Örn. bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 158 (Raz hukuk uygulayıcılarına yönelik yaptırım içermeyen ve uyulması zorunlu (*mandatory*) normların bulunma olasılığına dikkat çeker).

Bunun nedeni yaptırım temelli eylem sebebinin dışlayıcı sebep niteliği taşımasıdır⁷⁵¹. Raz'ın anlayışına göreyse uyulması zorunlu normlar (*mandatory norms*) dışlayıcı sebep niteliği taşımaktadır⁷⁵².

Yaptırım dışında Raz genel olarak ahlak ve sağduyu ilişkisini de ele alır. Raz'ın temel düşüncesi ahlak ve sağduyunun felsefi anlamda varsayıldığı kadar uzak, ilintisiz ve sıkça çatışan normatif alanlar olmadığı yönündedir⁷⁵³. Bununla birlikte, Raz ahlak ve sağduyunun gereklerini birebir örtüştüğünü iddia etmediğini özellikle vurgular⁷⁵⁴. Raz'ın ahlaki ve sağduyu kaynaklı normativitenin sanıldığı kadar birbirinden farklı olmadığı ve sık çatışmayabileceği yönündeki düşüncesi geliştirdiği hukuk teorisinin sağduyuya atıfta bulunmamasını açıklayan bir başka husus olabilir.

Çalışmanın sonraki aşamaları açısından sorulması gereken iki husus şudur: Hukukun meşru otorite tarafından yaratılmadığı durumlarda hukuki normativite nasıl açıklanacaktır? Raz'ın *de facto* hukuki otoritenin çoğu zaman meşru otorite olmadığı yönündeki tespiti de hatırlanırsa, hukuk kurallarının normativitesini dışlayıcı normatif güçten bağımsız bir şekilde açıklamanın önemi artmaktadır. Raz bu konuya değinmiştir. Yazara göre bir normun birinci düzey normatif gücü, bir başka deyişle birinci düzey sebepler dolayısıyla sahip olduğu normatif güç, hizmet ettiği değerlere bağlıdır. Raz hemen ardından bu gücün norm tarafından talep edilen davranışı gerçekleştirmek yönünde sahip olunan sebeplere bağlı olduğunu belirtir⁷⁵⁵. Çalışmamızın son bölümünde hukuk normunun bağlayıcılığını açıklamaya ve bu bağlayıcılığı geçerlilik kavramıyla ilintili hâle getirmeye çalışacağız. Bunu yaparken dışlayıcı sebep niteliği taşımayan bir hukuk normunun normatif gücünü Raz'ın önerdiğine paralel bir biçimde, muhatabın normun öngördüğü davranışı gerçekleştirmek yönünde sahip olduğu sebeplere göre belirleyeceğiz.

Hukuki normativite portresinin tamamlanabilmesi için öncelikle geçerlilik kavramını ele alabiliriz. Nitekim geçerlilikten kasıt hukukun bir norm olarak

⁷⁵¹ *Ibid.*, s. 161.

⁷⁵² *Ibid.*, s. 65.

⁷⁵³ Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, ss. 315-318.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, s. 319.

⁷⁵⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 77.

mevcudiyetidir⁷⁵⁶. Çalışmamızın gelecek bölümünde geçerlilik kavramını ele alacak ve eylem sebeplerinin klasik geçerlilik anlayışına nasıl bir katkı sunabileceğini tartışacağız.



⁷⁵⁶ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 10.

İKİNCİ BÖLÜM

GEÇERLİLİK VE NORMATİVİTE

Çalışmanın bu kısmındaki temel amacımız geçerlilik kavramının anlamını ortaya koymaktır. Böylelikle, hukuk kurallarının normatif niteliğinin, dışlayıcı normatif güce sahip olmadıkları durumlar açısından da açıklayabilmek adına ilk adımı atmış olacağız. Bizim için önem teşkil eden bir başka husus eylem sebeplerinin geçerlilik anlayışına nasıl bir katkı sağlayacağıdır. Bu nedenle, şu ana dek eylem sebepleri hakkında yürüttüğümüz tartışmaların hukuki geçerliliğin açıklanmasında nasıl yer alabileceğini de ortaya koyacağız.

Geçerlilik kavramı, hukuk teorisindeki temel kavramlardan biri olmasına rağmen, üzerinde hemfikir olunabilmiş bir anlama sahip değildir. Bu nedenle, kavramın anlamını tespit edebilmek için farklı geçerlilik anlayışlarına değinerek bu anlayışların artı ve eksilerini değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda yer verilecek geçerlilik anlayışlarını “aksiyolojik geçerlilik”, “sistemsel geçerlilik” (sisteme aidiyet olarak geçerlilik) ve “olgusal geçerlilik” (etkililik olarak geçerlilik) olarak sıralayabiliriz. Bununla birlikte, çalışmamızın giriş bölümünde açıkladığımız sebeplerle, olgusal geçerliliğe Alf Ross’un düşünceleri doğrultusunda ve çok kısa bir biçimde yer vereceğiz. Asıl odak noktamızı doğal hukukçu veya doğal hukuk anlayışından etkilenmiş teorilerin merkezinde yer alan aksiyolojik geçerlilik anlayışıyla hukuki pozitivistizmin temel geçerlilik anlayışı olan sistemsel geçerlilik oluşturacak.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışı, köklü ve geniş bir gelenek olan doğal hukukçuluğun merkezinde yer almaktadır. Bununla birlikte, bu geleneğin temsilcilerinin teorileri arasındaki bütün farklar ve detaylarıyla burada incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle olabildiğince modern doğal hukuk anlayışına yoğunlaşacağız. Bu kapsamda Gustav Radbruch, Lon L. Fuller ve Robert Alexy’nin geçerlilik anlayışlarına değineceğiz. Bu üç düşünürün aksiyolojik geçerlilik anlayışı hem birbiriyle ilgisi hem de hukuki pozitivistizmin eleştirisini sunmayı amaçlamaları bakımından önemlidir.

Sistemsel geçerlilik anlayışı için Jerzy Wróblewski'nin tanım ve değerlendirmelerinden yola çıkacağız. Sonrasında Hans Kelsen ve H.L.A. Hart'ın teorilerinde sistemsel geçerlilik anlayışına ne şekilde yer verildiğini inceleyecek, bu anlayışın artı ve eksilerini, açıklayabildiği ve açıklayamadığı hususları ortaya koyacağız.

Bölümün temel iddiasını şu şekilde özetleyebiliriz: Hukuki geçerliliği ifade etmeye en yakın anlayış sistemsel geçerliliklerdir. Sistemsel geçerliliğin özellikle bir kuralın niçin hukuk kuralı olduğunu ifade etmekte başarılı olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte, aksiyolojik geçerlilik anlayışı, en azından bizim ele aldığımız yazarlar açısından, sistemsel geçerliliği dışlamaz. Aksiyolojik geçerlilik yalnızca belli şartlar altında sistemsel geçerlilik anlayışının yeterli olmadığını ifade eder. Değerlendirmelerimiz neticesinde sistemsel geçerlilik anlayışının hukuk uygulayıcılarının kullandığı anlamıyla geçerliliği açıklayabilmesine rağmen, sistemsel açıdan geçerli bir hukuki işlemin niçin norm niteliği taşıdığını açıklayamadığını iddia edeceğiz. En nihayetinde sistemsel geçerliliğin bu eksikliğin ancak eylem sebeplerine dayanan aksiyolojik bir unsurla giderilebileceğini, bu aksiyolojik unsurun aksiyolojik geçerlilik anlayışındaki aksine negatif değil, pozitif bir unsur olması gerektiğini ve hukuki normativitenin sistemsel geçerliliği temel alan melez bir geçerlilik anlayışıyla açıklanması gerektiği sonucuna ulaşacağız.

Geçerlilik ve anlamına ilişkin literatür bir hayli kabarıktır. Burada literatürdeki her bir düşüncüyü inceleyeceğimiz iddiasını taşımıyoruz. Temel olarak aksiyolojik ve sistemsel geçerlilik anlayışlarını inceleyeceğiz ve bu anlayışların eleştirisini sunacağız. Ancak, öncelikle çalışmamıza esas alamayacağımızı düşündüğümüz olgusal geçerlilik anlayışını Alf Ross'un düşünceleri doğrultusunda ele almak, bu anlayışın bizim projemiz açısından niçin benimsenemeyeceğini ortaya koymak isteriz.

Bununla birlikte, Ross'un geliştirdiği hâliyle olmasa da, olgusal geçerlilik anlayışının önem atfettiği etkililik kavramı ve etkililik olarak geçerlilik anlayışı hukuk sisteminin geçerliliğinin açıklanması noktasında bizim açımızdan önem teşkil edecektir. Dolayısıyla, bu kısmın tek amacının olgusal geçerlilikten üstünkörü bir biçimde bahsetmek ve sonrasında bu anlayışı eleştirerek reddetmek olduğunu söyleyemeyiz.

I. OLGUSAL GEÇERLİLİK⁷⁵⁷

Olgusal geçerliliğe (*factual validity*) etkililik olarak geçerlilik (*validity as efficacy*) ismi de verilebilir. Nitekim bu anlayış bir normun geçerli olup olmadığını değerlendirirken olgusal bir kavram olan etkililiği esas almaktadır. Olgusal geçerlilik anlayışı hukuki realist teorilerin benimsediği geçerlilik anlayışıdır. Biz olgusal geçerlilik anlayışını İskandinav realisti Alf Ross'un görüşleri çerçevesinde ele alacağız. Bununla birlikte, olgusal geçerlilik anlayışı üç geçerlilik anlayışı arasında en kısa biçimde ele alacağımız anlayış olacaktır. Bunun nedeni olgusal geçerliliğin önemsiz olduğunu düşünmemiz değildir. Bununla birlikte, bu kısımda hukuki normativiteyi açıklayacak geçerlilik anlayışını araştırmaktayız. Göreceğimiz gibi olgusal geçerlilik anlayışı bir hukuk sistemindeki kuralların normatif niteliğini açıklamakla ilgilenmez. Öyle ki olgusal geçerliliği düşünceleri doğrultusunda inceleyeceğimiz Alf Ross'un teorisi zaten hukuku, metafizik olarak nitelendirdiği olması gerekene ilişkin önermelerden arındırmaya yönelmiştir⁷⁵⁸.

Bununla birlikte, olgusal geçerlilik anlayışını tamamen çalışmamızın dışında bırakmak mümkün değildir. Bunun iki temel nedeni olduğunu söyleyebiliriz. İlk olarak, aşağıda göreceğimiz gibi, hukuk sistemindeki hiyerarşik anlamda en üstün normun geçerliliği ile hukuk sistemindeki diğer normların geçerliliği için farklı kriterler benimsemek gerekmektedir. Biz hukuk sistemindeki en üstün normun geçerliliğinin açıklanmasında olgusal geçerlilik anlayışının rol oynayabileceğini düşüneceğiz⁷⁵⁹. Bizim bu düşüncemizin dışında, etkililik kavramı Hart ve Kelsen gibi pozitivistler tarafından hukuk sisteminin geçerlilik şartı olarak görülmektedir. İkinci olarak, etkililik kavramı yalnızca hukuki realistler tarafından önem arz etmez. Hans Kelsen de genel itibarıyla sistemsel geçerlilik anlayışını benimsemesine rağmen hukuk sistemindeki normların geçerliliği için minimum bir etkililiği şart koşturmaktadır. Dolayısıyla, olgusal

⁷⁵⁷ Bu kısımdaki tartışmalar şu iki çalışmamıza dayanmaktadır: Yahya Berkol Gülgeç, "Hukuk Bir Yere Gitti Mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 15 (2019), ss. 171-192; Yahya Berkol Gülgeç, "Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2 (2019), ss. 875-910.

⁷⁵⁸ Stephen Munzer, *Legal Validity*, Lahey: Marinus Nijhoff, 1972, s. 7.

⁷⁵⁹ Bununla birlikte, aşağıda açıklayacağımız gibi bizim benimsediğimiz etkililik anlayışı Ross'un etkililiğinden farklıdır.

geçerlilik anlayışı hem bizim bağdaştırma projemiz, hem de geçerlilik anlayışlarına aşağıda yer vereceğimiz düşünürlerin teorileri kapsamında önemli rol oynayacak olan etkililik kavramının anlaşılması açısından önem arz eder. Ayrıca, aşağıda göreceğimiz gibi, Alf Ross'un ve hukuki pozitivistlerin etkililik anlayışları arasında önemli bir fark vardır. Olgusal geçerlilik anlayışının işlenmesi bu farkın ortaya konması açısından da önem teşkil edecektir.

A. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN ANLAMI

Hukuki realistlere göre hukuk kurallardan değil, hukuk uygulayıcılarının somut durumda verdiği karar ve tepkilerden müteşekkildir⁷⁶⁰. Alf Ross da hukuk alanında ampirik ilkelere dayanmak gerektiğini savunur. Hukuk alanında normatif âlemi reddederek geçerliliği toplumsal bir olgu olarak yeniden yorumlamayı amaçlar⁷⁶¹. Bu anlamda İskandinav realizmi hem saf hukuk kuramı hem de Amerikan realizmiyle bir karşıtlık teşkil eder. Alf Ross saf hukuk kuramını temel norm ve olgular arasındaki boşluğu dolduramadığı için, Amerikan realizmini ise yargının sınırsız olduğu tezinden dolayı geçerlilik kavramını açıklayamamakla eleştirmektedir⁷⁶².

Alf Ross geçerliliğin en az üç farklı anlam taşıyabileceğini belirtmektedir. İlk olarak, geçerli olduğu söylenen bir hukuki işlemin arzulanan hukuki etkiyi yarattığı ifade ediliyor olabilir⁷⁶³. Ross bu ilk anlamı verili bir normatif sisteme uygun olarak ifade edilen bir hukuki yargıdır. Bu yargı hukuk kurallarını belli olgulara uygulamaktadır⁷⁶⁴.

İkinci olarak, geçerlilikle kastedilen bir hukuk normunun ve normatif sistemin varlığı olabilir⁷⁶⁵. Burada ilk anlamın aksine hukuk kuralı veya sistemine dışsal bir

⁷⁶⁰ Leon E. Grumblin, "Alf Ross and Valid Law: The Checkmate of a Scandinavian Legal Realism", *Simon Greenleaf Law Review*, C. 4 (1984-1985), s. 95.

⁷⁶¹ Alf Ross, *On Law and Justice*, 3. B., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2007, s. ix.

⁷⁶² Jerome Hall, "Book Review. Ross, A., Towards a Realistic Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Cilt: 63, S. 1 (1949), s. 183.

⁷⁶³ Alf Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editörler: Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 158.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

geçerlilikten bahsedilmektedir. Bir hukuki yargı olmayan bu ikinci anlam toplumsal olgulara atıfla gerçekleştirilen bir iddiadır⁷⁶⁶. Alf Ross, İngilizce *valid* sözcüğünün Danca *gyldig* veya Almanca *gültig* sözcüklerinin anlamını karşıladığını, ancak Danca ve Almancada aynı zamanda yürürlükteki hukuk anlamına gelen sırasıyla *gældende* ve *geltend* sözcüklerinin de bulunduğu dikkat çeker. *Gældende* veya *geltend* sözcükleri yürürlükteki hukuk, gerçekten var olan hukuk anlamlarına gelmektedir⁷⁶⁷. Alf Ross, İngilizcede bunlarla eş anlamlı bir sözcük bulamadığı için *valid* sözcüğünü yürürlükteki hukuk anlamını da kapsayacak biçimde kullandığını belirtir⁷⁶⁸. Ross'un yürürlükteki hukuktan kastı yalnızca kâğıt üzerinde kalmayıp gerçekten uygulanmakta olan, yani etkili olan hukuktur.

Üçüncü olarak, etik ve doğal hukuk kapsamındaki anlamıyla geçerlilik, hukuk kuralının *a priori* bir niteliği olarak algılanarak, geçerli hukukun bağlayıcı olduğu ve ahlaki yükümlülüğe yol açtığını ifade ediyor olabilir⁷⁶⁹. Ross'un geçerlilik ile kastettiği ve kendi teorisine temel olarak aldığı geçerlilik anlayışı ikinci anlamda, var olan ve etkili olan hukuktur.

Bu noktada Ross'un etkililik anlayışına da değinmek gerekir. Aşağıda daha detaylı bir biçimde inceleyeceğimiz etkililik kavramı muhataplarının belli normlara uyma derecesi veya belli normların hukuk uygulayıcıları tarafından uygulanma derecesi olarak ifade edilebilir⁷⁷⁰. Yetki veren normların etkililiği ise muhataplarının söz konusu normlara dayanarak amaçladıkları hukuki neticeye erişme derecesi şeklinde özetlenebilir⁷⁷¹. Alf Ross'un etkililik anlayışı bu alışıldık formülden farklıdır. Ona göre, "A geçerlidir" şeklindeki bir önerme belli bir konuda hâkimlerin A'nın ifade ettiği şekilde karar vereceğine dair bir tahmini dile getirmektedir. Alf Ross etkililiğin yukarıda verdiğimiz tanımda belirtildiği gibi geçmişe yönelik bir tespit değil, gelecekte hâkimlerin eylemine ilişkin bir hesaplama niteliği taşıdığını düşünür⁷⁷². Hâkimin

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ *Ibid.*, ss. 158-159.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, s. 159.

⁷⁶⁹ *Ibid.* Çalışmamızın bir sonraki bölümünde ortaya koymaya çalışacağımız gibi, bağlayıcılığın mutlaka ahlaki yükümlülük olarak algılanması gerekmez.

⁷⁷⁰ Bkz. Joseph Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 203.

⁷⁷¹ Munzer, *Legal Validity*, op. cit., 1972, s. 5.

⁷⁷² Ross, *On Law and Justice*, op. cit., s. 22.

gelecekteki eyleminin tahmin edilmesi eğer mümkünse, bunun sebebi hâkimlerin karar verirken dayanak aldıkları kuralları keyfî biçimde değil, ortak olarak sahip oldukları bir normatif ideolojiye göre belirlemesi olabilir⁷⁷³.

B. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN BELİRLEYİCİSİ

Esasen olgusal geçerliliğin belirleyici ifadesini değil, olgusal geçerliliğin şartı ifadesini kullanmak gerekir. Ancak, Ross bütün hukuk kurallarının hâkimlere hitap ettiğini⁷⁷⁴ ve kuralların anlamının hâkimlerin onlara yüklediği anlama bağlı olduğunu belirtir⁷⁷⁵. Keza hukuk kuralı ancak gelecekteki bir uyumsuzlukta hâkimler tarafından uygulanacaksa geçerli olabilir⁷⁷⁶. Dolayısıyla, Ross'un teorisi hem hangi içeriğin geçerli olduğunu hem de söz konusu içeriğe yer veren hukuki işlemin geçerli olup olmadığının belirleyicisi hâline gelir. Bu nedenle de olgusal geçerliliğin şartı yerine, bu geçerliliği belirleyecek olan kişiye, yani hâkime vurgu yapmanın daha doğru olacağını düşünüyoruz.

Hart, hukuk normlarının hâkimlere hitap ettiği görüşünü Kelsenci dogma olarak adlandırır⁷⁷⁷. Bununla birlikte, Kelsen'in anlayışında hukuk kuralı yalnızca hâkimlere değil, yaptırım uygulama yetkisine sahip olan makam, organ ve kişilere hitap etmektedir⁷⁷⁸. Bununla kastedilen, hukuk yetkilisi olmayan vatandaşların ancak ikincil muhatap olabileceğidir⁷⁷⁹. Ross bu "Kelsenci dogma"yı yalnızca hâkimlere ilişkin olarak benimser. Buna göre, hâkimler hukuk sistemindeki yaptırım uygulayacak olan kişiler olduğu için, hukuk kurallarının birincil muhatabı onlarken, hukuk uygulayıcısı olmayan vatandaşlar ancak ikincil muhatap olabilecektir⁷⁸⁰. Ross'un geçerlilik anlayışının eleştirisinde belirteceğimiz gibi, bu kabul hukuk sistemindeki bazı

⁷⁷³ *Ibid.*, s. 75.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, s. 33.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, s. 29.

⁷⁷⁶ Katarzyna Eliaz ve Wojciech Załuski, "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *PRINCIPIA*, C. 61-62 (2015), s. 248.

⁷⁷⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart, "Scandinavian Realism", *Cambridge Law Journal*, C. 17, S. 2 (Kasım 1959), s. 236

⁷⁷⁸ Kelsen, *General Theory of Norms*, *op. cit.*, s. 52.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, s. 33.

yaptırımların hâkimler dışındaki hukuk uygulayıcıları tarafından uygulandığını ıskalayarak Ross'un teorisini "yargı fetişisti" hâline getirmektedir⁷⁸¹.

Ross hukuk kurallarının muhataplarına ilişkin bu tespiti satranç alegorisinden yola çıkarak yapar. Dolayısıyla, burada kısaca satranç alegorisini görmekte fayda vardır. İki kişi arasındaki bir satranç oyununun bir kişi tarafından izlendiğini varsayalım. Ross'a göre izleyicinin oyunu anlamlandırabilmesi için satranç hakkında bir şeyler bilmesi gerekir. Satranç hakkında hiçbir şey bilmeyen birisi hamle ve stratejileri anlamlandıramayacaktır⁷⁸². Bununla birlikte, Ross'a göre satrançtaki bütün strateji ve kararları anlamlandırmak için izleyicinin yalnızca kuralları değil, aynı zamanda oyunun teorisini de bilmesi gerekir⁷⁸³.

Bir oyuncunun satranç oynaması, ancak karşıdaki oyuncu da bu rolü benimserse mümkündür. Ross bu duruma ortaklık (*fellowship*) ismini verir. Ayrıca, oyuncuların kuralları aynı şekilde yorumlaması, onlara aynı anlamı yüklemesi gerekir⁷⁸⁴. Ross satranç oyununu bu yönüyle toplumsal bir fenomene benzetir⁷⁸⁵.

Ross'a göre satrancın kurallarını tespit etmenin üç olası yöntemi vardır. Birinci yöntem oyuncuların dışarıdan gözlemlenmesi ve oyuncuların eyleminden yola çıkarak kuralların içeriğini anlamaya çalışmaktır⁷⁸⁶. Ross'un bu yönteme itirazı bu şekilde gerçek kurallar ve örfün birbirinden ayrılamayacağı düşüncesine dayanır. Örneğin, bu yöntemle oyuncuları gözlemleyen birisi satrançta ilk hamle olarak kalenin önündeki piyonun oynanamayacağını düşünebilir⁷⁸⁷.

İkinci yöntem bir satranç otoritesinin karar ve yayınlarına bakmaktır. Ross'a göre farklı satranç oyunları farklı kurallara sahip olabileceği için bu yöntem de satranç

⁷⁸¹ Yargı fetişizmi ifadesi için bkz. Gülgeç, "Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi", *op. cit.*, s. 877.

⁷⁸² Ross, *On Law and Jusitce*, *op. cit.*, ss. 11-12.

⁷⁸³ *Ibid.*, s. 12.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, s. 13.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, ss. 13-14.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, s. 15.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

kurallarının tespiti için yeterli değildir. Nitekim burada “satranç kuralları”ndan kastımız iki oyuncu arasında oynanan, belli bir satranç oyununun kurallarıdır⁷⁸⁸.

Ross’a göre belli bir satranç oyununun kurallarını tespit etmek için benimsememiz gereken yöntem içebakışçı (*introspective*) bir yöntemdir. Bir başka deyişle, mühim olan belli bir oyunda oyuncuların kendilerini bağlı hissettikleri kurallara ulaşabilmektir. Öncelikle, kuralların etkili olması gerekir. Ancak, bu kuralların örfi kural veya nezaket kurallarından ayrılabilmesi için oyunculara hangi kurallarla bağlı hissettiklerini sormamız gerekir⁷⁸⁹.

Ross satrançla ilgili bu gözlem ve tespitlerinin hukuka da aynen uygulanabileceğini düşünür. Buna göre, bir hukuk sistemi de “içsel bir anlam tutarlılığı” olarak tanımlanacak, kurallar hâkimlerin onlara verdiği anlamı taşıyacaktır⁷⁹⁰. Bir başka deyişle, hukuk oyununu oynayanlar hâkimlerdir. Bunun nedeni hukuku uygulayanların, yani yaptırım uygulayacak kişilerin hâkimler olmasıdır⁷⁹¹.

Bu noktada, Ross ve Hart’ın düşünceleri arasındaki bir paralellığe işaret etmekte fayda vardır. Ross hukukun ancak hâkimlerin kendilerini bağlı hissettiği kurallardan müteşekkil olduğunu vurgulamaktadır. Sistemsel geçerlilik anlayışı kapsamında detaylı olarak göreceğimiz gibi, Hart da “içsel bakış açısı” (*internal point of view*) düşüncesine dayanarak hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğine ilişkin kriterleri belirleyen Tanıma Kuralının hukuk uygulayıcıları (*officials*) tarafından benimsenmesi, hukuk uygulayıcılarının bu kurallarla bağlı olduklarını kabul etmeleri gerektiğini düşünmektedir⁷⁹². Benzerlikleri belli bir kural veya kuralların bağlayıcılığını belli kimselerin bu kural veya kurallarla bağlı olduklarına dair inanç, kanı veya hislerinden türetmeleridir. Ancak, bu düşünceler iki açıdan birbirinden farklıdır: İlk olarak Ross’a göre bütün hukuk kurallarının geçerliliği bu içsel benimsenmeye bağlıyken, Hart’ın teorisinde hukuk uygulayıcılarının bütün kuralları içsel bakış açısıyla benimsemesi gerekmez. İkinci olarak, Hart’ın “hukuk uygulayıcıları” ifadesi hâkimlerden daha geniş bir kitleyi ifade etmektedir.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*, s. 29.

⁷⁹¹ *Ibid.*, s. 33.

⁷⁹² Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

C. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN VE YARGI FETİŞİZMİNİN ELEŞTİRİSİ

Bu kısımda yukarıda olgusal geçerlilik kavramı ve Ross'un hukuk teorisine yönelik verdiğimiz bilgilere dair bazı eleştirilerde bulunmak istiyoruz. İlk olarak, doğrudan olgusal geçerlilik kavramına ilişkin eleştirilere yer vereceğiz. Sonrasında hukuk kurallarının içeriğinin ve geçerliliğinin belirleyicisi olarak hâkimlerin belirlenmesini eleştireceğiz.

1. Olgusal Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi

Yukarıda geçerliliğin en basit ifadesiyle bir normun varlığı olduğunu belirtmiştik. Ross da bu anlamı benimsemekte, ancak varlıktan kastının etkililik olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle, Ross'a göre "geçerlilik=etkililik=varlık" eşitliği kurulabilir. Alf Ross'un yaygın anlayışın aksine, etkililikten anladığının geçmişe değil, geleceğe dönük bir değerlendirme olduğunu da belirtmiştik. Ancak, ister yaygın anlayışa göre tanımlansın, isterse Ross'un anlayışına göre, etkililik kavramı dereceli bir kavramdır. Geçmişteki olgulara atfen belirlediğimiz etkililik de belli bir dereceye sahip olacaktır: Muhatapların daha az ihlal ettiği normlar daha etkili, hukuk uygulayıcılarının uygulamaktan imtina ettiği kurallar daha az etkili olacaktır. Benzer şekilde, hâkim tarafından gelecekteki bir davada uygulanma olasılığı yüksek olan kurallar daha etkili olacaktır. Her iki anlayışta da "az etkili" ve "çok etkili" ifadeleri anlamlıdır.

Burada sorun etkililik, geçerlilik ve varlık kavramlarının özdeşleştirilmesinden doğmaktadır. Bir normun az geçerli olması mümkün müdür? Ross geçerliliğin de dereceli bir kavram olduğunu açıkça ifade etmektedir⁷⁹³. Bununla birlikte, geçerlilik kavramı anlamı görece belirsiz ve konvansiyonlara açık bir kavramdır. Ancak, etkililik yalnızca geçerliliğe değil, geçerlilik üzerinden varlığa da özdeştir. Varlığın ise dereceli bir kavram olması sorun yaratmaktadır. En azından bir normun "az var olmasından" ne anlaşılacağı belli değildir. Eğer ölçülebilir bir varlıktan, örneğin toz şekerden, bahsediyor olsaydık elimizde az miktarda toz şekerin var olması anlamlı olabilirdi.

⁷⁹³ Ross, *On Law and Justice*, op. cit., s. 45.

Ancak, normların kendisi değil, olsa olsa etkileri, etkililikleri veya bağlayıcılıkları ölçülebilir. Dolayısıyla bir normun az var olması anlamsızdır. Bu anlamsızlık Alf Ross'un etkililiği normun varlığının şartlarından biri olarak öngörmeyip, iki kavramı özdeşleştirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, geçerliliği varlıkla özdeşleştirmedığımız takdirde etkililik-geçerlilik-bağlayıcılık özdeşliğinin kurulabileceği düşünülebilir. Örneğin, Kelsen'in bir normun geçerliliğini varlığı ve bağlayıcılığıyla ifade ettiği denklemden⁷⁹⁴ varlık çıkartılır ve geçerlilik normun bağlayıcılığı olarak tanımlanırsa, en azından bazı durumlarda daha etkili bir normun daha bağlayıcı olacağı söylenebilir. Bu bazı durumlara örnek olarak norm ihlalinin yaptırıma bağlandığı durumları gösterebiliriz. Eğer mahkemeler bir normun ihlaline etkili biçimde yaptırım uygulayabiliyorsa, muhatabın söz konusu norma uymak için sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebep, yani normun sağduyu açısından bağlayıcılığı daha güçlü olacaktır. Ancak, böyle bir durumda da etkililiği -ve dolayısıyla geçerlilikle bağlayıcılığı- tespit edilecek olan normun varlığının açıklanması sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorun Ross'un orijinal özdeşliği açısından da söz konusu olmaktadır. Şimdi bu konuyla ilgili bir eleştiriyi görelim.

Elias ve Załuski'ye göre derecelendirilebilir bir geçerlilik anlayışı, derecelendirilemeyen, siyah-beyaz bir geçerlilik anlayışını varsaymak zorundadır. Aksi takdirde hangi normun geçerliliğinin değerlendirileceğini bilemeyiz⁷⁹⁵. Yazarlara göre, Ross'un olasılık olarak geçerlilik anlayışı kısmen şekli geçerlilik anlayışına bağımlıdır (*parasitic on*)⁷⁹⁶. Yazarların "kısmen" ifadesini kullanmasının nedeni Ross'a göre hâkimlerin kararlarına dayanak teşkil eden hukuk kaynaklarının yalnızca pozitif normlardan oluşmamasıdır⁷⁹⁷. Ross üç tür hukuk kaynağından bahseder⁷⁹⁸. Bu kaynaklar nesnelleştirilme derecelerine (*degree of objectification*) göre sınıflandırılmıştır. En nesnel kaynak otoritatif biçimde formüle edilmiş geniş anlamda mevzuattır. Daha düşük nesnellığe sahip olan bir kaynak örf ve içtihatır.

⁷⁹⁴ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, ss. 10-11.

⁷⁹⁵ Elias ve Załuski, "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *op. cit.*, ss. 249-250.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*, s. 250.

⁷⁹⁸ Bkz. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, s. 78.

Nesnelleştirilmemiş kaynak ise akıldır (*reason*). Dolayısıyla, Eliaz ve Załuski'nin eleştirileri yalnızca mevzuat açısından geçerlidir.

Kanımızca yazarların eleştirisi yerindedir. Eğer geçerlilik yalnızca bir olasılık olarak mevcutsa, hâkimler tarafından uygulanma olasılığı belirlenecek olan kuralların varlığını şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde tespit edebilmemiz gerekir. Bir başka deyişle, Ross hukuk kuralının varlığını geçerliliği, geçerliliğini hâkimler tarafından uygulanma olasılığı olarak algılasa da, normun olasılığa dayanmayan siyah-beyaz varlığı düşüncesi hâlâ anlamlıdır.

2. Yargı Fetişizminin Eleştirisi

Yargı fetişizmini kısaca yargı organının bir hukuk sisteminde yerine getirdiği fonksiyon ve sahip olduğu yetkilere yapılan aşırı ve irrasyonel vurgu olarak tanımlayabiliriz⁷⁹⁹. Yargı fetişisti hukuk teorileri yargı organının esasen sahip olmadığı bir yetkiye ve fonksiyona sahip olduğunu düşünerek, yargı organını hukuk sisteminin merkezine veya diğer organlardan üstün bir konuma yerleştirirler. Biz Alf Ross'un teorisinin yargı fetişisti olduğunu düşünüyoruz⁸⁰⁰. Bu kısımda Ross'un teorisini yargı fetişisti yapan unsurları eleştireceğiz.

Ross'un satranç teorisi üzerinden oyunun kurallarını tespit edebilmek için oyunculara hangi kurallarla bağlı hissettiklerini bilmemiz gerektiğini hatırlayalım. Ross oyuncuların bağlı hissettiği kuralları anlamak için onlara sormamız gerektiğini düşünür. Peki ama oyuncuların birine sormamız yeterli midir? Diyelim ki oyuncular farklı kurallarla bağlı hissediyor. Oyuncuların aynı oyunu oynadığını söyleyebilir miyiz? Ross'un yukarıda hâkimlerin ortak normatif ideolojisine vurgu yaptığını görmüştük. Bir başka deyişle, hâkimler arasında hangi kuralların ne anlama sahip olduğu ve hangi hukuki işlemlerin geçerli olduğu konusunda aşağı yukarı bir uzlaşma olur. Bu uzlaşmaya Ross'un hukuk kaynakları olarak gördüğü mevzuat, içtihat ve akli ilkeler

⁷⁹⁹ Louise Kaplan fetişizmi “*maddi bir nesne, fikir veya uygulamaya karşı aşırı, irrasyonel bağlılıklar*” olarak tanımlamaktadır (Louise J. Kaplan, *Cultures of Fetishism*, New York: Pallgrave Macmillan, 2006, s. 1). Biz yargı fetişizmi için Kaplan'ın tanımını esas aldık.

⁸⁰⁰ Detaylı açıklamalar için bkz. Gülgeç, “Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi”, *op. cit.*, ss. 897-906.

katkı sağlar. Ancak, bu yaklaşık uzlaşma mükemmel değildir. Dolayısıyla, hâkimlerin hangi kuralı uygulayacağı her zaman bir olasılık olarak ifade edilmek zorundadır.

Öyleyse, oyuncular arasında her konuyu açıklığa kavuşturmayan bir sözleşmenin varlığından bahsedebiliriz. Bu noktanın sonrasında mühim olan bu sözleşme veya sözleşmelerin kimler arasında yapılacağıdır. Bir başka deyişle, hukuk oyununun oyuncuları kimlerdir? Ross'un hukuk oyuncularının hâkimler olduğunu düşünmesinin nedeni yaptırımların hâkimler tarafından uygulanacağını düşünmesidir⁸⁰¹.

Hâkimlere yapılan bu vurguya karşı ilk olarak hâkimlerin bir hukuk sistemindeki normların nihai uygulayıcısı olmadığı söylenebilir. Her şeyden önce hâkimlerin verdiği kararlar da birer norm niteliği taşır⁸⁰². Hâkimlerin somut bir davada verdiği karar, belli bir normun gereğinin olgular âleminde cereyan etmesini sağlayan eylem değil, genel nitelikli normu somut duruma uygulayan birel bir normdur⁸⁰³. Mahkeme kararlarının norm niteliği kolaylıkla gösterilebilir. Tarafları A ve B olan sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlığa ilişkin olarak hâkimin “X kanununa göre A, B’ye cezai şart gereği 10 lira ödemelidir” kararını verdiğini düşünelim. Burada gramerdeki gereklilik bildiren ifadeden bir sonuç çıkarmak yerine şunu soralım: Eğer A söz konusu meblağı B’ye kendi rızasıyla ödemezse ne olacaktır? Bu noktada B ilamlı icra sürecini başlatabilir. Bir başka deyişle, eğer mahkemenin kararı normlar âleminde kalmasaydı, B’nin ödenmesi gereken meblağı cebri icra yoluyla tahsil etmek zorunda kalmamalıydı. Oysa mahkeme kararı da A’ya yönelik birel bir işlem olarak sonrasında icra memurlarınca yorumlanacak ve uygulanacaktır. Benzer bir şekilde, mahkeme tarafından hapis cezasına çarptırılan bir mahkûm, kolluk kuvvetlerince cebren cezaevine götürülür. Kolluk mensuplarının yaptığı hâkimin kararını yorumlamak ve uygulamaktan ibarettir.

Burada mahkeme kararını uygulayan memurların yorumuyla hâkimlerin yorum faaliyeti arasında nicelik farkı olduğu iddia edilebilir. Çoğu zaman hâkimlerin uğraştığı yorum faaliyeti, mahkeme kararını yorumlayan memurların faaliyetinden çok daha karmaşık, belirsiz ve zorludur. Ancak, ortada yorum yapmak veya hukuku uygulamak

⁸⁰¹ Ross, *On Law and Justice*, op. cit., s. 33.

⁸⁰² Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 144.

⁸⁰³ Genel olarak bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 108-112.

bakımından bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, eğer hâkimler hukuk sistemindeki otoritatif kaynakların (kanun, yönetmelik vb.) anlam ve geçerliliğinin belirleyicisiyse, mahkeme kararlarının anlam ve geçerliliğinin belirleyicisinin de o kararları uygulayan memurlar olması gerekir.

Kaldı ki hukuk sistemlerindeki bütün yaptırımların hâkimler tarafından uygulandığını düşünmek de doğru olmaz. Çağdaş hukuk sistemlerinde idari organlarının da yaptırım uyguladığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu organların hukuk uygulayıcısı kavramından niçin dışlandığı açıklanabilmelidir. Belki, idari organların verdiği yaptırım kararlarının kendilerinin de yargısal denetime tabi olduğu iddia edilebilir. Ancak, böyle bir iddia tamamen hukuk sisteminin bu konudaki olumsal içeriğine bağlı olacaktır. Hukuk sisteminde idari yaptırımların yargısal denetime tabi olmadığı, yargısal denetime tabi olsalar dahi bu denetime tabi *tutulmadığı*, yani muhatabı tarafından yaptırım aleyhine dava açılmadığı durumlar olabilir. Hâkimlerin idari yaptırıma dair hiçbir denetim yetkisi yokken, yahut muhatabın dava açmaması sebebiyle var olan denetim yetkisini kullanamıyorken, neticede hukuki bir işlem olan idari yaptırımın geçerliliğinin hâkimler tarafından belirleneceğini ileri sürmek ne derece savunulabilir?

İkinci olarak hukuk sistemlerinde yürütmenin bazı işlemlerinin yargı denetiminden muaf olması söz konusudur. Türk hukuk sisteminden olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini örnek olarak alabiliriz. Bu normların yargısal denetimi Anayasanın 148/1 maddesi dolayısıyla mümkün değildir. Buna karşılık, Anayasanın 119/6 maddesi bu norma dair bazı gerekliliklerden bahsetmektedir. Örneğin bu normun Cumhurbaşkanı tarafından ihdas edilmesi gerekir. Benzer şekilde, bu normlar olağanüstü hâlin gereklerine ilişkin olmalıdır. Bu normlar yargı denetimine tabi olmadığına göre, Ross'un teorisinde Anayasanın ilgili maddesindeki bu gerekliliklerin geçerli olup olmadığı ve ne anlama geldiği konularında, ilgili maddeyi uygulayan Cumhurbaşkanına danışmak gerekecektir. Nitekim mahkemeler ilgili maddelerdeki sınırlamaları uygulama, yani bu sınırlara dayanarak bir olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini geçersiz kılma yetkisinden mahrumdur.

Bu noktada analizimizin hatalı olduğu ve hâkimlerin Anayasanın 148/1 maddesiyle sınırlı olup olmadığı konusunda nihai kararı yine hâkimlerin vereceği iddia

edilebilir. Kısacası, hâkimler Anayasa metninde yazanlarla bağlı olmak zorunda değildir. Bu tür hukuk kaynakları hâkimler açısından yalnızca birer rehber niteliği taşır⁸⁰⁴. Ancak, bu eleştiri haklı olsa dahi, hâkimlerin kararlarının diğer organlar üzerinde niçin bağlayıcı olacağını anlamak güçtür. Neticede, eğer yasama veya yürütme organları, yargı organlarının verdiği kararlara uymaz veya bu kararların anlamını ve geçerliliğini belirleme konusunda kendilerini yetkili görürlerse, yargı organının bu organları zorlama yetisi bir hayli kısıtlıdır. Bütün hukuk uygulayıcılarına değil de yalnızca hâkimlere odaklanan realist bir teorinin “gerçekçi” olduğunu söylemek mümkün değildir. En azından, yargı organına tanınan ayrıcalıklı konumun diğer organlara da genişlemesi gerekir.

Belli bir açıdan bu genişlemenin hukuk uygulayıcısı olmayan⁸⁰⁵ özel kişileri bile kapsamı gerektiği söylenebilir. Bazı kurallar hiçbir zaman yargısal uyuşmazlığa konu olmayabilir. Bunun nedeni kuralın yeterince açık olması olabileceği gibi, özel kişilerin kuralı ihlal etmemesi de olabilir. Bu gibi kurallar hiçbir zaman hâkimler tarafından uygulanmayacaktır. Bu noktada mühim olanın hâkimlerin belli bir kuralı gelecekte uygulayıp uygulamayacağı değil, *bir uyuşmazlık çıkması durumunda* uygulayıp uygulamayacağı, yani hâkimlerin bu kurallarla bağlı hissedip hissetmeyeceği olduğu iddia edilebilir. Ancak, hâkimlerin geçmiş eylemleri de kuşkusuz gelecekte belli bir kuralı uygulama olasılıklarının hesaplanmasında büyük önem arz edeceklerdir. Hukuk sisteminde hâkimlere belli bir kurala ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda kuralı uygulayıp uygulamayacaklarını ayrı ayrı soramayacağımıza göre, bu tahmini ve olasılık hesabını hâkimlerin geçmişteki eylemlerine göre belirlememiz gerekir. Eğer bir kurala ilişkin daha önce hiçbir uyuşmazlık doğmamış ve hâkimler bu kuralı hiç uygulamamışsa, gelecekteki bir uyuşmazlıkta bu kuralın uygulanma olasılığını neye göre belirleyeceğiz?

Bir ihtimal, geçmişte hâkimlerin kuralla aynı nitelik ve hiyerarşik güçteki kurallara yönelik bakış açısı ve eylemlerini değerlendirerek, gelecekte uygulanacak olan

⁸⁰⁴ Elias ve Zaluski, “Critical Remarks on Alf Ross’s Probabilistic Concept of Validity”, *op. cit.*, s. 247.

⁸⁰⁵ Önceki bir çalışmamızda özel kişilerin de hukuk uygulayıcısı olabileceğini belirttik (Gülgeç, “Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi”, *op. cit.*, ss. 880-882). Uygulama ve uymanın mantıksal açıdan farklı olmadığı iddiası için bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, *op. cit.*, ss. 17-34. Ancak “hukuk uygulayıcısı” ifadesi genellikle resmî görevlileri ifade ettiğinden burada yaygın kullanımı takip ediyoruz.

kuralla bağılı hissetmeleri olasılığı hakkında bir bilgi sahibi olabiliriz. Ancak, bu değerlendirme de en nihayetinde hâkimlerin geçmişteki eylemlerine bakılarak yapılan, geleceğe dönük bir tahmin niteliği taşıyacaktır. Bu durumda Ross'un geçerliliğin tarihî bir tespit değil, geleceğe dönük bir tahmin olduğu yönündeki tespit de anlamını yitirecektir. Bize öyle geliyor ki, dışsal gözlemciler olarak, hâkimlerin gelecekteki eylemini tahmin etmenin en güvenilir yolu, geçmişteki eylemlerini değerlendirmekten geçer.

Son olarak şunu vurgulayalım: Varsayalım ki söz konusu kuralın yargısal uyuşmazlığa konu edilmemesinin nedeni muhataplarının kuralın adil bir kural olduğunu düşünmeleri ve kuralı ihlal etmek için hiçbir sebep görememeleridir. Hukuken uyuşmazlığa konu edilebilecek olmasına rağmen, muhatapları tarafından uyuşmazlık konusu edilmemiş bir kuralın gelecekte uygulanma olasılığını, hâkimlerin geçmişte aynı nitelikteki kurallara yönelik eylem ve bakış açılarını dikkate alarak hesaplayabileceğimizi kabul etsek dahi, söz konusu olasılığın düşük bir olasılık olması icap eder. En nihayetinde yapılan değerlendirme uygulanma olasılığı değerlendirilen kurala değil, benzer kurallara ilişkindir. Olasılığı hesaplanan kuralın içeriğine hiçbir atıfta bulunulmamaktadır. Bu durumdaysa muhatapları tarafından eksiksiz biçimde uyulan bir kuralın etkililiğinin düşük olduğunu söylemek gerekecektir ki, kanımızca bu sonuç makul değildir.

Dolayısıyla, olasılıksal geçerlilik anlayışı nasıl siyah-beyaz, dereceli olmayan bir geçerlilik anlayışına bağımlıysa, tahmin olarak etkililik anlayışı da tarihî olgu olarak etkililiğe bağımlıdır. Ancak, bu eleştiri göz ardı edilse dahi, hukuk kurallarının etkililiğinin (geçerliliğinin) değerlendirilmesinde yalnızca hâkimlerin eylem ve bakış açılarının dikkate alınması, bizi muhatapları tarafından kusursuz biçimde uyulan kuralların etkililiğinin düşük olduğu tespitinde bulunmaya iter. Bunun ise akla uygun bir değerlendirme olmayacağını düşünüyoruz. Dolayısıyla, etkililik olarak geçerlilik anlayışı kapsamında hukuk kurallarının geçerliliğinin belirleyicileri kümesinin özel kişilere de genişletilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, etkililik olarak geçerlilik anlayışında “hukuk oyuncuları” kümesinin hâkimlerden daha geniş bir kitleden oluşması gerektiğini söyleyebiliriz.

Bunun nedeni etkililiğin hâkimlerden daha geniş, diğer organları ve özel kişileri de kapsayan bir küme tarafından belirlenmesidir. Ayrıca, Ross'un satranç alegorisinde hukuk sistemine uymayan bazı durumlar mevcuttur. Kısaca bunlara da değinmek gerekir.

Satrancın kuralları yalnızca oyuncuların kendini bağlı hissettiği kurallardan oluştuğu için Ross'un satranç tanımı “satranç oynadığını iddia eden kimselerin oynadığı oyun”dan öteye gitmez. Hangi kurallar değiştirildiğinde oynanan oyunun satranç değil de başka bir oyun, örneğin dama, olacağını bilemeyiz. Bununla birlikte Ross, içerik olarak hangi kuralların satranç kuralı olduğuna karar vermemizin ancak satranç ve dama kuralları gibi farklı oyun kurallarını “oyun kuralları” başlığı altında birlikte ele aldığımız zaman sorun yaratacağını düşünür. Yani, eğer spesifik bir oyundan (hukuk sisteminden) bahsediyorsak tanımın yukarıdaki gibi olması sorun yaratmayacaktır⁸⁰⁶. Dolayısıyla, Ross'un teorisinde bir hukuk sisteminin de ne zaman hukuk sistemi olmaktan çıkıp farklı bir toplumsal düzen hâline geleceğini belirlemek mümkün değildir. Ancak, Ross tanımcı bir hukuk teorisi getirmeyi reddettiği ve belirli bir hukuk sistemini tanımlayamasak dahi, o sisteme işaret edebileceğimizi belirttiği için⁸⁰⁷, bu durum onun açısından eksiklik arz etmez.

Ross onun teorisine göre hukuk kuralı ve ahlak ya da diğer bir toplumsal düzene ait kuralın ayırt edilemeyeceği eleştirisinin bir yanlış anlaşılardan kaynaklandığını düşünür. Ona göre, “hukuk kuralı” ismini verebileceğimiz genel bir kategori bulunmaz. Yalnızca “hukuk sisteminin kuralları”ndan bahsedebiliriz. Hâkimin uyguladığı bir kuralın hukuk kuralı değil bir ahlak kuralı olduğu söylenemez⁸⁰⁸. Dolayısıyla, gelecekteki bir uyuşmazlıkta hâkimler tarafından uygulanma ihtimali olan her kural, bir hukuk kuralı olacaktır.

Satranç oynayan iki oyuncudan biri diğerini, oynadıkları spesifik oyunun kurallarına göre yaptığı bir hamlenin doğru olmadığı yönünde eleştirebilir. Bunu yaparken iki oyuncu arasında var olan bir mutabakata dayanır. Hukuk sisteminde hâkimler arasında benzer bir mutabakat mevcut mudur? Kuşkusuz Ross ortak bir

⁸⁰⁶ Ross, *On Law and Justice*, op. cit., ss. 29-30.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, s. 30.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

normatif ideolojiden bahsetmektedir. Ancak, bu ortak normatif ideoloji kesin olmayıp, her konuyu kapsamaz. Hukuk kurallarının gelecekteki bir uyuşmazlığa uygulanmasının ancak bir olasılık olarak belirlenebilmesinin nedeni de budur. Öyleyse, diğer hâkimlerden farklı düşünen veya hisseden bir hâkimin eleştirilmesi mümkün müdür? Elbette hâkimin ortak normatif ideolojinin kaynaklarını yanlış yorumladığı vb. yönünde eleştiriler yöneltilebilir. Ancak, bizim burada sorguladığımız söz konusu eleştirilerin haklı olup olmadığıdır. Eğer hukuk kurallarının geçerliliği ancak olasılık olarak belirlenebilirse, ortak normatif ideolojiden sapan hâkimin hukuken eleştirilmesi mümkün olmamalıdır.

Bağdaştırma projesi için hukukun normatif olduğunu açıklama kaygısı gütmeyen bir teoriyi esas almamız mümkün değildir. Kanımızca Ross'un teorisi temel olarak hukuk normunun (kuralının) varlığını açıklayamadığı ve yargı organına makul ölçülerin çok ötesinde bir önem atfettiği için kusurludur. Ancak, bu durum çalışmamızın Ross'un teorisinden hiçbir şey kazanamayacağı anlamına gelmez. Her şeyden önce, etkililik kavramı bir hukuk sisteminin en üstün normunun geçerliliğinin ve bağlayıcılığının açıklanmasında önem arz edebilir. Bununla birlikte, bu normun geçerliliğini ve bağlayıcılığını açıklarken geleceğe dönük bir tahmin niteliğindeki etkililiği değil, geçmişe yönelik bir tespit niteliğindeki etkililiği esas alacak ve bu etkililiği en üstün normun bağlayıcılığını da açıklayabilecek aksiyolojik bir unsurla birleştireceğiz. İkinci olarak, Ross'un hukuk kurallarının geçerliliğinin tespitinde benimsediği içebakışçı yöntem Hart'ın teorisini incelerken de karşımıza çıkacaktır. İçebakışçı yöntemlerin hukuk kurallarının normatifliğini kurmakta başarılı olup olamayacağını Hart'ın teorisini değerlendirirken ele alacağız. Şimdilik hukuki normativiteyi açıklama iddiasındaki aksiyolojik geçerlilik anlayışının incelenmesiyle devam ediyoruz.

II. AKSİYOLOJİK GEÇERLİLİK

Aksiyoloji, yani değer teorisi, felsefenin eşyanın değeri ve değer in doğası konularıyla ilgili dalıdır. Dar anlamıyla aksiyoloji özü itibarıyla değerli olanı araştırır⁸⁰⁹. Bu anlamda aksiyolojik geçerlilik anlayışı da bir hukuk normunun içeriği belli değerlerle uyum içinde olduğu için geçerli olduğunu öne sürer. Aksiyolojik geçerliliğin yanısıra “deontik geçerlilik”, “deruni geçerlilik”, “değer olarak geçerlilik” veya “adalet” ifadeleri de kullanılmaktadır⁸¹⁰.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışında normların geçerliliği gai bir kritere göre belirlenir ve bu kriter genellikle etik, ahlaki veya dinî bir kriterdir⁸¹¹. Hukuk normuna özgü olarak konuşacak olursak, hukuk normu ahlaki, dinî veya benzeri bir meta-pozitif değerle uyumlu olduğu için geçerlidir. Ancak, hukuk teorisinde aksiyolojik geçerlilik genellikle negatif yönüyle ortaya çıkar. Şöyle ki, bir hukuk kuralının belli bir meta-pozitif değerle uyumlu olduğu için geçerli olduğundansa, bu tür bir değere aykırı olduğu için geçersiz olduğundan bahsedilir. Bununla birlikte, “negatif aksiyolojik geçerlilik” olarak ifade edebileceğimiz bu anlayışın sistemsel geçerliliği tamamen dışlamadığı unutulmamalıdır.

Her ne kadar burada aksiyolojik geçerlilik anlayışına yer veren bütün teorileri inceleyemeyecek olsak da elimizden geldiğince pozitivizm karşıtı geleneğin ortak niteliklerini yansıtabilecek düşünürlerin anlayışlarını ele alacağız. Daha önce de belirttiğimiz gibi sırasıyla Gustav Radbruch, Lon L. Fuller ve Robert Alexy’nin görüşlerini inceleyip eleştireceğiz.

A. RADBRUCH FORMÜLÜ VE ELEŞTİRİSİ

Bu kısımda modern doğal hukukçuların geçerlilik anlayışını etkileyen Radbruch formülüne değineceğiz. Radbruch formülünün 20. yüzyılda öne sürülmüş en önemli

⁸⁰⁹ Noah M. Lemos, “Value Theory”, in *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2. B., ed. Robert Audi, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 949.

⁸¹⁰ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 57.

⁸¹¹ *Ibid.*

hukuk tezlerinden biri olduğu ve formülün “hukuksuz” rejimlerin ardından bu rejimlerin olumsuz etkilerinin bertaraf edilmesi maksadıyla mahkemeler tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir⁸¹². İlk olarak Gustav Radbruch’un hukuk felsefesi hakkında genel bir bilgi vererek formülü inceleyecek, daha sonra da bu formülün eleştirisine yer vereceğiz. Bununla birlikte, Radbruch formülüne dair incelememizin çok detaylı olmayacağını belirtmek gerekir. Formülü incelemedeki esas amacımız formülün Robert Alexy gibi sonraki düşünürlerin geçerlilik anlayışını etkilemiş olmasıdır.

1. Formül

Alman pozitivizm karşıtı (*anti-positivism* veya *non-positivism*) geleneğinin, dolayısıyla da aksiyolojik geçerlilik anlayışının, temelinde Gustav Radbruch’un “kanuni haksızlık” (*gesetzliches Unrecht*) ve “kanunüstü hukuk” (*übergesetzliches Recht*) anlayışlarının yattığı söylenebilir⁸¹³. Hart, Radbruch’un 2. Dünya Savaşı öncesinde bir pozitivistken, savaş sonrası dönemde doğal hukuka yöneldiğini ifade eder⁸¹⁴. Bununla birlikte, Radbruch’un savaş öncesi bir pozitivist olduğu iddiası tartışmadan beri değildir. Stanley Paulson, Radbruch’un savaş öncesi ve sonrası düşüncelerini inceleyerek Radbruch’un hiçbir zaman bir hukuki pozitivist olmadığını iddia etmiştir⁸¹⁵. Bununla birlikte, Radbruch savaş öncesinde kanuncu pozitivizme (*statutory positivism*) mensup görüşler ileri sürdüğünü, ancak bu görüşleri terk ettiğini itiraf etmiştir⁸¹⁶. Paulson ise Radbruch’un bu ifadesinin yargısal bağlılık (*judicial bindingness*) ismini verdiği ve yargıcın karar verirken serbest olmadığı, aksine kanunla bağlı olduğu yönündeki doktrinle kanuncu pozitivizmi bir tutmasından kaynaklandığını düşünmektedir⁸¹⁷. Bir başka deyişle, Paulson’a göre Radbruch’un savaş sonrasında terk ettiği görüş kanuncu pozitivizm değil, yargısal bağlılık doktrindir. Kühl ise Radbruch’un düşüncelerindeki değişimi “vurgu kayması” olarak adlandırır. Bunun nedeni Radbruch formülünün yalnızca aşırı durumlarda doğal hukukçu addedilebilecek bir teori olması ve normal durumlarda kanuncu pozitivizme öncelik tanımayı

⁸¹² Sevtap Metin ve Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 3. B., İstanbul: Tekin, 2018, s. 18.

⁸¹³ Andrzej Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, çev. Małgorzata Kiełtyka, Berlin: Springer, 2013, s. 12.

⁸¹⁴ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 616.

⁸¹⁵ Bkz. Stanley L. Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006), ss. 17-40.

⁸¹⁶ *Ibid.*, ss. 38-39.

⁸¹⁷ *Ibid.*, ss. 35-36.

sürdürmesidir⁸¹⁸. Bu iki kampın dışında Radbruch'un doğal hukukçu teorilerin ahlakilik tezini ve hukukî pozitivizmin ayrılabilirlik tezini harmanlayarak üçüncü bir yol geliştirmeye yeltendiği de düşünülmektedir⁸¹⁹.

Paulson'un bu görüşü Torben Spaak tarafından eleştirilmiştir. Spaak'a göre, Radbruch'un savaş öncesi ve sonrası dönemde ortaya attığı görüşler bağdaşır nitelikte değildir. Bunun sebebiyse bu iki dönemde ileri sürülen görüşlerin ahlak ve hukuk arasında kavramsal bir bağlantının varlığına dair uzlaşmaz iddialar içermesidir⁸²⁰. Aşağıda vurgulayacağımız gibi, Radbruch'un savaş öncesi ahlaka ilişkin görüşü meta-etik görelilik (*meta-ethical relativism*) olarak ifade edilebilir. Meta-etik görelilik temel olarak ahlaki gerçek veya geçerliliğin belli bir ahlaki çerçeveye ilişkili olduğunu iddia ederek bu çerçevelerden herhangi birinin diğerinden daha geçerli olmadığını belirtir⁸²¹. Radbruch'un savaş sonrası duruşu ise ahlaki nesnelciliğe (*moral objectivism*) yakındır. Spaak'ın bu tespitte bulunmasının nedeni adaletin hukuki belirlilikten ve hukuki belirliliğin de amaca uygunluktan⁸²² (*expediency/Zweckmäßigkeit*) daha önemli bir değer olduğunu varsayması ve bu değerlerin, özellikle de adalet ile hukuki belirliliğin, çatışmasında adaletin üstün geleceğini düşünmesidir⁸²³. Spaak bu iki bağdaşmaz eğilimden ahlaki göreliliğin daha doğru bir tutum olduğunu düşünmektedir.

Radbruch'un savaş öncesi ve savaş sonrası düşüncelerini anlamlı tek bir bütün olarak yorumlamayı amaçlayan bir başka görüşe göre, Radbruch formülü olağanüstü şartlarda geçerli olacak bir anlayıştır ve olağan dönemlerde Radbruch'un savaş öncesi anlayışı uygulama bulacaktır⁸²⁴. Ancak, Spaak tarafından isabetle belirtildiği gibi, kanımızca Radbruch'un savaş öncesi ve sonrasında dile getirdiği farklı görüşlerin

⁸¹⁸ Bkz. Kristian Kühl, "Radbruch Formülü", çev. Mehmet Cemil Ozansü, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S. 1, s. 373.

⁸¹⁹ Metin ve Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, op. cit., s. 18.

⁸²⁰ Torben Spaak, "Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch", *Law and Philosophy*, C. 28, S. 3 (Mayıs 2009), s. 263.

⁸²¹ *Ibid.*, ss. 265-266.

⁸²² "Expediency" ifadesinin "yararlılık" veya "yerindelik" şeklinde çevrilmesi de mümkündür. Aşağıda aynı bileşenin İngilizce "purposiveness" olarak da çevrildiği görülecektir. Kavramın Almanca orijinali "Zweckmäßigkeit"dir. Biz bu kavramın Türkçeye çevirisinde Sevtap Metin ve Altan Heper'i takip ettik. bkz. Metin ve Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, op. cit., s. 23. Kanımızca kavramın Almanca orijinali Türkçede en iyi "amaca uygunluk" çevirisiyle karşılanmaktadır.

⁸²³ Spaak, "Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch", op. cit., s. 272.

⁸²⁴ Heather Leawoods, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", *Washington University Journal of Law & Policy*, C. 2, S. 1 (Ocak 2000), ss. 501-514. Aynı yönde bkz. Frank Haldemann, "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", *Ratio Juris*, C. 18, S. 2 (2005), s. 166.

olağan ve olağanüstü dönemlere ilişkin bir anlayış olduğu düşüncesinin doğruluğu şüphelidir⁸²⁵. Öncelikle, bu yorum metinsel destekten yoksundur. Radbruch savaş sonrası oluşturduğu formülün “olağanüstü dönemlerde” geçerli olduğuna dair hiçbir ifade kullanmamıştır. İkinci olarak, aşağıda görüleceği gibi, formül hiçbir şekilde hukuk sisteminin geneline ya da hukuku yaratan iradenin, yani siyasi iktidarın niteliğine ilişkin bir şart içermemektedir. Formülün odak noktası siyasi bir dönem, bir hukuk sisteminin bütünü veya içinde bulunulan olağanüstü şartlar değil, tekil normun yarattığı adaletsizliğin boyutu veya adalet amacına yönelip yönelmemesidir. Dolayısıyla, Radbruch formülünün siyasi meşruiyeti tartışmalı olmayan, normlarının büyük bir bölümü adaleti tesis etmeye yönelip, tahammül edilemeyecek bir adaletsizlik yaratmayan iktidarın tek bir kuralı açısından da uygulama bulacağını kabul etmek gerekir.

Radbruch’un savaş öncesi ve sonrası düşüncelerinin ne derece bağdaşır olduğu sorusu bizim araştırmamız açısından büyük bir önem teşkil etmemektedir. Kanımızca, savaş sonrası Radbruch’un düşüncelerindeki değişim, hukukun bileşenleri arasındaki çatışmanın nasıl çözümleneceğine ilişkindir. Buna göre, savaş öncesi dönemde hukuki belirlilik diğer iki unsurdan (adalet ve amaca uygunluk) baskınken, savaş sonrası dönemde adaletin daha baskın bir rol üstlendiği söylenebilir⁸²⁶. Hatta savaş sonrasında bile adaletin hukuki belirlilik karşısında mutlak bir üstünlüğü olmadığı iddia edilebilir. Adaletin hukuki belirliliği saf dışı bırakabilmesi için ağırlaştırılmış bir eşik öngörülmüştür. Buna göre, ancak adaletsizlik tahammül edilemez bir duruma ulaşmışsa veya hukuk kuralını koyan irade daha baştan adaleti (eşitliği) hedef edinmemişse adalet hukuki belirliliğe üstün gelir. Bizim için bu noktadan sonra mühim olan Radbruch’un aksiyolojik geçerlilik anlayışını açıklamak ve bu anlayışın eleştirisini sunmaktır.

Radbruch 1946 yılında yayımlanan “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*” başlıklı makalesinde Nazi döneminin hukuk uygulamasının iki temel ilkesi olduğundan bahseder. Bunlardan ilkinin “emir emirdir” ikincisinin ise “kanun

⁸²⁵ Spaak, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *op. cit.*, ss. 274, 275.

⁸²⁶ Bkz. Spaak, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *op. cit.*, s. 272; Brian H. Bix, “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 56, S. 1 (2011), ss. 47-48.

kanundur” olduğunu belirtir⁸²⁷. Radbruch’a göre pozitivizm, hiçbir sınırlamaya tabi olmayan⁸²⁸ “kanun kanundur” ilkesiyle Nazi dönemi Alman hukukçularını keyfi ve suç teşkil eden kanunlara karşı çaresiz bırakmıştır⁸²⁹. Yazara göre bu ilkeye dayanan pozitivist anlayışın temel sorunu hukuk normunun geçerliliğini açıklayamamasıdır. Pozitivizm, arkasında yeterli güç bulunan herhangi bir iktidarın koyduğu kuralı geçerli kabul eder. Ancak, gücün “Müssen”i hiçbir zaman geçerliliği yani bir “Sollen”i temellendirmeye yetmez⁸³⁰. Radbruch burada pozitivizmin doğalcılık yanılgısına (*naturalistic fallacy*) düştüğünü iddia etmektedir. Bir başka deyişle, ona göre pozitivizm olandan olması gereken türetme hatasına düşmektedir⁸³¹.

Radbruch kendi hukuk ve dolayısıyla hukuki geçerlilik anlayışını hukuk düşüncesinin bileşenlerini belirleyerek ortaya koyar. Ona göre, hukuk, hukuki değere hizmet etme amacına sahip olan gerçeklik olarak anlaşılabilir⁸³². Bu anlamda, hukuk kavramı hukuk düşüncesine yönelmiştir ve hukuk düşüncesi de adaletten başkası olamaz. Adalet ise iyi, gerçek ve güzel gibi mutlak bir değerdir⁸³³. Bir başka yerde Radbruch, hukukun kesinlikle toplum için yararlı olacak herhangi bir şey olarak anlaşılamayacağını vurgular⁸³⁴. Dolayısıyla hukuk, hukuk düşüncesi olan adalete yönelmek zorundadır.

Bununla birlikte, adalet hukuk düşüncesinin yegâne bileşeni değildir. Radbruch’a göre adalet düşüncesi aynı durumdakilere eşit, farklı durumdakilere farklı muamelede bulunmamızı salık verir. Ancak, ilk etapta kişilerin eşitlik veya farklılığını nasıl nitelendireceğimizi söylemez. Radbruch bu nitelendirmenin ancak hukukun

⁸²⁷ Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, s. 105. Makalenin İngilizce çevirisi için bkz. Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, çevirenler: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006), ss. 1-11. Rüthers de kanuncu pozitivizmin temel anlayışını “Kanun geçerlidir, çünkü kanundur” (*Das Gesetz gilt, weil es Gesetz ist*) anlayışıyla ifade etmektedir (Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, *op. cit.*, ss. 146-157).

⁸²⁸ Bkz. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, s. 105.

⁸²⁹ *Ibid.*, s. 107.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, *op. cit.*, s. 37.

⁸³² Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. B., editörler: Erik Wolf ve Hans-Peter Schneider, Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973, s. 119.

⁸³³ *Ibid.*, ss. 119-120.

⁸³⁴ Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, s. 107.

amacına atfen gerçekleştirilebileceğini belirtir⁸³⁵. Bu düşünceyi biraz açmak isteriz. Radbruch'un adalet anlayışı şeklidir. "Eşitlere eşit, farklılara farklı davran" şeklindeki adalet formülü eşitliğin ne olduğu, hangi konularda eşitliğin gözetileceği vb. içeriksel hususlarda bir şey söylemez. Bu konularda amaca uygunluk (*purposiveness/Zweckmäßigkeit*) bileşenine başvurulur. Amaca uygunluk bileşeni, nihai ve mutlak değerler hakkındaki siyasi bir karardır. Kararın siyasi niteliği dolayısıyla hukuk düşüncesi kaçınılmaz olarak görelî hâle gelir⁸³⁶. Bununla birlikte, Radbruch amaca uygunluk bileşenine sahip olmayan, yalnızca adalet veya hukuki belirlilik bileşenlerinden müteşekkil hukuk kurallarının da olduğunu düşünür. Örneğin, hukuk önünde eşitlik veya doğal hâkim ilkesi bu tür kurallara örnek gösterilebilir⁸³⁷. Dolayısıyla, klasik liberal haklar açısından amaca uygunluk bileşenine ihtiyaç olmadığını söyleyebiliriz. Bu alanlarda mutlak bir değer olarak adalet, hukuk kuralının tek bileşeni olarak kendini gösterebilir⁸³⁸.

Radbruch'a göre hukuk düşüncesinin nihai bileşeni belirliliktir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, adalet şekli bir bileşendir. Eşitliğin veya eşitsizliğin (farklılığın) ne olduğunu bize söylemez. Amaca uygunluk bileşeni doğrultusunda, eşitlik siyasi bir kararla tanımlanacaktır. İşte bu nedenle, adaletin içeriği önceden bilinebilir olmadığı için, bu içeriğin hukuk kuralı tarafından belirlenmesi gerekecektir⁸³⁹. Bir başka deyişle, Radbruch'a göre çağdaş toplumlarda eyleme ilişkin tek bir doğru olduğu kabul edilemez, bu nedenle de doğru ve hukuka uygun eyleme dair bir karara ihtiyaç vardır⁸⁴⁰. Radbruch, belirliliği kendi başına bir değer olarak görür. Bir başka deyişle, içeriğinden bağımsız olarak bir kanunun varlığı yokluğundan daha iyidir, çünkü bu kanun en azından belirlilik sağlar⁸⁴¹. Ancak, bu kanunun içeriği adalete uygun olmadığında adalet ve belirlilik değerleri arasında bir çatışma ortaya çıkar. Bu çatışma gerçek adalet ve görünüşteki adalet arasındaki çatışmadır. Hukukun her türlü içeriğe sahip olabileceği

⁸³⁵ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, op. cit., s. 164. Ayrıca bkz. Metin ve Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, op. cit., s. 31.

⁸³⁶ Paulson, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", op. cit., s. 31.

⁸³⁷ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, op. cit., s. 168.

⁸³⁸ Paulson, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", op. cit., s. 32.

⁸³⁹ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, op. cit., s. 165.

⁸⁴⁰ Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Eğitiminde Bir Denek Taşı: 'Radbruch Formülü'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56 (2005), s. 168.

⁸⁴¹ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", op. cit., s. 107.

doğru değildir. Nitekim hukukun ihya etmesi gereken tek değer belirlilik değildir⁸⁴². Ünlü Radbruch formülü bu çatışmanın çözümüne ilişkindir.

Radbruch adalet ve belirlilik arasındaki çatışmanın çözümünde iki durumda adalete öncelik tanır. Bunlardan ilki pozitif hukukun tahammül edilemeyecek (*unerträglich*) derecede adalete aykırı olmasıdır. Bu durumda adalete öncelik tanınmalı ve hukuk kuralı “hatalı” (*unrichtig*) olarak kabul edilmelidir. Radbruch, adalet ve pozitif hukuk kuralının geçerliliği arasındaki çatışmada bundan daha net bir çizginin çizilemeyeceğini, adalete aykırı olmakla beraber aykırılığı tahammül edilemez seviyeye ulaşmamış olan hukuk kurallarının yine de geçerli kabul edilmesi gerektiğini vurgular⁸⁴³. Bununla birlikte, eğer pozitif hukuk adalete aykırı olmakla kalmıyor, daha başlangıçta adaletin özü olan eşitliği ihlal etmeye yöneliyorsa, bu hukuk kuralının yalnızca hatalı olduğundan bahsetmek doğru olmaz. Söz konusu kuralın hukuk niteliğinden mahrum olduğu kabul edilmelidir. Bunun nedeni hukuk düşüncesinin ancak adalete hizmet etme amacıyla anlam kazanabilecek olmasıdır⁸⁴⁴.

Radbruch formülünün önemi yalnızca adalete tahammül edilemeyecek derecede aykırı olan pozitif hukukun geçersiz olduğunu ve daha başlangıçta adalet amacına yönelmemiş olan kuralların hukuk kuralı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmesinden kaynaklanmaz. Radbruch formülünün ardındaki düşünce hukuki pozitivizm ve doğal hukuk tartışmasının kısılcısından kurtulmaya çalışan “üçüncü yol” mensubu teorilere de kaynaklık etmiştir⁸⁴⁵. Bu teorilerin ortak özelliği, doğal hukukçu veya pozitivist iddiaları sınırlarına taşımaktansa, adalet düşüncesini ve meta-pozitif kriterleri hukuk düşüncesinin sınırlarına dâhil etmekle birlikte, sosyal olguların hukuk açısından oynadığı rolü yadsımaması ve meta-pozitif kriterlere klasik doğal hukuk öğretisinden daha sınırlı biçimde yer vermesidir. Grabowski’ye göre Alman hukuk teorisinde Robert Alexy ve Ralf Dreier’in teorileri, kurumsal pozitivizm (*institutional positivism*) akımının mensupları arasındaki Neil MacCormick ve Ota Weinerberger ile

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ *Ibid.* Bu konuda ayrıca bkz. Kühl, “Radbruch Formülü”, *op. cit.*, s. 372.

⁸⁴⁴ Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, s. 108. Ayrıca bkz. Kühl, “Radbruch Formülü”, *op. cit.*, s. 373.

⁸⁴⁵ Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, *op. cit.*, s. 13.

yumuşak pozitivizmi benimseyen Jules Coleman gibi yazarların düşüncesi Radbruch formülünden etkilenmiştir⁸⁴⁶.

Sanıyoruz Radbruch formülünün doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasında veya bunlardan farklı bir yol sunduğu düşüncesine John Finnis'ten hareketle karşı çıkılabilir. Bunun neden Finnis'in hiçbir doğal hukukçunun ahlaka aykırı hukuk kurallarının geçersiz olacağını iddia etmediğini düşünmesidir. Finnis'e göre, hukuki pozitivistler doğal hukukçu anlayışların adalete veya teorinin temeline yerleştirilmiş olan değere aykırı her normun geçersiz olacağını iddia ettiğini düşünür. Oysa Finnis'in bildiği kadarıyla, Thomas Aquinas'tan bu yana hiçbir doğal hukukçu bu denli güçlü bir iddiada bulunmamıştır⁸⁴⁷. Aquinas "*lex injusta non est lex*" demekten kaçınmıştır⁸⁴⁸. Finnis'e göre, Aquinas doğrudan bu ifadeyi kullansaydı dahi pek bir şey değişmezdi. Nitekim bu söz, yalnızca ahlaka aykırı hukukun belli durumlarda bilindik anlamıyla hukuk olarak görülemeyeceği olasılığına işaret etmektedir⁸⁴⁹. Bu nedenlerle Finnis, hukuki pozitivizmin doğal hukukçu teorilere yönelik bu eleştirisine katılmamaktadır⁸⁵⁰. Eğer Finnis haklıysa ve doğal hukukçu teoriler zaten ahlaka aykırı bütün hukuk normlarının geçersiz olduğunu iddia etmiyorsa, Radbruch formülünün diğer doğal hukukçu teorilerden farkı belirsizleşecektir.

Aksiyolojik geçerliliğe ilişkin olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi, meta-pozitif kriterler, en azından çağdaş hukuk teorilerinde, genellikle bir normun geçerliliğinin negatif unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, bir norm, meta-pozitif bir değere uygun olduğu için geçerli olmamakta, ancak bu değere aykırılığı nedeniyle geçerliliğini yitirebilmektedir. Radbruch'un formülünde söz konusu olan da bu türden negatif bir aksiyolojik geçerlilik anlayışıdır. Hatta Radbruch formülü, adalete aykırı olan her normun da geçersiz olmayacağını öngörmektedir. Radbruch'a göre güç, bize göre sosyal olgu niteliğindeki bir beşerî irade tarafından yaratılan norm, ancak tahammül edilemeyecek derecede adaleti zedeliyorsa adalete yol vermelidir. Sanıyoruz ki adaletin ona tahammül edilemeyecek derecede aykırı olan hukuk kuralı karşısındaki

⁸⁴⁶ *Ibid.*, ss. 13-14.

⁸⁴⁷ Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, *op. cit.*, s. 26.

⁸⁴⁸ Bkz. *ibid.*, s. 364.

⁸⁴⁹ Örn. bkz. *ibid.*, s. 356.

⁸⁵⁰ *ibid.*, s. 26.

önceliğiyle Radbruch'un kastettiği iptal edilebilirliktir⁸⁵¹. Nasıl anayasaya aykırı bir kanun kendiliğinden geçersiz değilse ve ancak yetkili mahkeme tarafından iptal edilebiliyorsa, adalete belirlenen eşğin üzerinde bir aykırılık teşkil eden norm da geçersiz kılınmalıdır. Bu tür hukuk kurallarına ilişkin “hatalı” sıfatının kullanılmasının da bu tespiti desteklediği söylenebilir. Radbruch'un formülünün daha radikal kısmı baştan itibaren adalete yönelmeyip eşitliği zedeleyen kuralların hukuk niteliği taşımadığı tespittir. Burada iptal edilebilirlikten değil, yokluktan bahsedildiği düşünülebilir. Adalete yönelmeyen pozitif kural hiçbir zaman hukuk niteliği kazanmaz, nitekim hukuk ancak adalete yönelmeyle anlam kazanır. Kural koyucunun adalet saikiyle hareket etmeden eşitliğe aykırı bir norm koyma iradesi hiçbir zaman hukuk normu yaratamamaktadır. Bununla birlikte, Radbruch ikinci formülasyonun ilk formülasyondan farklı olmadığını, yalnızca ilk formülasyonu netleştirme amacı taşıdığını belirtmiştir. Bu anlamda, iki farklı formülasyon olduğu Radbruch dışındaki yazarların yorumudur⁸⁵².

Kanımızca, iki farklı formülden bahsedilemese dahi, iki farklı durumda formülün neticesinin farklı olduğunu ifade edilebileceğini düşünüyoruz. Nitekim Radbruch açıkça adalete tahammül edilemeyecek derecede aykırı olan hukuk kurallarının kusurlu olduğunu, ancak eğer kanun koyucu baştan itibaren eşitliğe aykırı davranıyorsa ortada hukuk niteliği taşıyan bir normun bulunmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, iki durumda kanun koyucunun irade açıklamasının neticeleri arasında bir fark bulunmaktadır⁸⁵³. Bu nedenle, iptal edilebilirlik ve yokluk sonuçlarının anılan iki farklı durum için geçerli olabileceğini düşünüyoruz.

2. Formülün Eleştirisi

Bu kısımda Radbruch'un formülüne yöneltmiş bazı eleştirileri dile getirmek istiyoruz. Buradaki amacımız Radbruch'un formülüne getirilen bütün eleştirileri ele

⁸⁵¹ Sevtap Metin ve Altan Heper de adalete tahammül edilemeyecek düzeyde aykırı olan hukuk kurallarının geçersiz olduğunu belirtmektedir. Bkz. Metin ve Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Bir Katkı*, *op. cit.*, s. 21.

⁸⁵² *Ibid.*, s. 22.

⁸⁵³ Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *op. cit.*, s. 107.

almak değildir. Dolayısıyla, sırasıyla Hart, Bix ve Spaak'ın eleştirilerini inceleyip, bu eleştiriler hakkındaki görüşümüzü belirtmekle yetineceğiz.

a. Hart'ın Eleştirisi

Hart, Fuller ile tartışmasına yol açan ünlü “*Positivism and the Separation of Law and Morals*” makalesinde Radbruch formülüne ilişkin eleştirilerini de sunmuştur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Hart'a göre Radbruch savaş sonrası dönemde pozitivizmi terk ederek doğal hukukçu bir anlayışı benimsemiştir⁸⁵⁴. Hart, Radbruch'un geçirdiği iddia edilen bu değişimi doğru bulmaz. Hart'ın makalesinde bizim şu anki konumuzu ilgilendiren hususlar dördüncü bölümde dile getirilmiştir. Hart hukuki pozitivizmin kötücül siyasi rejimlere daha samimi bir yanıt vereceğini iddia etmiştir. Bu iddiasının ise Fuller ve Radbruch'un iddiaları karşısında başarılı olduğu genel olarak kabul görmüştür⁸⁵⁵.

Hart, Radbruch formülünü ayrılabilirlik tezinin eleştirisi bağlamında değerlendirir. Ona göre, Nazi rejimi sırasında korkunç uygulamalara maruz kalan Alman düşünürlerin cephesinden pozitivizmin ayrılabilirlik tezine bir eleştiri gelmektedir. Bu Alman düşünürler, tam da Austin ve Bentham gibi faydacıların hukuk ve ahlakın ayrılması gerektiğini iddia ettiği yerde, yani ahlaken kötü hukuk kurallarının mevcudiyetinin olanaklılığı noktasında, hukuk ve ahlakı birleştirmeyi önermektedir⁸⁵⁶.

Savaş öncesinde hukuka direnmenin şahsi vicdanla ilgili olduğunu ve ahlaka aykırı olduğundan bahisle bir hukuk kuralının geçersiz olacağından bahsedilemeyeceğini düşünen Radbruch⁸⁵⁷, savaşın ve Nazi rejiminin sonuçlarının ardından pozitivizm ve onun “kanun olarak kanun” (“*law as law*” veya “*Gesetz als Gesetz*”) sloganının yaşanan dehşete büyük katkıda bulunduğunu iddia etmiştir⁸⁵⁸. Bu

⁸⁵⁴ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 616.

⁸⁵⁵ Haldemann, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *op. cit.*, s. 172.

⁸⁵⁶ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 616.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Ibid.*, s. 617.

nedenle Radbruch temel ahlaki ilkeleri ihlal eden bir hukuk kuralının, bütün pozitif geçerlilik kriterlerini sağlasa dahi, geçerli kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁸⁵⁹.

Hart'ın eleştirisine devam etmeden önce, önemli olabileceğini düşündüğümüz bir hususun altını çizmek isteriz. Yukarıda da değindiğimiz gibi, esasen Radbruch formülünde temel ahlaki ilkelere aykırılığın hukuk kuralının kendiliğinden geçersiz hâle gelmesine yol açan bir husus bulunmamaktadır. Burada mühim olan ihlal edilen ilkenin temelliği değil, ihlalden kaynaklanan adaletsizliğin tahammül edilemez olması veya hukuk kuralının daha baştan adalet hedefine yönelmemiş olmasıdır. Hart'ın iddiasıyla Radbruch'un söylediği arasında büyük bir fark olmadığı düşünülebilir. Ancak, kanımızca her temel ahlaki ilkenin ihlalinin tahammül edilemez bir adaletsizliğe yol açacağı düşüncesinin doğruluğu şüphelidir. Örneğin, temel bir ilkeyi ihlal eden hukuk kuralı başka bir ilkenin gerçekleştirilmesini (*promote*) sağlıyor, böylelikle yol açtığı adaletsizliği tahammül edilir kılıyor olabilir.

Hart, Radbruch'un Alman hukuk vicdanının (*legal conscience*) ahlaki taleplere açık tutulması gerektiği yönündeki çağrısına sempatiyle yaklaşır. Ancak, ona göre Alman halkını Nazi rejimine boyun eğmeye iten sebebin, minimum ahlaki gereklilikleri sağlamasa bile hukuk normunu geçerli kabul eden bir öğreti olduğunu düşünmek oldukça naiftir⁸⁶⁰. Bununla birlikte, Hart'a göre, Radbruch'un düşüncelerinde naiflikten daha rahatsız edici bir husus vardır. Buna göre Radbruch, hukukçulara aşlamak istediği liberalizmin ruhani mesajını yalnızca kısmen sindirebilmiştir⁸⁶¹. Bunun nedeni Radbruch'un geçerliliğe bağlayıcılık muamelesi yapması, bir başka deyişle, hukuk kuralının geçerli olduğunu söylemenin o kurala uyulması gerektiğini söylemekmiş gibi davranmasıdır⁸⁶². Oysa hukuk kuralı, uyulamayacak kadar kötü olsa da, hukuk kuralı olarak kalmaya devam edebilmelidir⁸⁶³. Kanımızca, geçerlilik ve bağlayıcılık arasındaki bu ayrım -her ne kadar Hart doğrudan bağlayıcılık ifadesini kullanmasa da- bizim konumuz ve aksiyolojik geçerlilik anlayışının eleştirisi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu konuya ilerleyen kısımlarda tekrar değineceğiz.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ *Ibid.*, ss. 617-618.

⁸⁶¹ *Ibid.*, s. 618.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ *Ibid.*, s. 620. Bu konuda ayrıca bkz. Haldemann, "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", *op. cit.*, s. 171.

Son olarak Hart, Nazi döneminde yaşanan adaletsizliklere verilebilecek olan pozitivist cevabın niçin daha samimi olduğu konusuna değinir. Bunu göstermek için de Nazi döneminde yaşanan bir olaya ilişkin savaş sonrası gerçekleştirilen bir yargılamayı örnek alır⁸⁶⁴. Dava konusu olayda, kocasından kurtulmak isteyen bir kadın, kocasının evde Hitler’e hakaret ettiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunur. Aynı zamanda orduda asker olan kocası Üçüncü Cumhuriyet hükümeti aleyhine konuşmayı suç sayan kanun gereği idama mahkûm edilir, ancak idam yerine cepheye gönderilir. Savaş sonrası dönemde bu kadın, kişiyi hukuka aykırı biçimde hürriyetinden mahrum bırakma (*rechtswidrige Freiheitsberaubung*) suçundan dolayı yargılanır. Kadın, ifadesinde kocasının alıkoyulmasının Nazi kanunlarından dolayı olduğunu ve kendisinin hiçbir suç işlemediğini belirtir. En nihayetinde temyiz mahkemesi, Nazi döneminde kocanın mahkûmiyetine yol açan kanunun adalet duygusuna aykırı olduğu için geçerli olmadığına ve dolayısıyla kadının kişiyi hukuka aykırı biçimde hürriyetinden yoksun bırakma suçunu işlediğine hükmeder⁸⁶⁵.

Hart’ın bu davadaki tutuma ilişkin eleştirisini şu şekilde özetleyebiliriz: İlk olarak, Hart bu davada iki olasılığın daha olduğunu, kadının suç işlemediğinden bahisle salıverilebileceğini ya da geçmişe dönük bir kanunla cezalandırılabilirliğini vurgular. Ancak, bunlardan ilkinin yanlış olacağı düşüncesine sempatiyle yaklaşılabilir⁸⁶⁶. Yine de, eğer ikinci olasılık tercih edilirse, kadının hukuk güvenliği menfaati ile kocanın adalet arayışı arasındaki çatışmada “daha az kötü” olan seçenek tercih edilecek ve böylelikle kocanın adaleti adına feda edilenin tamamen bilincinde olunacaktır⁸⁶⁷. Bu

⁸⁶⁴ Bu davanın *Harvard Law Review*’de yayınlanan yetersiz özet nedeniyle Hart ve Fuller tarafından yanlış anlaşıldığı ifade edilmektedir. Buna göre, ilgili mahkeme aslen Nazi döneminde çıkarılan bazı kanunların meta-pozitif değerler nedeniyle geçersiz olduğunu iddia etmeyip, pozitif hukuk kurallarının yorumundan hareketle sonuca ulaşmıştır (Metin ve Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine bir Katkı: Radbruch Formülü*, *op. cit.*, s. 43, dn. 41; Thomas Mertens, “Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration”, *Ratio Juris*, C. 15, S. 2 (Haziran 2002), s. 200). Bununla birlikte, Hart ve Fuller arasındaki tartışmaya konu olan davanın tartışma açısından doğru bir örnek teşkil etmemesi bizim açımızdan bir fark yaratmayacaktır. Alman mahkemeleri meta-pozitif ilkelere dayanarak pozitif hukuk kurallarını geçersiz kılmamış olsalar dahi, Radbruch formülünün iddia ettiği, Fuller’ın savunduğu ve Hart’ın reddettiği bir hukuk kuralının ahlaka aykırılığının bu kuralın geçersizliğine yol açıp açamayacağıdır. Dolayısıyla, davayı Hart ve Fuller arasındaki tartışmaya konu olduğu şekilde aktaracağız.

⁸⁶⁵ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, ss. 618-619.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, s. 619.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

hâliyle Radbruch formülü ve uygulaması, kurumların ahlaki eleştirisinin tartışmalı bir felsefenin önermeleri olarak sunulmasından öteye geçmemektedir⁸⁶⁸.

b. Fuller'ın Yanıtı

Hart'ın Radbruch eleştirisi karşısında Radbruch'u savunan ve bunu Hart'ın “*Positivism and Separation of Law and Morals*” makalesiyle aynı dergide yayınlanan “*Positivism and Fidelity to Law*” makalesiyle yapan kişi Lon L. Fuller olmuştur. Burada Fuller'ın eleştirisine yalnızca Radbruch formülüne ilişkin olduğu ölçüde yer vereceğiz.

Fuller'a göre, Hart'ın Radbruch eleştirisindeki temel eksiklik Nazi döneminde “hukukun” ne anlama geldiğini, Nazi dönemindeki uygulamaların gerçek niteliğini araştırmadan, o dönemden savaş sonrasına “hukuka bağlılık olarak hukuk” anlayışını anlamlı kılacak bir hukukun kaldığını varsaymasıdır⁸⁶⁹. Fuller'a göre, Hart İngiliz hukukuyla Nazi hukuku arasındaki tek farkın, Nazilerin hukuku İngilizlere tiksiniç gelen amaçlara ulaşmak için kullanması olduğunu düşünmektedir⁸⁷⁰. Oysa sorun yalnızca hukuk kurallarıyla ulaşmak istenen amaçlara değil, bu amaçlar doğrultusunda hukuk kurallarının ne şekilde kullanıldığına da ilişkindir. Fuller ilk olarak Nazi döneminde geçmişe etkili kanunlara sıklıkla başvurulduğunu ve bu kanunlarla geçmişteki hukuka aykırılıkların hukuka uydurulduğunu (“*statutes curative of past legal irregularities*”) belirtir. Geçmişe etkili kanunların sayısında öyle bir artış gerçekleşmiştir ki hukukun beri olamayacağı hukuki ahlaktan sapılmıştır. Bu kanunların teşkil ettiği tehdit yazılı bütün hukuk kurallarını önemsizleştirmektedir⁸⁷¹. Fuller, ikinci olarak Nazi dönemindeki gizli kanun söylentilerine dikkat çeker. Bu gizli kanunların varlığına dayanarak Fuller savaş sonrası Alman mahkemelerinin vatandaşların haklarının tespiti için bu kanunları araştırmak durumunda olup olmadığını retorik bir soru olarak ortaya atar⁸⁷². Modern devletlerde gizli kanunlar (ya da düzenleyici nitelikteki diğer işlemler), yalnızca idarenin iç ilişkilerini düzenlemek amacıyla kullanılsa da, vatandaşların hak ve

⁸⁶⁸ *Ibid.*, ss. 619-621.

⁸⁶⁹ Lon L. Fuller, “Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4 (Şubat 1958), s. 633.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, s. 650.

⁸⁷¹ *Ibid.*, s. 651.

⁸⁷² *Ibid.*

menfaatlerini dolaylı yoldan etkilemeleri durumunda şikâyet konusu edilebilirler⁸⁷³. Fuller’a göre, Nazi dönemi Alman mahkemeleri, Nazilerin çıkardığı ve kanun ismi taşıyan her belgeyi tepki çekmemek amacıyla kanun olarak kabul etmiş, hukukun kötüye kullanılması Nazilerin yükselişinde önemli rol oynamıştır⁸⁷⁴. Kısacası, Fuller’a göre, Nazi döneminde çıkarılan ve Hart’ın incelemesine konu olan davada uygulanan kanuna benzer kanunlar, hukukun içsel ahlakına aykırı olduğu için hukuk değildir⁸⁷⁵.

Hukukun içsel ahlakının ne olduğuna kısaca değineceğiz. Ancak, öncelikle Fuller’ın Hart’ın tartışmasına da konu olan davayla ilgili görüşlerini özetlemek isteriz. Fuller, söz konusu davadaki adaletsizlikleri şu başlıklar altında ifade eder: 1) Davada uygulanan kanunların 1938 tarihli olanı suç teşkil edecek olan fiilin kamuya açık bir biçimde gerçekleştirilmesini aramaktadır. Oysa davada mahkûm edilen kişi söz konusu fiili kamuya açık biçimde değil, evinde gerçekleştirmiştir, 2) davada uygulanan kanunlardan 1934 tarihli olanıysa, kamuya kapalı biçimde gerçekleştirilen fiili de suç kapsamına almışsa da, ulusun veya Alman Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi’nin liderleri hakkında kindar veya provokatif söylemlerde bulunan kimselerin idam edileceği değil, hapsedileceği öngörülmüştür⁸⁷⁶. Bunlara ek olarak Fuller bu kanunu “yasama ucubesi” (*legislative monstrosity*) olarak nitelendirmektedir⁸⁷⁷. Rundle’a göre bunun nedeni söz konusu kanunun idareye keyfî takdir yetkisi devretmesidir⁸⁷⁸. Bu keyfiliğin özellikle kimin ulusun veya Partinin liderlerinden sayılacağına Adalet Bakanlığı tarafından lidere danışılmak ve rızasını almak suretiyle belirleneceğini öngören 4. maddeden kaynaklandığı söylenebilir⁸⁷⁹.

⁸⁷³ *Ibid.* Örneğin, Alman hukukunda *Verwaltungsvorschrift* isimli düzenleyici normlar kural olarak içe etkili, yani idare mensuplarını bağlayan, vatandaşlar üzerinde herhangi bir sonuç doğurmayan normlar olarak görülürler (Bernd Müller, *Verwaltungsrecht*, 3. B., Heidelberg: Springer, 2004, s. 138; Michael Nierhaus, “Administrative Law”, in *Introduction to German Law*, editörler: Joachim Zekoll ve Gerhard Wagner, Lahey: Kluwer, 2005, s. 91). Bununla birlikte, *Verwaltungsvorschrift*in somut durumda mahkemeler tarafından uygulanmasıyla bunlar vatandaşlar üzerinde etkili hâle gelebileceği için, bu normların yargı denetimine konu olmasının mümkün olduğu düşünülmektedir (Markus Möstl, “Normative Handlungsformen”, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. B., editörler: Hans-Uwe Erichsen ve Dirk Ehlers, Berlin: De Gruyter, 2010, s. 662).

⁸⁷⁴ Fuller, “Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, s. 659; Ayrıca bkz. İrem Akı, “Hart-Fuller Tartışması, Neden Anlaşamıyorlar?”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 76, S. 3 (2018), ss. 123-124.

⁸⁷⁵ Fuller, “Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, s. 660.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, ss. 653-654.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, s. 654.

⁸⁷⁸ Kristen Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford: Hart Publishing, 2012, s. 69.

⁸⁷⁹ Akı, “Hart-Fuller Tartışması, Neden Anlaşamıyorlar?”, *op. cit.*, ss. 122-123.

Burada ilginç olan husus Hart'ın tartıştığı hususun söz konusu kanunların geçerli olmadığına dair Nazi sonrası Alman mahkemesi kararını eleştirmesi iken, Fuller'ın aslen mahkemelerin mevcut kanunları uygulama/uygulamama şeklini eleştirmesidir. Dolayısıyla, Fuller'ın doğrudan işaret ettiği ilk iki husus, yani 1938 tarihli kanunun kamuya açık olmayan fiilleri suç kapsamına almamış olması ve 1934 tarihli kanunun hapis cezası öngörmesi, esasen kanunların kendisinden kaynaklanan adaletsizliklere işaret etmemektedir. Yalnızca Rundle'ın yardımıyla Fuller'ın “yasama ucubesi” ifadesini yorumlayarak ulaştığımız eleştiri kanunun kendisinden kaynaklanan bir adaletsizliğe işaret ediyor olabilir. Dolayısıyla, yalnızca bu husus Hart'ın Alman mahkemesinin kararını eleştirisine yanıt olarak geçerli olabilir. Elbette, Radbruch formülünün kanunların dışındaki hukuk kurallarına ve hukuki işlemlere (örneğin mahkeme kararlarına) uygulanması mümkündür. Ancak, Fuller'ın eleştirilerinin büyük bir kısmının örnek verilen Nazi kanunlarına değil, bu kanunların mahkemeler tarafından uygulanmalarına yöneldiği ve bu eleştiriler temelinde Nazi dönemindeki kanunların geçersiz olduğu, aslında hukuk olmadığının iddia edilemeyeceği unutulmamalıdır.

Ahlaka aykırı hukuk normlarının niçin geçerliliğini yitirmediğini aksiyolojik geçerlilik anlayışının eleştirisi kapsamında göstermeye çalışacağız. Ancak, bunun için Radbruch formülünden daha detaylı incelemelere ihtiyacımız var. Bu detaylı incelemeleri Fuller'ın hukukun içsel ahlakı düşüncesi ve Alexy'nin Radbruch formülüne dayanan geçerlilik anlayışı kapsamında gerçekleştirmeyi umuyoruz. Öncelikle hukukun içsel ahlakını ele alalım.

B. FULLER VE HUKUKUN İÇSEL AHLAKI

“Hukukun içsel ahlakı” ifadesindeki “içsel” sıfatı hukukun bir de dışsal ahlakı olduğunu düşündürmektedir. Fuller'ın teorisi, hukuk kurallarının içeriğine ilişkin olarak hukukun dışından uygulanabilecek maddi (içeriksel) ahlak ile ilgilenmez. Bu anlamda, dışsal ahlak alışıldık anlamıyla, içeriğe ilişkin ahlaktır⁸⁸⁰. Fuller dışsal ahlak ve içsel

⁸⁸⁰ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 22.

ahlak kavramlarının farkı konusunda pek bir şey söylemez. Bu durum Summers'da hayal kırıklığı yaratmıştır⁸⁸¹. Fuller'a göre, hukuk açık bir sorumluluğun (*explicit responsibility*) konusu iken, ahlak değildir⁸⁸². İçsel ahlak düşüncesi, hukukun amacı gözetilmeksizin anlaşılamayacağını savunur⁸⁸³. Burada amaçtan kasıt, hukuk kuralının içeriğiyle ulaşmayı hedeflediği nokta değil, en başta bir insan topluluğunun hukuka sahip olmasındaki, hukukun bizatihi varlığının yöneldiği amaçtır. Bu anlamda Fuller'a göre hukuk, insan eylemini kurallara tabi kılma girişimidir⁸⁸⁴. Hukukun varlık amacına hizmet etmesini sağlayan prosedürel kurallardan oluşan hukukun içsel ahlakı Fuller tarafından farklı yerlerde "hukuku mümkün kılan ahlak" (*the morality that makes law possible*), "hukukun hususi ahlakı" (*special morality of law*), "prosedürel doğal hukuk" (*procedural natural law*) ve "hukukilik ilkeleri" (*the principles of legality*) olarak ifade edilir⁸⁸⁵. Fuller'ın bu ilkelerinin toplamının hukuki belirlilik ilkesiyle ifade edilebileceği düşünülmektedir⁸⁸⁶.

Fuller kötü kanun koyucu egemen Rex üzerinden içsel ahlakının temel ilkelerini belirler. Buna göre, hukuk kurallarının, gerçekten hukuk kuralı olabilmesi için taşıması gereken ilk nitelik genelliktir. Esasen burada kastedilen her kararı vakıa bazında değerlendirme yaparak (*case by case*) vermektense konulan kurala göre vermektir. Bir başka deyişle, hukukun içsel ahlakının ilk ayağını genel nitelikli kuralların varlığı oluşturur⁸⁸⁷.

İçsel ahlakın ikinci ayağı yayınlanmadır (*promulgation*)⁸⁸⁸. Buna göre, genel nitelikli kuralların konması yetmez, bu kuralların yayınlanması ve en azından ilgili taraflara bildirilmesi gerekir. Vatandaşların oturup bu kanunları okumayacağı düşünülse bile, yayınlanma hukukun içsel ahlakının önemli bir ayağıdır⁸⁸⁹. Yayınlanmanın gerekliliği bir başka perspektiften de açıklanabilir. Daha önce belirttiğimiz gibi, Fuller'a

⁸⁸¹ *Ibid.*, ss. 22-23.

⁸⁸² Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 131.

⁸⁸³ Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", *op. cit.*, s. 16.

⁸⁸⁴ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 106.

⁸⁸⁵ Bu farklı kullanımları Hart tespit etmiştir. Bkz. Hart, "The Morality of the Law", *op. cit.*, s. 1284.

⁸⁸⁶ Luc J. Wintgens, "Law and Morality: A Critical Relation", *Ratio Juris*, C. 4, S. 2 (1991), s. 192.

⁸⁸⁷ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 46.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, ss. 49-51.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, s. 51.

göre hukuk, insan eyleminin kurallara tabi kılınması girişimidir⁸⁹⁰. Böylelikle, hukuk insan eyleminin kuralların rehberliğinde yönlendirilmesini amaçlar. Yayınlanma olmadan bu amaca ulaşmak mümkün değildir.

Üçüncü ayak, kuralların geçmişe değil, ileriye dönük olmasını gerektirir. “Geçmişe dönük kural yasağı” olarak adlandırabileceğimiz bu ayak, Fuller tarafından yine hukukun amacına atıfla temellendirilir. Hukukun amacının insan eylemini yönlendirmek olduğunu söylüyorsak, insan eyleminin gelecekte çıkarılacak kanunlara göre yönlendirilmesinden bahsetmek anlamsız olacaktır⁸⁹¹.

Dördüncü ayak, “kanunların açıklığı” (*clarity of laws*) olarak adlandırılabilir. Hart’tan yararlanarak açıklık kriterini “kuralların muhataplarının kuralın işaret ettiği, gerektirdiği eylemi anlayabilmesi” olarak ifade edebiliriz⁸⁹². Fuller bu bilindik gereklilik hakkında fazla bir şey söylemez. Ancak, kanunlarda “iyi niyet” ve “gerekli özen” gibi standartların belirlenmesi ona göre açıklık kriterini ihlal etmez. Hatta kimi zaman kuralları anlaşılır kılmanın en iyi yolu sıradan hayatta kullanılan yargı standartlarına yer vermektir⁸⁹³. Bununla birlikte, Fuller’a göre, işi başından aşmış olan yasa koyucunun yetkisini her konuda mahkemelere devredebileceğini düşünmek hata olur. Bu devrin mümkün olup olmadığı, yetki devrinin konusuna, ilgili sorunun doğasına bağlıdır⁸⁹⁴. Ticari faaliyet gösterenlerin eylemlerine ilişkin olarak “adalet”in gereklerinden sonuçlar çıkarmak mümkün olsa da, beşerî eylemin her alanı için bu mümkün olmayabilir⁸⁹⁵.

Beşinci olarak, kurallar çelişkiden beri olmalıdır. Fuller çelişkinin yokluğundan genellikle mantıksal bir çelişkinin anlaşıldığını, ancak bunun doğru olmadığını düşünür. Buna göre, bir kanunun belli bir maddesi belli bir tarihte belli bir işin yapılmasını emrediyor, diğer bir maddesi de söz konusu tarihte herhangi bir işin yapılmasını suç sayıyorsa, burada bir çelişki vardır; ancak söz konusu çelişki mantıksal bir çelişki

⁸⁹⁰ Fuller hukuku aynı amacı güden diğer girişimlerden ayırmak için bir öneride bulunmamakta, oyunlar, nezaket kuralları ve benzeri alanların da bu anlamda “hukuk” olarak görülebilmesinden rahatsız olmamaktadır. Yazarın bu tutumu Summers tarafından eleştirilmiştir (Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, ss. 118, 129; Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 21-22).

⁸⁹¹ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 53.

⁸⁹² Hart, “The Morality of the Law”, *op. cit.*, s. 1285.

⁸⁹³ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 64.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

değildir⁸⁹⁶. Fuller belli birine bir şey yapmayı emretmek ve daha sonra da bu kişiyi cezalandırmanın mantıksız olmadığını vurgular. Hukukun amacı muhataplarının eylemlerine yön vermek olduğu ve yapması istenileni yerine getirdiği için cezalandırılan kişi, ileride yapılması isteneni yapmak konusunda isteksiz davranabileceği için bu durumun anlamsız olduğu söylenebilir; ancak, ortada mantıksal bir çelişki yoktur⁸⁹⁷.

Hukukun içsel ahlakının altıncı ayağı bilindik *impossibilium nulla obligatio est* ilkesidir. Bir başka deyişle, bir kuralın gerçekleştirilmesi imkânsız bir davranışı emretmesi mümkün değildir⁸⁹⁸. Yedinci olarak Fuller, hukuk kurallarının zaman içindeki sabitliğine vurgu yapar. Buna göre, kanunlar çok sık değiştirilmemelidir⁸⁹⁹. Fuller, bu gerekliliğin anayasal formalizasyonunun pek mümkün ve arzu edilebilir bir durum olmadığını kabul eder⁹⁰⁰. Kanunların fazla değiştirilmemesi gerekliliği Fuller tarafından geçmişe dönük kanunların sakıncalarıyla aynı nedenlerle açıklanır. Buna göre, nasıl geçmişe dönük kanunlar muhataplarının hukuki beklentilerini alt üst ediyorsa, çok sık değişen kanunlar da kimi durumlarda aynı zarara yol açabilir⁹⁰¹.

Hukukun içsel ahlakının son ayağını ilan edilen kural ve memurların eylemi (*official action*) arasındaki uyum oluşturur. Fuller'a göre bu gereklilik diğer yedi gereklilikten daha karmaşıktır. Bunun nedeni, bahsedilen uyumun hatalı yorum, hukukun erişilebilir olmaması, bir hukuk sisteminin bütünlüğünü (*integrity*) muhafaza etmek için gerekenlerin bilinmemesi, rüşvet, önyargı, kayıtsızlık, ahmaklık gibi pek çok sebeple ihlal edilebilmesidir⁹⁰². Bu uyuma yönelik tehditler çeşitli olduğuna göre, önlemler de zorunlu olarak farklılaşacaktır⁹⁰³. Fuller, vatandaşların adil muamele görmesi amacını güden usuli *due process* kuralları ile yargısal yoruma ilişkin kuralları bu önlemlere örnek olarak gösterir⁹⁰⁴.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, s. 65.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, ss. 65-66.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, ss. 71-72.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, ss. 79-80.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, s. 79.

⁹⁰¹ *Ibid.*, s. 80.

⁹⁰² *Ibid.*, s. 81.

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.*, ss. 82-83.

Fuller'ın bu ilkelerinin üç boyutu olduğu söylenebilir⁹⁰⁵. Buna göre, ilk boyut hukukun yaratılması için siyasi iktidarın iradesinin tezahür etmesinin yeterli olmadığını, bu iradenin tezahürüne ilişkin birtakım ahlaki ilkeler bulunduğunu ifade etmektedir. İkinci boyut, hukukun ortaya çıkması için bu şartların yerine getirilmesi gerektiğinden, hukukun ne olduğunu ifade eder. Üçüncü boyutsa, ABD anayasacılığın hâlihazırda tayin edilebilir ilkelerinin tavsifini sunarak hukuk sistemindeki hukukilik (*legality*) anlayışının ahlaki şartlarını ortaya koyar.

Fuller'a yöneltilen bazı eleştirilere geçmeden önce hukukun içsel ahlakının yaptırımı konusuna değinmek isteriz. Fuller içsel ahlakın sekiz ilkesinden birine hiçbir şekilde uymamanın sonucunun yalnızca kötü bir hukuk sistemi olmayacağını, bu durumda hukuk sisteminin varlığından bahsedilemeyeceğini söyler. Bir vatandaşın var olmayan veya kendisinden gizlenen, başka bir kanun veya kuralla çatışan, imkânsız isteyen veya her an değiştirilen bir kanun veya kurala uymak yönünde ahlaki bir yükümlülüğü olduğundan bahsedilemez. Fuller'a göre, idari merciler tarafından görmezden gelinen, ihmal edilen ve uygulanmayan bir kurala uymak mümkün olsa da belli bir an geldiğinde bu uyma fiili boş bir uğraş hâline gelir⁹⁰⁶.

Bu noktada bazı hususların altını çizmek gerekir. Fuller, gözlemlerine hukuk sisteminin bir bütün hâlinde geçerliliğinden bahseder gibi başlar. Ancak, daha sonra hızlı bir biçimde vatandaşın belli bir kurala uyma yükümlülüğüne atlar. İlk olarak Fuller'ın içsel ahlakın sekiz ilkesini bir hukuk sisteminin bütünü açısından mı yoksa sistemdeki normlar açısından mı birer kriter olarak gördüğü sorulabilir. Bu soruya “her ikisi de” şeklinde yanıt vermek en kolayıdır. Fuller'ın ifadelerinden de, açıkça belirtilmese dahi, durumun bu olduğu anlaşılabılır. Yani, içsel ahlakın sekiz ilkesi hem bir hukuk sisteminin tamamının hem de o sisteme ait tekil normların geçerliliğinin değerlendirilmesinde dikkate alınır ve bu ilkelerden biri açısından tamamen başarısız olan bir hukuk sistemi veya hukuk normu, bir hukuk sistemi veya hukuk kuralı olma niteliğini, yani geçerliliğini kaybedecektir⁹⁰⁷. Bu noktada mühim olan hukuk sisteminin

⁹⁰⁵ Bu üç boyut (*level*) Zipursky tarafından ifade edilmiştir. Biz yazarı takip ediyoruz. Bkz. Benjamin C. Zipursky, “The Inner Morality of Private Law”, *American Journal of Jurisprudence*, C. 58, S. 1 (2013), s. 30.

⁹⁰⁶ Bkz. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 39.

⁹⁰⁷ Geçerliliğin ne olduğunu sorguladığımız bu kısımda “hukuk sistemi veya normu olma niteliği”nden geçerlilik olarak bahsetmemiz garipsenebilir. Sonuçta bu bölümün amacı doğru geçerlilik anlayışıyla

bu ilkelerden biri açısından tamamen başarısız olmasının ne anlama geldiğini tespit etmektir. Sanıyoruz bu başarısızlık bir sistemdeki bütün normların ilkelerden bir tanesini ihlal etmesi olarak anlaşılabilir.

Sekiz ilkenin hem hukuk sisteminin hem de tekil normların geçerliliği açısından öngörülmesinin yol açtığı bir sorun vardır. Yukarıda aktardığımız paragrafın başında, içsel ahlakın ilkelerinin en azından birinde tamamen başarısız olan bir hukuk sisteminin, “hukuk sistemi” olarak adlandırılmayacağını vurgulayan Fuller, bu argümanı kimsenin içsel ahlakın ilkelerine aykırı bir hukuk kuralına uyma yükümlülüğüne sahip olamayacağını belirterek destekler. Buradan da anlaşılıyor ki Fuller, kimsenin ahlaken uymakla yükümlü olmadığı bir hukuk kuralının geçersiz olacağını düşünmektedir. Geçersiz bir hukuk sistemine kimsenin ahlaken uymak zorunda olmadığını belirtmek malumun ilanı olarak görülebilir. Ancak, tersi doğru mudur? Kanımızca bu düşünce en az iki açıdan sorunludur. İlk olarak, hukuk pratiğinde geçerli olmasına rağmen uymakla yükümlü olmadığımız hukuk kuralları mevcuttur. İkinci olaraksa hukuka uyma gerekliliğinin ahlak değil sağduyu temelinde açıklanması da mümkündür. Kısaca bu iki hususu açmak isteriz.

Fuller’ın çatışan normları içsel ahlaka aykırı gördüğünü daha önce belirtmiştik. Ahlaken uymak zorunda olmadığımız hâlde geçerliliğini koruyan normlara örnek teşkil eden bir durum hukuk kurallarının çatışmasıdır. Hukuk sistemleri açısından ideal olan çatışan normlardan birinin geçersiz kılınması veya bu normların baştan itibaren geçersiz kabul edileceğinin öngörülmesidir. Bununla birlikte, hukuk sistemleri her normatif çatışmayı geçersiz kılma veya geçersiz kabul etme yoluyla çözmez. Örneğin aynı hiyerarşik seviyedeki normlar arasındaki çatışmalarda durum genellikle böyledir. Bu tür çatışmalarda *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uygulanır. Bu ilkenin uygulandığı yerde ise çatışan normlardan bir tanesi ihmal edilir. İhmal edilen norm ise geçerliliğini korur, yalnızca diğer normla arasındaki çatışma devam ettiği sürece uygulanmaz⁹⁰⁸.

birlikte geçerliliğin ne anlama geldiğini belirlemektir. Ancak, sanıyorum geçerli olmayan bir normun norm olmadığı konusunda herkes hemfikirdir. Dolayısıyla, geçerliliğin en temel ve tartışmadan uzak anlamı “hukuk normu olma niteliği”dir.

⁹⁰⁸ Bu konuda bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin, 2017, s. 409; Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, op. cit., s. 48. Aksi görüş için bkz. Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, op. cit., ss. 295-296. Kelsen’in vurguladığı gibi, iki norm arasındaki çatışma iki önerme arasındaki mantıksal çatışmaya eş görülemeyeceği için, çatışan normlardan herhangi

Gelecekte ihmal edilen normun çatıştığı norm ilga edilir veya geçersiz kılınırsa, ayrıca bir işleme gerek olmaksızın geçmişte ihmal edilmiş olan norm uygulanır. Bu tür durumlarda “zımni ilga” ifadesinin kullanılması yanıltıcıdır. Nitekim ilga edilen normun yalnızca uygulanabilirliğini değil, geçerliliğini de kaybetmesi gerekir. Hukuk sistemi tarafından açıkça öngörülmediği sürece bir normun birden fazla somut durumda ihmal edilmesi, normun geçersiz olduğu anlamına gelmez⁹⁰⁹.

İkinci olarak, hukukun geçerliliği hukuk kuralına uyma yönünde sahip olunan ahlaki yükümlülükle açıklanmak zorunda değildir. Sağduyu kaynaklı gereklilikler de hukuki normativiteye kaynaklık edebilir. Eğer mühim olan hukukun norm niteliğini açıklamaksa, gerekliliğin ahlaki mi yoksa sağduyu kaynaklı mı olduğu sorusunun bir önemi kalmaz. Dolayısıyla, ahlaken uymakla yükümlü olmadığımız bir hukuk kuralına sağduyu kaynaklı sebeplerle uymamız gerekebilir. Çalışmamızın devamında da sağduyu kaynaklı gerekliliklerin hukuki normativite açısından oynayabileceği role değineceğimizden burada daha fazla açıklama yapmayacağız. Kanımızca Fuller’ın ahlaken uymakla yükümlü olmadığımız kuralların geçersiz olduğuna dair argümanı açıkladığımız iki sebepten dolayı eksiktir.

Öte yandan, hukuk sisteminin veya hukuk kuralının, hukukun içsel ahlakına tamamen aykırı olmadığı durumlarda ne olacağına karar vermek güçtür. Fuller’a göre bu tür durumlarda vatandaşın hukuk sistemi veya hukuk kuralına uyma yükümlülüğünü belirlemeye dair basit bir kural bulmak mümkün değildir⁹¹⁰. Bu tespitten de anlaşıldığı üzere, eğer bu araf durumunda vatandaşın hukuk sistemi ve hukuk normuna karşı uyma yükümlülüğü “hesaplanabilseydi”, belli durumlarda hukuk sistemi veya kuralına uyulmaması gerektiği söylenebilecekti. Dolayısıyla, Fuller’a göre, bir hukuk sistemi veya hukuk kuralının hukukun içsel ahlakına aykırılıktan dolayı geçersiz olabilmesi için, içsel ahlakın ilkelerinin tamamen ihlal edilmesi her zaman şart değildir. Tamamen

birisinin kendiliğinden geçersiz olması mümkün değildir (Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., ss. 124-125).

⁹⁰⁹ Zımni ilga ifadesinin yanıltıcılığı hakkında bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, op. cit., ss. 123-124, dn. 248. Ayrıca bkz. Ozan Ergül, “Usulüne göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, in *Yıldırım Uluer’e Armağan*, ed. Muhammed Erdal, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, ss. 81-82.

⁹¹⁰ Fuller, *The Morality of Law*, op. cit., ss. 40-41.

ihlal edilen durumlarda geçersizliğin söz konusu olacağı açıktır, ancak kısmi ihlaller durumunda da kuralın veya sistemin geçersizliği yönünde argümanlar geliştirilebilir.

Genelde *Morality of Law* eserine, özeldeyse Fuller'ın içsel ahlak anlayışına pek çok eleştiri yöneltmiştir. Bunlardan en önemlisi Fuller tarafından ifade edilen ilkelerin ahlaki bir yönünün bulunmadığını ifade etmektedir. İçsel ahlakın ilkelerinin ahlakiliğini değerlendiren Summers ilk olarak, Fuller'ın bilindik ahlak ile içsel ahlak arasındaki bağlantıya ilişkin sessiz kalmasını eleştirir. Bu ikisi arasındaki farkın “açık sorumluluk” kavramıyla ifade edilmesi ve aralarındaki etkileşimin de içeriksel etkileşim olarak açıklanması yeterli değildir⁹¹¹. Summers ayrıca, Fuller'ın teorisinin kimilerince ahlakla özdeşleştirilen bir doğal hukuk teorisi olup olmadığını sorar. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Fuller kendi teorisini prosedürel doğal hukuk olarak adlandırmaktadır. Ancak, Summers'a göre burada geleneksel bir doğal hukuk teorisinden bahsedilemez. Bunun nedeni, doğal hukukun ahlakının içeriğe ilişkin olmasıdır. Fuller'ın ilkelerinin doğallığı, kurallara tabi kılınacak olan insanların doğasına ilişkin temel unsurlar olmamasıdır⁹¹². Summers, Fuller'ın kitabının sonunda, Hart'ı eleştirdiği kısımda maddi bir doğal hukuk teorisi ortaya atmak adına bir şans yakalamasına rağmen bu beklentiyi cevapsız bıraktığını belirtir⁹¹³. Keza, Fuller'ın hem ahlaki bir ideal hem de erdem olan adalet kavramının dahi bütün gereklerine teorisi kapsamında yer vermemesi/verememesi de bir eksiklik olarak görülmektedir⁹¹⁴.

Summers'ın asıl eleştirisi içsel ahlakın gerçek bir ahlak olup olmadığına ilişkindir. Buna göre, Fuller bilinçli bir biçimde ahlak kavramını geniş anlamıyla kullanmaktadır⁹¹⁵. Bu tercihin altında yatan sebep, içsel ahlakın ilkelerinin hukuk-ahlak ayrılığını savunan pozitivistler tarafından reddedilmesinin güç olmasıdır: Eğer bu ilkeler ahlaki ilkelerse, pozitivistlerin ayrılabilirlik tezi geçersiz kılınacaktır⁹¹⁶. Ancak, Summers, Fuller'ın bu noktada yel değirmenleriyle savaştığını belirtir. Nitekim pozitivistler “hukukilik ilkeleri”ne (*principles of legality*) aykırılığın neticesinde hukuk

⁹¹¹ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 22-23.

⁹¹² *Ibid.*, ss. 23-24.

⁹¹³ *Ibid.*, s. 24.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ *Ibid.*

kurallarının geçersiz olmayacağını değil, söz konusu ilkelerin ahlaki olmadığını iddia etmektedir⁹¹⁷.

Summers “hukukilik ilkeleri”nin ahlak olarak nitelendirilmesi lehine dört argüman tespit eder. Bunlardan ilkinde göre, ancak içsel ahlak aracılığıyla ahlaka uygun kanunlara sahip olunabilecek olması, içsel ahlakın ahlaki niteliğini onar⁹¹⁸. Fuller, hukuku “iyi hukukun” ön koşulu olarak görmektedir⁹¹⁹. Bir başka deyişle, iyi hukukun olabilmesi için ortada öncelikle bir hukukun olması gerekir. Fuller’ın iddiası, hukukun deontolojik ilkelerini ortaya koyduğu yönündedir. Ancak, ahlakın ön koşulu olan hukuk, ahlaki amaçlar için kullanılabileceği gibi gayriahlaki amaçlar için de kullanılabilir⁹²⁰. Burada Fuller’ın akıl yürütmesindeki sorun şöyle özetlenebilir: Normativitenin hakkında gereklilik ifade ettiği bir nesnesi mevcuttur. Bu nesnelerin mevcudiyetine ilişkin başkaca ilkelerin belirlenmesi mümkündür. Ancak, bu husus nesnenin varlığına ilişkin ilkelerin ahlaki ilkeler olduğunu göstermez. Örneğin, nezaket kurallarını ele alalım. Nazik bir insanın varlığından bahsedebilmek için öncelikle insandan bahsedebilmek gerekir. Yani, insanın varlığı, nazik insanın varlığının ön koşuludur. Ancak, insanın varlığına ilişkin biyolojik kurallar birer nezaket kuralı olmazlar. Benzer şekilde, iyi kanun ön şartı kanun olsa da, kanunun varlığına ilişkin kurallar iyiliğin, yani ahlaka uygunluğun, kuralları olarak görülemez.

Summers ikinci argüman olarak, genellik, yayınlanma ve kanun-uygulama uyumunun ahlaki açıdan iyi kanunları güvence altına alma eğiliminde olduğunu iddia edildiğini tespit eder⁹²¹. Bu iddianın dile getirildiği yerlerden birinde Fuller konulmuş ve yayınlanmış bir kuralın adillliğini değerlendirmenin mümkün olduğunu belirtir⁹²². Bizim ilk argüman açısından gerçekleştirdiğimiz akıl yürütmeye benzer şekilde Summers, ahlaki iyiliği güvence altına alan şeyin kendisinin ahlaki olmadığını ileri

⁹¹⁷ *Ibid.*, s. 25.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 157.

⁹²⁰ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 25.

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 159.

sürer. Ona göre, zenginlik ve eğitim seviyesi ahlaki iyiliği güvence altına alan etkenler olsa da, bunların ahlaki olduğu ileri sürülemez⁹²³.

Fuller’ın içsel ahlakın ahlakiliğine ilişkin üçüncü argümanı açıklık kriterinin ahlaki bir ilke olduğunu, çünkü birtakım kötücül amaçların kanunlarda açıkça dile getirilemeyeceğini ileri sürer⁹²⁴. Summers bu argümana, ahlaki iyilik ve kanuni açıklık arasında doğru orantı olmadığını, bazı iyi amaçların kanunlarda ifade edilmesi oldukça zorken, bazı kötücül amaçların kolaylıkla kanunlarda formüle edilebileceğini ileri sürerek karşı çıkar⁹²⁵.

Son argüman Fuller’ın şu düşüncesine dayanır: İleri sürülen içsel ahlakın ilkeleri gerçekten de ahlakidir, nitekim insanın sorumlu bir özne (*agent*) olduğu düşüncesi onlara içkindir⁹²⁶. Bu argümanın ahlaki kategoriye gereğinden fazla genişlettiğini düşünen Summers, nezaket kurallarının, oyun kurallarının, şirket ve sendikaların işleyiş prosedürlerinin ahlakiliğe dâhil edildiğini düşünür⁹²⁷. Kanımızca, bütün normatif kategorilerin en azından belli bir alanda bir araya geldiği, birlikte ve eş zamanlı olarak işlediği rahatlıkla kabul edilebilir. Ayrılabilirlik tezini savunan bir pozitivist dahi insanın aynı anda farklı normatif kategorilerin (hukuk, ahlak, din, nezaket vs.) gereklerine tabi olduğunu reddetmeyecektir. Bu anlamda insan ne yapması gerektiğine bütün bu ilgili alanların kural ve normlarını değerlendirerek karar vermek zorundadır. Bu “karar” sorununu çözmenin kolay yolu, bu kategorilerden bir veya birkaçını mutlak olarak diğerlerine üstün tutmaktır. Ancak, bize öyle geliyor ki, henüz bu kategorik üstünlük için yeterince güçlü bir argüman ileri sürülememiştir. Her iki cephe de iddiasını fazla ileri taşımakta, bazı pozitivistler hukukun ahlaka rağmen bağlayıcı olduğunu iddia ederken, doğal hukukçular ahlaka aykırı hukuk kurallarının yalnızca bağlayıcılığını değil, geçerliliğini de yitirdiğini ileri sürmektedir. Bu aşırılık hatasının

⁹²³ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 25.

⁹²⁴ *Ibid.* Ayrıca bkz. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, ss. 157-159.

⁹²⁵ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 25-26. Benzer bir argüman Kramer tarafından yayınlanmaya dair ilke için geliştirilmektedir. Kramer’a göre, kanunların yayınlanması gerekmesi hukuk sistemindeki yetkilileri ahlaken şüpheli amaçlara yönelmesini engellemeyebilir. Bunun nedeni hukukun kötücül amaçlara yönelen bir araç olarak da kullanılabilecek olmasıdır. Kramer bu anlamda yayınlanma şartı ve ilkesinin yalnızca bazı durumlarda hukuku ahlaken değerli kılabilceğini düşünür. Bu anlamda yayınlanmanın ahlaki bir ilke olarak görülmesi mümkün değildir. Bkz. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, *op. cit.*, s. 44.

⁹²⁶ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 162.

⁹²⁷ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 26.

nedeni, geçerlilik ve bağlayıcılık kavramlarının gereği gibi ayrıştırılmamış olmasıdır. Farklı normatif kategorileri birbirinden ayırmanın en net yolu bunların ortaya çıkış yollarına, yani geçerliliklerine odaklanmaktır. Bu bölümde söylemeye yeltendiğimiz her şeyi burada ifade etmeden şu şekilde konuyu bağlayalım: Esasen Fuller’ın korkmadan ifade ettiği geniş anlamda ahlak düşüncesi, belli açılardan önemli ve açıklayıcı bir düşünce olabilir. Buradaki sorun öncelikle bu düşüncenin temellendirilmemesidir. Ayrıca, bu denli farklı kategorilerdeki kuralların ortaya çıkışlarındaki farklılıklar gözetilmemiştir.

Esasen Fuller’ın argümanlarının temel eksikliği, içsel ahlakın ilkelerinin iddia edildiği üzere ahlaka uygun kanunları güvence altına alamamasıdır. Fuller’ın bu ilkelerin ahlaki açıdan iyi kanunları güvence altına alma “eğiliminde” olduğunu iddia etmesi de içsel ahlakın ilkelerinin bu eksikliğin bir itirafı olarak görülebilir. Burada şu itiraz öne sürülebilir: Hiçbir ahlaki kural ahlaken iyi eylemi güvence altına alamaz. Neticede bütün normlar ihlal edilebilirdir (*necessitatem nulla obligatio est*). Dolayısıyla, ihlal edilebilen ahlaki normlar, eylemlerin onlara uygun olacağını garanti edemezler. Ancak, sanıyorum bizim eleştirimizle buradaki varsayımsal itiraz arasındaki fark yeterince belirgindir: Fuller’ın içsel ahlakın ilkelerine uyulsa dahi ahlaki iyi güvence altına alınmış olmaz. İçsel ahlaka uygun, ancak ahlaka aykırı kanunlar mümkündür. Dolayısıyla, en iyi ihtimalle Fuller’ın ahlakının maddi bir ahlak anlayışıyla desteklenmesi gerekir.

Summers’ın içsel ahlakın ahlaki olmadığına dair başka argümanları da vardır. Bunlardan ilkinde göre, ahlaki ilkelerin normalde maddi ideallere yöneldiği düşünülür. Bu idealler insanlığın iyiliğini sağlarlar. Dolayısıyla, ahlaki bir kurala aykırılığın insanlığın iyiliğine olacağı iddiası tuhaf bir iddiadır. Örneğin, insanlığın iyiliği için çalmanın veya yalan söylemenin ahlaki olduğu ileri sürülemeyecektir⁹²⁸. Oysa Fuller’ın ilkelerinin insanlığın iyiliği için ihlal edilmesi mümkündür. Fuller’a göre, bu ilkelerden birinin ihlali karşısında, yapılan yanlışın düzeltilmesi uğruna bir başka ilke ihlal

⁹²⁸ *Ibid.*

edilebilir⁹²⁹. Summers’a göre bu durum, yani içsel ahlakın ilkelerinin insanlığın iyiliği için ihlal edilebilir olması, bu ilkelerin ahlaki ilkeler olmadığını göstermektedir⁹³⁰.

Summers ikinci ve son olarak, Fuller’ın içsel ahlakın ilkelerini ahlaki olarak nitelendirmesine, başka bir alternatifimiz olduğu için itiraz eder. Buna göre, bu ilkeler “hukuki etkinliğin maksimleri”⁹³¹ olarak anlaşılabilir. Bu kategorideki ilkeler ahlakla kavramsal bir bağa sahip değildir⁹³². İçsel ahlakın ahlaki bir yönü bulunduğuna ikna olamayan Varga, etkinlik argümanından etkilenerek içsel ahlakın ilkelerini profesyonel bir faaliyet olarak kural koyuculuğun temel kuralları olarak kabul etmiştir⁹³³. Matthew Kramer ise bir ilkeye uymak yönünde hem sağduyu kaynaklı hem de ahlaki sebeplerimiz olması durumunda söz konusu ilkelerin içkin ahlaki değeri olduğundan bahsedilemeyeceğini vurgular. Yetkililerin içsel ahlakın ilkelerine uymak için sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebepler, bazı durumlarda aynı yöndeki ahlaki sebeplerden daha güçlüdür. Bu nedenle de Fuller’ın ilkelerinin başlı başına ahlaki değer taşıdığından bahsedilemez⁹³⁴.

İçsel ahlakın ilkelerinin ahlaki olarak nitelendirilmesine karşı çıkan bir başka düşünür Hart’tır. Hart’a göre, içsel ahlakın ilkelerinin yalnızca “hukukun özel ahlaki” olmadığı, bu ilkelerin kuralların rehberliğinde işleyen oyun gibi diğer faaliyetlere de aynı biçimde uygulanabilir olduğu itirazı Fuller tarafından, geniş hukuk tanımına dayanarak savuşturulabilir⁹³⁵. Neticede yukarıda gördüğümüz gibi Fuller’a göre genellikle hukuk dışı olarak nitelendirilen bu alanlar da onun hukuk tanımına dâhildir. Ancak, Hart’a göre Fuller’ın asıl hatası, ayrı tutulması gereken iki alanı birbirine karıştırmaktır. Amaçlı (*purposive*) faaliyet ahlaki değildir. Örneğin, zehirleme de amaçlı

⁹²⁹ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, s. 53.

⁹³⁰ Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 26.

⁹³¹ Etkinlik argümanına ilişkin olarak ayrıca şu çalışmalara bakılabilir: Marshall Cohen, “Law, Morality and Purpose”, *Villanova Law Review*, C. 10, S. 4 (1965), ss. 651-654; Ronald M. Dworkin, “The Elusive Morality of Law”, *Villanova Law Review*, C. 10, S. 4 (Yaz 1965), ss. 631-635.

⁹³² Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, s. 26.

⁹³³ Csaba Varga, “The Inner Morality of Law”, *Acta Juridica Academiae Scientiarum*, C. 29, S. 1-2 (1987), s. 243.

⁹³⁴ Matthew H. Kramer, “Once More into the Fray: Challenges for Legal Positivism”, *Toronto Law Journal*, C. 58, S. 1 (2008), ss. 9-12.

⁹³⁵ Hart, “The Morality of the Law”, *op. cit.*, ss. 1285-1286.

bir faaliyetir ve etkin bir biçimde zehirlemenin içsel kuralları olabilir. Ancak, bu kurallar ahlak kuralları değildir⁹³⁶.

Hart'a göre amaçlı faaliyetin ilkeleri ile ahlaki ilkelerin birbirine karıştırılmasına yönelik eleştiri, sözel bir eleştiri olmaktan öteye geçer. Çünkü Fuller, bu karıştırmadan dolayı daha önce gerçekleştirdiği görev ahlakı ve arzu edilirlilik ahlakı (*morality of aspiration*) arasındaki ayrımı, bu ilkelere hatalı bir biçimde uygular⁹³⁷. Fuller'a göre, görev ahlakı insanın gerçekleştirmesi zorunlu olan birtakım eylemlerine ilişkindir. Bu anlamda, görev ahlakı insan eylemi için bir minimum belirler ve en azından bu minimuma uyulmasını buyurur. Arzu edilirlilik ahlakı ise bu tür belirli eylemlere ilişkin olmaktan çok iyi yaşam ve insani yetilerin en iyi biçimde geliştirilmesine ilişkin bir kavrayıştır. Arzu edilirlilik ahlakı temelinde bir eleştiri, görev ahlakındaki eleştirinin aksine, yanlışlığa değil, yetersizliğe odaklanır⁹³⁸. Fuller içsel ahlakın ilkelerinden kanunların yayınlanması dışındakilerin arzu edilirlilik ahlakına ilişkin kalacağını, yalnızca yayınlanmanın görev ahlakı kapsamında olduğunu söyler⁹³⁹.

Hart'a göre hem bu tartışma hem de ulaşılan sonuç abestir. Hart, amaçlı faaliyetlerin kurallarının da kimi zaman emredici bir üslupla, kimi zamansa belli bir yönde çaba sarf edilmesine yönelik ifade edilebileceğini belirtir⁹⁴⁰. Örneğin, zehirleme örneğinde, zehrin yutulamayacak kadar büyük olmamasına dair bir emir söz konusu olabileceği gibi, zehrin fazla pahalı olmamasına özen gösterilmesi de salık verilebilir. Ancak, Hart emredici kurallar ve gösterici ilkeler (*indicative principles*) arasındaki bu ayrımın görev ahlakı ve arzu edilirlilik ahlakı arasındaki ayrımla bir ilgisinin olmadığını düşünür ve şu soruyu sorar: Kanun koyucu, terör estirmek amacıyla geçmişe dönük kanunlar çıkardığında yalnızca arzu edilirlilik ahlakına mı aykırı davranmış olacaktır?⁹⁴¹. Netice itibarıyla Hart'a göre Fuller'ın sunduğu ilkeler, yalnızca hukukun bizatihi

⁹³⁶ *Ibid.*, s. 1286.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, ss. 5-6.

⁹³⁹ Hart, "The Morality of the Law", *op. cit.*, s. 1286. Fuller'ın ilgili tespiti için bkz. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, ss. 41-44.

⁹⁴⁰ Hart, "The Morality of the Law", *op. cit.*, s. 1286.

⁹⁴¹ *Ibid.*

(içeriğinden bağımsız bir biçimde) varlığı ahlaki bir iyi teşkil etseydi ahlaki olarak nitelendirilebilirdi. Bu nedenle söz konusu ilkeler ahlaki açıdan nötr ilkelerdir⁹⁴².

Hart'ın ulaştığı sonuca genel olarak katılıyoruz ve bunun sebeplerini daha önce açıkladık. Ancak, verilen bir örneğin uygun olmadığı kanısındayız. Hart, terör estirmek amacıyla geçmişe dönük kanunlar çıkaran bir kanun koyucunun yalnızca arzu edilirlilik ahlakını mı ihlal edeceğini sormaktadır. Ancak, kanun koyucunun bu eylemi farklı açılardan eleştirilebilir. İlk olarak, kanun koyucunun amacını eleştiri konusu edebiliriz. Bu durumda, maddi bir ilkeye dayanarak bir eleştiri sunacağımızdan, kanun koyucunun görev ahlakına aykırı bir eylem sergilediği düşünülebilir. Ancak, tek eleştiri konusu bu olmayabilir. Kanun koyucunun bu amaca giderken seçtiği araç da eleştiriye konu olabilir. Kanun koyucu, başka araçlarla da terör estirmeyi seçebilirdi. Ancak, görev ahlakına aykırı bir amaç seçmesi yetmiyormuş gibi bir de arzu edilirlilik ahlakına aykırı davranarak aracını da yanlış seçmiştir. Bu bağlamda, Fuller'ın geçmişe dönük kanun yasağının arzu edilirlilik ahlakına ilişkin olmasında bir sorun yoktur. Halkına terör estirmek amacıyla geçmişe dönük kanunları kullanan egemenin geçmişe dönük kanun kullandığı için değil, terör estirme amacı güttüğü için görev ahlakına aykırı davranmaktadır.

Netice olarak, Fuller'ın hukukun içsel ahlakı hakkında birkaç hususu ifade edebiliriz. İçsel ahlakın ilkeleri ahlaki değildir. Bununla birlikte, bu ilkelerin bir hukuk sisteminin etkili ve etkin olmasında yardımcı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, ahlaki açıdan tarafsız olan bu ilkeler, hukuki geçerlilik ve ahlakidoğruluk arasında zorunlu bir bağ bulunduğunu göstermez. Bununla birlikte, Fuller bu ilkelere aykırılığı gerekenden daha ağır bir yaptırıma bağlamıştır. Hukukun içsel ahlakına aykırılıkların olumsuz sonuçları, bu “ahlaka” aykırı norm ve işlemlerin bağlayıcılığını⁹⁴³ yitirmesi ile ortadan kalkacakken, bu kuralların geçerliliğini yitireceğinin kabul edilmesi orantısız bir taleptir. Bir kuralın veya işlemin geçerliliğini yitirmesi ile bağlayıcılığını yitirmesi

⁹⁴² *Ibid.*, s. 1287.

⁹⁴³ Bağlayıcılık kavramını ele alacağımız bir sonraki bölümde bu kavramı güçlü ve zayıf anlamda bağlayıcılık olmak üzere ikiye ayıracağız. Burada bahsettiğimiz normun güçlü anlamda bağlayıcılığıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, bir muhatabın ilgili bütün eylem sebepleri dikkate alındığında bir norma uyması gerekiyorsa, normun güçlü anlamda bağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz.

arasında ne gibi bir fark olduğu şu aşamada sorgulanabilir. Biz çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu farkı ortaya koyacağız.

C. ROBERT ALEXY’NİN GEÇERLİLİK ANLAYIŞI

Robert Alexy “pozitivist olmayan” (*non-positivist*) hukuk teorisinin günümüzdeki en önemli temsilcilerinden biridir. Ayrılabilirlik tezinin hukukun doğasını yansıtmadığını düşünen Alexy, kendi teorisini Radbruch formülünün üstüne inşa etmiştir. Alexy’nin hukuk teorisi Radbruch formülü ile kendi “doğruluk tezi”nin (*correctness thesis*) bileşimidir⁹⁴⁴.

Alexy’nin hukuk teorisi Radbruch formülüne dayandığı için, geçerlilik anlayışı da kaçınılmaz olarak aksiyolojiktir. Burada Radbruch formülüne pek çok argüman ekleyen ve akademik yaşamı boyunca birçok eser üreten Alexy’nin düşüncesinin bütününe hakkıyla ele alma fırsatına sahip değiliz. Ancak, Alexy’nin benimsediği geçerlilik anlayışına etki ettiği oranda bu düşüncelere yer vermek ve eğer mümkünse bu düşünceleri eleştirmek durumundayız.

Aksiyolojik geçerlilik anlayışının eksiklerini ortaya koymak üzere Alexy’nin yazınında inceleyeceğimiz hususları temel olarak özetleyelim. İlk olarak katılımcı ve gözlemcinin bakış açılarından bahsedeceğiz. Bu ayrım hukuk sisteminin içinde, bu sistemin katılımcısı olan bir kimseyle, bu sistemin dışında, yalnızca bu sistemi gözlemleyen kişinin hukukun geçerliliği hakkında dile getirebileceği önermelerin farklılığına odaklanmaktadır. Bu bağlamda, katılımcı ve gözlemcinin bakış açıları doğruluk iddiası ve ayrılabilirlik tezinin çürütülmesi açısından önem arz etmektedir. Bu kısımda ayrıca Alexy’ye göre katılımcının bakış açısına ilişkin üç önemli argümana, doğruluk, adaletsizlik (*argument from injustice*) ve ilkeler argümanlarına (*argument from principles*) da yer vereceğiz. Son bölümde de Alexy’nin ilgili iddialarının eleştirilerini ve bu eleştiriler hakkındaki görüşlerimizi sunacağız.

⁹⁴⁴ Brian H. Bix, “Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory”, *Rechtstheorie*, C. 37, S. 2 (2006), ss. 141-142.

Gözlemci ve katılımcının bakış açılarının Alexy'nin teorisi açısından niçin önemli olduğuna yukarıda değinmiştik. Burada ilk olarak katılımcının bakış açısını birel normlara ve hukuk sisteminin bütününe ilişkin olarak inceleyeceğiz. Sonrasında katılımcının bakış açısına odaklanacak ve “üç argüman”ı göreceğiz.

Alexy'nin temel amacı hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu göstermektir. Buradaki bağlantı hukuk normlarının geçerliliği ile ahlaka uygunluğu arasındadır. Bununla birlikte, Alexy'nin bağlantı tezi, tıpkı Radbruch formülünde olduğu gibi, sınırlı bir bağlantı tezidir. Bir başka deyişle, hukukun geçerliliği ve ahlaka uygunluğu arasındaki ilişkiyi minimumda tutar. Buna göre, hukuk normunun ahlaka aykırı olduğu bütün durumlarda hukuk normunun geçersiz olacağını iddia etmez. Bunun yerine, ahlaka belli bir eşiği aşacak biçimde aykırı olan hukuk normlarının geçersiz olduğunu iddia eder⁹⁴⁵.

1. Gözlemcinin Bakış Açısı

İlk olarak gözlemcinin kim olduğunu belirlememizde yarar var. Gözlemci verili bir hukuk sisteminde belli bir kararın nasıl verildiği veya belli bir normun nasıl ihdas edildiğiyle ilgilenir. Katılımcı ise verili bir hukuk sisteminde belli bir kararın nasıl verilmesi gerektiğiyle ilgilenir. Bir bakıma, gözlemcinin ilgisi hukukun gerçeklik boyutuna yönelmişken, katılımcının ilgisi onun ideal veya normatif boyutuna yönelir⁹⁴⁶. Başka bir deyişle, gözlemci tasvirî bir bakış açısına sahipken, katılımcı eleştireldir. İddiaya göre doktrinel hukuk kavramının sonuçları ancak katılımcının bakış açısından kavranabilir; katılımcının bakış açısı ise sosyolojiktir⁹⁴⁷. Bir örnek üzerinden farkı görelim.

⁹⁴⁵ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 28.

⁹⁴⁶ Matthias Klatt, “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 13.

⁹⁴⁷ Trevor Robert Squidward Allan, “Constitutional Rights and the Rule of Law”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 139.

Mülga 244 sayılı Kanun⁹⁴⁸, 3. maddesinin 1. bendinde uluslararası antlaşmaların onaylanmasının Bakanlar Kurulu kararnamesiyle gerçekleştirileceğini öngörmekteydi. 1961 Anayasasının 97. maddesinin 2. fıkrası ise “Cumhurbaşkanı... milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayınlar...” demek suretiyle bu yetkiyi Cumhurbaşkanına vermektedir. Mülga 244 sayılı Kanunun 1961 Anayasasına aykırı olduğu iddiasıyla Türkiye İşçi Partisi Anayasa Mahkemesinde iptal davası açtı. Anayasa Mahkemesi kararında⁹⁴⁹ 3. maddenin ilgili bendine ilişkin şu gerekçeye yer vermiştir:

“Gerçekten, Anayasa'nın 97 nci maddesinin ikinci fıkrasında (Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayınlamak) yetkileri Cumhurbaşkanına verilmiştir. Ancak, bu madde hükmünü tamamlayan 98 inci maddede de ‘Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur’ hükmü yer almaktadır... 244 sayılı Kanun, andlaşmaların onaylanması işine bütün Bakanların katılmalarını öngördüğünden bir Bakanlar Kurulu kararnamesi düzenlenecek, bütün imzalar tamamlanınca Cumhurbaşkanının imzasına sunulacaktır. Cumhurbaşkanının bu kararnameyi imzalaması, yapılan andlaşmayı Anayasa'nın 97 nci maddesi gereğince onaylamasından başka bir anlam taşımaz.”⁹⁵⁰

Bu karara ilişkin 1965 yılındaki bir gözlemcinin tespitini verelim: “Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının her türlü Bakanlar Kurulu kararına atacağı imzayı, Anayasanın 97. maddesi kapsamında bir onay olarak görmüş ve bu nedenle söz konusu kanun hükmünü iptal etmemiştir. Kanunun ilgili hükmü hâlâ yürürlükte dir”. Bu tespit içeriği itibariyle gözlemcinin tek tespitidir. Nitekim gözlemcinin tespitinin olgusal olanı yansıtmaması gerekir. Öte yandan, bir katılımcının tespiti iki farklı içeriğe sahip olabilir: 1) “Anayasa Mahkemesi 244 sayılı Kanunun 3. maddesinin anayasaya aykırılığı sorununu değerlendirirken Anayasanın 97. maddesinin 2. fıkrasının lafzıyla yetinmemiş, sistematik bir yorum yöntemi kullanarak anayasal normları bir bütün olarak değerlendirmiş ve **haklı olarak** bütün Bakanlar Kurulu kararlarının Cumhurbaşkanının onayına sunuluyor olmasını dikkate almak suretiyle söz konusu Kanun hükmünde anayasaya aykırılık görmemiştir.” Bu ilk olasılık Anayasa Mahkemesi kararı hakkında

⁹⁴⁸ Bkz. 244 sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun”, Kabul Tarihi: 31 Mayıs 1963, RG tarih: 11 Haziran 1963, RG sayı: 11425.

⁹⁴⁹ Bkz. 4 Mart 1965 tarihli E. 1963/311, K. 1965/12 sayılı, Anayasa Mahkemesi kararı (RG tarih: 24 Aralık 1965, RG sayı: 12185).

⁹⁵⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4 Mart 1965 tarihli ve 1963/311, K. 1965/12 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 3, Yıl: 1964, s. 72.

olumlu bir “değerlendirme” içermektedir. Öte yandan, söz konusu değerlendirmenin katılımcının bakış açısından olumsuz içeriğe sahip olması da mümkündür. Örnek olarak söz konusu karardaki bir muhalefet şerhini verelim:

“...Bu hükümle [Anayasa hükmüyle], Cumhurbaşkanının şahsına, Devletin başı sıfatı ile özel bir görev ve yetki verilmiştir... Cumhurbaşkanının bu konudaki tasarrufa ilişkin kararına, Bakanlar Kurulunun katılması söz konusu olmamak gerekir. Anayasa koyucusu bu katılmayı öngörmüş olsa idi bunu açıklayabilirdi... 98 inci maddenin ikinci fıkrasında denildiği gibi Başbakan ile her andlaşmanın niteliğine göre sadece bununla ilgili Bakanın bu tasarrufa katılmaları kabul edilebilir. Aksi halde bir andlaşma ile hiçbir ilgisi olmayan bir Bakan sorumlu durumuna düşürülmüş olur. Anayasa'nın 105 inci maddesinde ise her Bakanın kendi yetkisi içindeki işlerden (Genel siyasetin yürütülmesinden ayrıca) sorumlu olduğu yazılıdır. 244 sayılı kanunda, onaylama ve yayınlama tasarrufunun, Bakanlar Kurulunun kararnamesi ile yapılacağı yolunda yer alan hükmün Anayasa'nın yukarıda zikredilen maddelerine aykırı olduğu kanısındayım.”⁹⁵¹

Görüldüğü gibi, ikinci olasılık katılımcının karar hakkındaki olumsuz değerlendirmesidir. Gözlemci ve katılımcının kim olduklarının artık açık olduğunu varsayıyoruz. Şu tespit önemlidir: İsimlerin çağrıştırdığı gibi hukuk sistemindeki hukuk uygulayıcısı yetkililer katılımcıyken, bu sistemle ilgisi olmayan kişiler veya sisteme tabi olan muhataplar gözlemci değildir. Katılımcılık ve gözlemcilik tamamen bir karar veya hukuki prosedürün değerlendirilmesinde benimsenen bakış açısı, yapılan tespitin tasviriliği veya değerlendirciliğiyle ilgilidir. Alexy'nin pozitivizm eleştirisinin bir yönü pozitivizmin katılımcının bakış açısını dikkate alamadığı tespitine dayanır⁹⁵². Şimdi katılımcının bakış açısına ilişkin Alexy tarafından öne sürülen düşüncelere dönelim.

Alexy gözlemcinin bakış açısını değerlendirirken bir hukuk sistemindeki normlar ile hukuk sisteminin bütünü ayırır. Tekil normlar açısından ulaştığı sonuç gözlemcinin bakış açısından ahlak ve hukuk arasında analitik ve zorunlu bir ilişkinin bulunmadığı, hatta bu ilişkinin varlığının gözlemci açısından bir çelişki barındıracağıdır⁹⁵³. Alexy bunu göstermek için bir Federal Anayasa Mahkemesi kararına dayanır. Söz konusu karar 25 Kasım 1941 tarihli 11. Kararnameye ilişkindir. Karara konu olayı kısaca özetleyelim. 11. Kararname Almanya'dan göçen Yahudileri

⁹⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 4 Mart 1965 tarihli ve 1963/311, K. 1965/12 sayılı kararına İbrahim Senil tarafından yazılan muhalefet şerhi, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 3, Yıl: 1964, ss. 75-76.

⁹⁵² Klatt, “Robert Alexy's Philosophy of Law as System”, *op. cit.*, ss. 13-14.

⁹⁵³ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, ss. 29-30.

vatandaşlıktan çıkarmaktaydı. Federal Anayasa Mahkemesi İkinci Dünya Savaşı'nın çıkmasından hemen önce Amsterdam'a göçen Yahudi bir avukatın vatandaşlığını kaybedip kaybetmediğini incelemiş ve Radbruch formülünü esas alarak söz konusu kararnamenin hükümsüz olduğuna, Yahudi avukatın hiçbir zaman vatandaşlığını kaybetmediğine karar vermiştir⁹⁵⁴.

Bu kararda ahlaki gerekçelere dayanılarak Yahudi avukatın vatandaşlığının hukuka uygun olmayan bir biçimde elinden alındığı gözlemcinin bakış açısından iddia edilemez. Çünkü gözlemcinin bakış açısı yalnızca hâkim ve diğer resmî memurların iş ve eylemlerini gerekçelendirirken atıfta bulunduğu, hâlihazırda etkili olan hukuk sisteminde belirlenen kriterlere göre geçerli olan normları dikkate alır⁹⁵⁵. Alexy'nin ulaştığı sonuç, gözlemcinin bakış açısından Radbruch formülünün değil, ayrılabilirlik tezinin geçerli olduğudur⁹⁵⁶.

Alexy'ye göre gözlemcinin bakış açısından tekil normların ayrılabilirlik tezi ve Radbruch formülü karşısındaki konumu yukarıda belirlendi. Sırada hukuk sisteminin bütününe konumunu belirlemeye geldi. Alexy ilk olarak şu vurguyu yapar: "*Tekil norm açısından geçerli olanın hukuk sisteminin bütünü açısından da geçerli olması gerekmez*"⁹⁵⁷. Gerçekten de pek çok hukuk teorisyeni hukuk sistemi ve bu sistemdeki tekil normlar açısından farklı geçerlilik kriterleri ortaya koyarlar. Örneğin, Kelsen'in hukuk sisteminin bütünü ve sistemdeki tekil normlar açısından öngördüğü etkililik kriterleri farklıdır. Tekil normlar açısından minimum etkililik şartının yerine getirilmesi yeterliyken, hukuk sistemi açısından daha yüksek bir etkililik eşiği belirlenmiştir⁹⁵⁸.

Hukuk sistemiyle zorunlu bir ilişkide olabilecek ahlaki gerekliliklerin maddi ve şekli olmak üzere iki biçimde ortaya çıkabileceğini vurgulayan Alexy⁹⁵⁹, bu ilişkiyi tartışırken olgusal ve kavramsal bağlar arasında ayrıma gitmek gerektiğini belirtir⁹⁶⁰. Ancak, Alexy'nin ilgilendiği olgusal açıdan değil, kavramsal açıdan zorunlu olan bağlardır. Bir başka deyişle, Fuller'ın içsel ahlakına aykırı hukuk sistemlerinin veya

⁹⁵⁴ *Ibid.*, ss. 5-6.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, s. 30.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, s. 31.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 212-213.

⁹⁵⁹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 31.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, s. 32.

vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerine hiç saygı göstermeyen bir hukuk düzeninin uzun vadede geçerliliğini yitireceği olgusal bir gerçek olsa da, mühim olan bu tür bir hukuk sisteminin belli bir süre için olsa dahi bir “hukuk sistemi” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir⁹⁶¹.

Buradan bizim bu kısımdaki sorgulamamız açısından şu sonucu çıkarmak mümkündür: Alexy, Fuller’ın içsel ahlakının ilkelerinin önemini kabul etse de, bu ilkelere aykırılığın bir hukuk sisteminin belli bir andaki geçerliliğini etkilemeyebileceğini düşünmektedir. Kısacası, Alexy’nin aksiyolojik geçerlilik anlayışı Fuller’ın düşüncesine kıyasla dar bir anlayış olup, bu anlayışta hukuk sisteminin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliği daha sınırlı durumlarda söz konusu olur. Bu bağlamda, büyük ölçüde geçmişe etkili normlar içeren bir hukuk sistemi, Alexy’nin kavramsal anlayışında kendiliğinden geçersiz hâle gelmeyebilir. Aşağıda göreceğimiz gibi, geçmişe etkili normlar bir hukuk sistemine anlamsız veya talancı toplumsal düzen niteliği kazandırmadıkça hukuk sisteminin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Alexy’ye göre salt kavramsal nedenlerden ötürü hukuk sistemi olarak nitelendirilemeyecek iki tür toplumsal düzen bulunur. Bunlar anlamsız (*senseless*) ve talancı (*predatory*) veya zorba⁹⁶² (*rapacious*) düzenlerdir. Anlamsız toplumsal düzen egemenin amacının ayırt edilemez olduğu, yönetilenlerin uzun soluklu bir amacın peşinden gidemediği düzendir⁹⁶³. Alexy anlamsız bir toplumsal düzeni örneklendirmek için bir varsayıma dayanır. Bu düzende “yönetilenlerin” hiçbir hakkı yoktur. Düzendeki genel nitelikli tek norm silahlı haydutlar tarafından her türlü şiddetin uygulanmasına müsaade eder içeriktedir. Bu silahlı haydutlar “yönetilenlere” birbiriyle çelişen, devamlı değişen birel emirler vermekte ve “yönetilenler” yalnızca korkularından ötürü bu emirlere uymaktadır. İşte, Alexy’ye göre böyle bir düzen sırf kavramsal sebeplerden ötürü bir hukuk sistemi değildir⁹⁶⁴.

Devam etmeden önce Alexy’nin varsayımsal düzeninin yalnızca aksiyolojik bakış açısını benisemiş teorisyenler değil, aynı zamanda ayrılabilirlik tezini savunan

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Buradan sonra “talancı” ifadesini kullanacağız.

⁹⁶³ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 32.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, ss. 32-33.

pozitivistler açısından da hukuk sistemi teşkil etmediğini vurgulamalıyız. Bunu görmek için Hart'ın hukuk sistemi kavramını kısaca incelemek yeterlidir. Hart'a göre ilkel toplumlarda mevcut olan kurallar yalnızca bireylerin eylemlerini düzenlemeye yönelik, yükümlendirici kurallardır⁹⁶⁵. İlkel toplumsal düzenlerde ikincil kuralların bulunmayışı toplumsal yaşamda birtakım eksiklere yol açmaktadır. Bunlardan ilki belirsizliktir. İlkel toplumlarda, belli bir anda toplumda geçerli bulunan davranış kurallarının bütününe tespiti mümkün değildir. Nitekim bu kuralların tespitine yarayan ikincil kurallar mevcut değildir. Bu da belirsizliğe yol açar⁹⁶⁶. İkincil bir kural olan tanıma kuralı belirsizlik sakıncasını giderir⁹⁶⁷. Hart'ın yazınında hukuk sistemi ancak birincil ve ikincil kuralların varlığı durumunda söz konusu olur⁹⁶⁸.

Alexy'nin varsayımsal düzenini Hartçı terimlerle yeniden yorumlamaya çalışalım. Bu düzende genel nitelikli tek bir norm vardır. O da yetki verici bir normdur ve haydutları şiddet uygulamak konusunda yetkilendirir. Birincil kurallara denk geldiği söylenebilecek tek husus haydutların “yönetilenlere” ilişkin birel emirleridir. Ancak bu tasvir aldatıcıdır. Her şeyden önce, varsayımsal düzende haydutlar emir vermek için değil, şiddet uygulamak için yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla, yetki verici genel kural esasen birincil “kural”a ilişkin değildir. Haydutları bir kural koymak konusunda değil, olgusal âlemde bir eylemde bulunmak üzere yetkilendirir. Dolayısıyla, genel nitelikteki yetkilendirici kuralın Hartçı anlamda bir ikincil kural olduğundan bahsedilemez. Biz geçmişte Hart'ın birincil kuralların bütününe yükümlendirici nitelik taşıdığı konusundaki görüşüne karşı çıkarak, birincil kuralların yetkilendirici de olabileceğini iddia etmiştik⁹⁶⁹. Dolayısıyla, kanımızca Alexy'nin varsayımsal olayındaki genel nitelikli kural ikincil değil, yetkilendirici bir birincil kuraldır. Sonuçta Hart'ın birincil-ikincil kural ayrımı kuralların birel-genel niteliğine göre gerçekleştirilmiş bir ayrım değildir. Varsayımsal ve genel yetkilendirici kural, toplumdaki bazı kişilerin belli bir eylemde bulunmasına ilişkin olduğu için birincil kural niteliği arz eder.

⁹⁶⁵ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 91.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, s. 92.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, s. 94.

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ Bkz. Gülgeç, “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *op. cit.*, s. 104.

Gelelim haydutların emirlerine. Belli direktiflerin sistem içi normatif bir güce sahip olabilmesi için söz konusu direktife uymak için muhataplarının eylem sebebine sahip olması gerekir. Ancak, daha önce de vurguladığımız gibi varsayımsal düzende haydutların verdiği emirlere “yönetilenler” tarafından uyulması gerektiğini belirten herhangi bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Alexy’nin “yönetilenlerin” söz konusu direktiflere sırf korkudan uyduğu yönündeki tespitin, düzenin bir hukuk sistemi olup olmadığının araştırılmasında bir önemi yoktur. Bu durumun tersi de söz konusu olabilirdi. Bu düzende haydutların emirlerinin içeriği ahlaki doğruları yansıtıyor ve yönetilenler bu sebeplerle o direktiflere uyuyor olabilirdi. Bu durumda da söz konusu düzenin sistemlik, söz konusu direktiflerin “düzen bakımından” norm olup olmadığına yönelik tespitimizde bir değişiklik olmazdı. İsteddiği kadar ahlaki olsunlar, söz konusu direktiflerin uyulması gereken birer emir teşkil etmesinin düzen içi bir sebebi bulunmamaktadır. Aşağıda tekrar değineceğimiz gibi, bir hukuk normunun geçerliliği açısından sistemsel geçerlilik vazgeçilmez bir rol oynar. Biz sistemsel geçerliliğin tek başına hukuk normunun geçerliliğini açıklamaya yetmeyeceğini, ancak sistemsel açıdan geçerli olmayan bir normun “hukuk normu” olarak adlandırılmayacağını ileri süreceğiz. Bir başka deyişle, sistemsel geçerliliği hukuki geçerliliğin *sine qua non* şartı olarak göreceğiz.

Netice itibariyle, Alexy’nin örneğini verdiği düzenin, ayrılabilirlik tezinin savunucularından Hart açısından da bir hukuk sistemi teşkil etmediğini söyleyebiliriz. Daha da ileri giderek şunu belirtebiliriz: Alexy’nin varsayımsal düzeni “hukuk sistemi” olma yolunda Hart’ın ilkel toplumundan bile geridedir. Nitekim Hart’ın ilkel toplumunda muhatapların eylemlerini düzenleyen, yükümlülükler getiren birden fazla birincil kural mevcutken, Alexy’nin düzeninde yalnızca bir adet, genel nitelikli ve yetkilendirici bir birincil kural bulunmaktadır.

Alexy varsayımsal düzeninin kavramsal sebeplerden ötürü bir hukuk sistemi olmadığını belirtmektedir. Ahlaka veya kendi geçerlilik anlayışının temelini teşkil edecek olan “doğruluk iddiasına” bir atıfta bulunmamaktadır. Dolayısıyla, burada söyleyeceklerimiz anlamsız düzene ilişkin olarak Alexy’nin düşündüklerine karşı olmayabilir. Ancak, yine de belirtmekte fayda olduğunu düşünüyoruz. Varsayımsal düzen, barındırdığı kural ve emirlerin içeriği kavramsal olarak “hukuk” olamayacağı, bu

kural ve emirler hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağı ihlal ettiği için değil, düzen kavramsal olarak bir “sistem” teşkil etmediği için bir hukuk sistemi değildir. Bu tespit, doğruluk iddiasına giden yolda diğer varsayımsal düzenler değerlendirilirken de karşımıza çıkacaktır. Burada özellikle Hart’ın yazınından esinlenerek yaptığımız açıklamaların amacı söz konusu düzenin hukuk sistemi niteliği taşıyamamasının hukuk-ahlak ilişkisiyle bir alakası olmadığını göstermekti.

Alexy’ye göre haydutlar kendi aralarında bir emir-komuta hiyerarşisi kurar ve şiddet kullanılmasını yasaklarsa anlamsız düzen talancı düzene döner⁹⁷⁰. Nitekim anlamsız düzende haydutların birbirlerine şiddet uygulaması da olası iken, talancı düzende şiddet tek yönlü olup “talan edilenlere” yönelmiştir. Alexy bu düzendeki hukuk kurallarının içeriğinin söz konusu talana uygun biçimde, tebaayı istismar etmeye yöneldiğini varsaymamızı ister. Tebaanın herhangi bir hakkı yoktur ve istismar niyeti açıktır⁹⁷¹. Alexy, haydutlar arasında bir sistemin mevcut olup olmadığı tartışılabilir olsa da, tebaayı da kapsayan “sistemin” kavramsal olarak hukuk sistemi olmadığını düşünür. Bunu göstermek için üçüncü bir tür toplumsal düzene yönelir⁹⁷². Burada bir hususa işaret etmek isteriz. Alexy anlamsız düzenden bahsederken “sistemin bir hukuk sistemi olmadığını” değil, “düzenin bir hukuk sistemi olmadığını” vurgular. Talancı düzende ise açıkça “sistemin bir hukuk sistemi olmadığını” söyler⁹⁷³. Yukarıda vurguladığımız gibi, anlamsız düzenin bir hukuk sistemi olmamasının nedeni ortada bir sistem olmamasıdır. Alexy’nin ifadelerinden talancı düzen söz konusu olduğunda sorunun “sistem” kısmında değil, “hukuk” kısmında ortaya çıktığı anlaşılabilir. Bu ifade farklılığı, Alexy’nin bizim yukarıda dikkat çektiğimiz hususun farkında olduğunun dolaylı bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Üçüncü düzendeki farklılık, söz konusu talancı sistemi uzun süre devam ettiremeyeceğini anlayan haydutların meşruiyet edinme çabasıdır. Böylelikle, talancı düzen bir tür amir sistemine (*governor system*) dönüşür ve istismar belli kurallara tabi olarak yürütülür⁹⁷⁴. Ayrıca, istismarın, hâlâ açık seçik ortada olsa dahi, daha yüce bir

⁹⁷⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 33.

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ *Ibid.*, ss. 32, 33.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, s. 33.

amaca hizmet için yapıldığı iddia edilir⁹⁷⁵. Alexy'ye göre, amir sisteminin farkı bir doğruluk iddiasında bulunmasıdır. Bu iddia sisteme dâhil olan herkese karşı gerçekleştirilir ve sistem hâlâ aşırı derecede adaletsiz olsa dahi bu sistemin hukuk sistemi niteliği kavramsal olarak dışlanmış olmaz⁹⁷⁶. Hukuk kavramının zorunlu bir unsuru olarak görülen doğruluk iddiası, doğrudan veya dolaylı bir biçimde bir hukuk sisteminde bulunmadıkça, söz konusu sistemin bir hukuk sistemi olduğundan bahsedilemez. Bu iddiada bulunmayan sistemler gözlemcinin bakış açısıyla ancak dolaylı veya geniş anlamda hukuk sistemi olarak nitelendirilebilir⁹⁷⁷.

Alexy'nin bu açıklamalarına göre talancı düzenin hukuk sistemi olmamasının nedeni doğruluk iddiasında bulunmamasıdır. Bununla birlikte, Alexy doğruluk iddiasının hukuk kavramı açısından niçin zorunlu bir unsur olduğunu açıklamamakta, doğruluk iddiasının savunusunu sonraya bırakmaktadır. Biz de doğruluk iddiasını, Alexy'nin geçerlilik kavramının temeli olarak daha sonra inceleyecek ve bu kavramın gerçekten de ayrılabilirlik tezini savunulmaz kılıp kılmadığını ele alacağız. Şimdi katılımcının bakış açısını değerlendirelim.

2. Katılımcının Bakış Açısı

Alexy'ye göre katılımcının bakış açısı gözlemcinin bakış açısından görünen hukuk kavramından çok daha farklı bir hukuk anlayışını ortaya koyar⁹⁷⁸. Katılımcının bakış açısı için önem teşkil eden üç argüman vardır. Bunlar doğruluk argümanı (*argument from correctness*), adaletsizlik argümanı (*argument from injustice*) ve ilkeler argümanıdır (*argument from principles*). Bunlar arasında en temel olan ve diğer ikisine kaynaklık eden doğruluk argümanıdır⁹⁷⁹. Bu nedenle ilk olarak doğruluk argümanını ele almakta yarar vardır.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, s. 34.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ *Ibid.*, s. 35.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

a. Doğruluk Argümanı

Doğruluk argümanının hukuk sisteminin bütünü ve tekil normlar açısından ayrı ayrı ifade edebiliriz. Hukuk sisteminin bütünü açısından doğruluk argümanı, dolaylı da olsa doğruluk iddiasında bulunmayan düzenlerin hukuk sistemi olmadığını, bu iddiada bulunmakla birlikte iddianın gereğini yerine getiremeyen düzenlerin ise “kusurlu” (*defective*) hukuk sistemleri olduğunu ifade eder. Alexy bu anlamda doğruluk iddiasının hukuk sistemi açısından sınıflandırıcı (*classifying*) bir etkisinin olduğunu belirtir⁹⁸⁰. Bununla birlikte, doğruluk iddiasının sistemdeki tekil normlar açısından işleyişi kısmen farklıdır. Alexy, bu iddiada hiç bulunmayan veya bulunmakla birlikte gereğini yerine getiremeyen tekil normların hukuken kusurlu normlar olduğunu belirtir ve tekil normlar açısından doğruluk iddiasının münhasıran sınıflandırıcı (*exclusively classifying*) bir işlevi olduğunu öngörür⁹⁸¹.

Bu noktada ilk bakışta akla gelen bazı sorular vardır. Bu soruları ortaya koyup, spekülasyon yapmak, Alexy’nin açıkça ortaya koymadığı bazı cevaplara ulaşmamızı sağlayabilir. İlk olarak doğruluk iddiasının hukuk sisteminin bütünü ve tekil normlar açısından oynadığı rolün farklı olmasının nedeni nedir? Alexy bu farkın sebebini tam olarak açıklamamaktadır. Görüldüğü üzere, doğruluk iddiasında bulunmayan bir normlar bütünü “hukuk sistemi” olarak adlandırılmamaktadır. Tekil norm doğruluk iddiasında bulunmadığında ise “hukuk normu” olma sıfatını yitirmemekte, “hukuken kusurlu” bir norm hâline gelmektedir. Arada bir fark var mıdır? Kanımızca doğruluk iddiasında bulunmayan bir normlar bütünü’nün hukuk sistemi niteliği taşıması, bu normlar bütünü’nün başlangıçtan itibaren geçersiz olduğunu ifade etmektedir. Öte yandan, tekil normlar açısından doğruluk iddiasında bulunulmaması veya bulunulmakla birlikte bu iddianın gereğinin yerine getirilememesi, söz konusu normun başlangıçtan itibaren geçersiz olduğuna değil bu normun hukuken kusurlu olduğuna, yani iptal edilebilirliğine işaret etmektedir. Söz konusu kusurlu normun hukuk sisteminden kaldırılabilmesi için yetkili mahkeme tarafından iptal edilmesi gerekecektir. Ancak, bu ayrım doğru olsa ve Alexy’nin görüşlerine uygun olsa dahi açıklanması gereken son bir husus daha bulunmaktadır. Belirttiğimiz gibi, Alexy doğruluk iddiasında bulunmakla birlikte bu iddianın gereğini yerine getiremeyen hukuk sistemlerinin de “hukuken

⁹⁸⁰ *Ibid.*, s. 36.

⁹⁸¹ *Ibid.*

kusurlu” olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda, tekil normun hukuken kusurlu olmasından çıkardığımız iptal edilebilirlik sonucunu hukuk sisteminin bütünü açısından da yinelemek mümkün müdür? Kanımızca bu noktada bir sorun ortaya çıkmaktadır. Tekil hukuk normları hukuken kusurlu, eksik vb. olduğunda, hukuk sisteminde belirlenen yöntemlerle ve genellikle de yargısal denetim yoluyla hukuk düzeninden kaldırılırlar. Ancak, hukuk sistemi için aynı durum söz konusu değildir. Bir başka deyişle, hukuk sisteminde hukuk sisteminin bütününe kusurlu olduğu için ortadan kaldırmaya yetkili bir organ bulunmaz. Bu durumda, hukuken kusurlu olmanın hukuk sisteminin bütünü ve tekil normlar açısından farklı sonuçları olsa gerektir. Kusurlu tekil normlar iptal edilebilir hâle gelirken, hukuk sistemi için iptal edilebilirlik söz konusu olmaz. Kanımızca bir normlar bütününe bir hukuk sistemi teşkil etmekle birlikte, hukuken kusurlu olmasının, söz konusu hukuk sisteminin kusurlarının ortadan kalkmasını sağlayacak şekilde değiştirilmesi gerekliliğini ifade ettiği düşünülebilir. Ancak bu gereklilik hukuk dışı, hukuk sisteminin veya sistemdeki normların geçerliliği üzerinde etki yaratmayan bir gerekliliktir. Bu durumdaysa söz konusu kusurun “hukuki bir kusur” olarak nitelendirilmesinin doğruluğu tartışmalı hâle gelir. Hukuki sonuca, bir hukuki gerekliliğe yol açmayan bir kusurun hukuki bir kusur olarak adlandırılması ne derece doğru olur?

Yukarıdaki son tespitimize karşı çıkılabilir. Örneğin geçmişte bir hukuk normunun bir başka hukuk normuna aykırılığının geçersizlik sonucunu doğurmamasının, aykırı olunan normun aykırı norm açısından “olması gereken” teşkil etmesinin önüne geçmediğini savunmuştuk⁹⁸². Bir başka deyişle, normatif hiyerarşi, aykırılığın geçersizlik yaptırımına tabi olması şartına bağlanamaz. Burada ise, hukuk sistemi açısından bir gereklilik teşkil ettiğini ifade ettiğimiz bir şarta aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurmamasının, şarta aykırı olan hukuk sisteminin “hukuken kusurlu” olduğu yönündeki tespiti şüpheli hâle getirdiğini iddia ettik. İki durum arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Hukuk sisteminin hukuk sistemi olabilmek için doğruluk iddiasında bulunmasının gerekmesi bir hukuk kuralı tarafından öngörülmüş bir şart değildir. Bu şart hukuk sistemi dışındaki bir gerekliliğe atıfta bulunmaktadır. Hem hukuk sistemi dışında yer alan, hem de hukuk sistemi açısından pratik bir sonuç

⁹⁸² Örn. bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., s. 153-154.

doğuramayacak olan bir gerekliliğin “hukuki kusura” yol açtığıнын söylenemeyeceğini, hukuk sisteminin değiştirilmesine işaret eden bu gerekliliğin hukuki bir gereklilik olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Alexy’nin ifadelerine ilişkin sorulabilecek başka sorular da mevcuttur. Bunlardan bir tanesi hukuk sisteminin veya tekil normun doğruluk iddiasında bulunmasının ne anlama geldiğidir. Ancak bu soru ve onun cevabı Alexy’ye yöneltilen önemli eleştirilerden birini teşkil ettiği için bu konuyu daha sonra ayrıca ele alacağız. Şimdi, Alexy’nin doğruluk iddiasına ilişkin açıklamalarını inceleyerek devam etmek istiyoruz.

Alexy okuyucudan, azınlığın çoğunluğu sömürdüğü ve bunu dürüstçe yapmak istediği bir devletin anayasasında “X bağımsız, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir” şeklinde bir hüküm olduğunu düşünmesini ister. Ona göre bu hükümde kusurlu bir şeyler vardır ve sorun bu kusurun nerede yattığıdır⁹⁸³. Burada detaylarına girmeyeceğiz, ancak Alexy sorunun teknik, ahlaki veya uzlaşımsal (*conventional*) perspektiflerden tam olarak açıklanamayacağı ve geriye bir tek kavramsal sorunun kaldığı sonucuna varır⁹⁸⁴. Buna göre, adalet iddiası, doğruluk iddiasının bir görünümü olarak, kavramsal ve zorunlu olarak anayasa yapımı sürecine içkindir⁹⁸⁵.

Alexy’nin ikinci örneğine geçmeden önce bu ilk örnek ve ilk örneğin neyi gösterip neyi göstermediği konusuna değinmek isteriz. Her şeyden önce Alexy hiçbir şekilde “adaletsiz cumhuriyet” tamlamasında neyin kavramsal olarak sorunlu olduğunu göstermemektedir. Sanıyoruz, bunun nedeni herkesin bu ifadede kavramsal bir sorun olduğunu göreceğini düşünmesidir. Ancak, sorunu açıklayabilecek birkaç perspektifin reddinden sonra geriye kalan tek açıklamanın kavramsal bir soruna atıfta bulunduğunu söylemek, sorunu ortaya koymaktan ziyade varsaymak anlamına gelmektedir.

Alexy’nin akıl yürütmesini şu adımlarla özetleyebiliriz:

⁹⁸³ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 36.

⁹⁸⁴ Bkz. *ibid.*, s. 37.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, ss. 37-38. Ayrıca bkz. Robert Alexy, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, C. 17, S. 2 (Haziran 2004), s. 164; Robert Alexy, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, C. 23, S. 2 (2010), s. 169; Robert Alexy, “Law and Correctness”, *Current Legal Problems*, C. 51, S. 1 (1998), ss. 209-212.

- 1- “Adaletsiz cumhuriyet” ifadesi bir tür sorun içermektedir.
- 2- Sorun teknik, ahlaki veya uzlaşımsal değildir.
- 3- Öyleyse sorun kavramsal olmalıdır.
- 4- Adil olmamak, doğruluk iddiasında bulunmamak anlamına gelir. Doğruluk iddiası ise anayasa yapım sürecinin kavramsal olarak zorunlu bir parçasıdır.
- 5- Dolayısıyla, ifadedeki kavramsal sorun anayasa yapım sürecinin doğruluk iddiasıyla arasındaki zorunlu kavramsal bağı ortaya koymaktadır.

Burada Alexy kavramsal sorunu ortaya koymamakta, sorunlu ifadenin olası birkaç açıklamasını reddettikten sonra sorunun kavramsal olduğu sonucuna varmaktadır. Dahası, bu kavramsal sorunun, savunulmasını beklediğimiz doğruluk iddiası olduğu vurgulanarak âdeta açıklanmasını, “gösterilmesini” beklediğimiz husus varsayılmaktadır. Kanımızca “adaletsiz cumhuriyet” ifadesindeki garipliği açıklamanın varsayıma dayanmayan ve Alexy tarafından değerlendirilmeyen bir yolu daha olabilir.

“Adaletsiz cumhuriyet” ifadesine dünya iktidarlarının anayasalarında rastlamayız. Olgusal olarak bu ifadeye sahip bir anayasa bulmak mümkün değildir. Anayasalar genellikle devletlerin adil, hakkaniyetli, eşitlikçi, özgürlükçü vb. olduğunu iddia ederler. Bunun nedeni doğruluk iddiasında bulunmak ve yönetilenleri bu iddiaya inandırarak onların rızasını almanın hukuk sisteminin etkili biçimde yürürlükte kalmasına önemli bir katkısının olmasıdır. Öyle ki, bu açıdan yönetilenlerin iktidarın ve hukuk sisteminin doğruluğuna inanması, söz konusu iktidar veya hukuk sisteminin gerçekten doğru olup olmadığından daha önemlidir. Ancak, bütün bu açıklamalara göre, anayasaların ait oldukları devletin “doğru” olduğunu iddia etmesinin nedeni söz konusu iddia ve yönetilenlerin bu iddianın doğruluğuna ikna edilmesinin iktidarı korumaya yardımcı bir olgu olmasıdır. Hukuk kuralı ve doğruluk iddiası arasındaki ilişki kavramsal bir zorunluluk olmayıp, iktidarın iktidarlığını koruması ve yaygınlaştırmasına yardımcı olan pek çok olgudan yalnızca birinin (yönetilenlerin iktidarın doğruluğuna ikna edilmesi) ilk ayağını (doğruluk iddiası) oluşturur. Dolayısıyla, doğruluk iddiasının anayasal hükümlerde yer almasının nedeni kavramsal bir zorunluluk değil, iktidarın yönetilenlerin rızasını kazanmaya duyduğu ihtiyaç olabilir. Bu ihtiyaç ise olgusal bir

faktör olup, doğruluk iddiası ve anayasal norm arasındaki zorunlu kavramsal bağı kurmaya yaramaz.

Burada söylediklerimiz anayasal normlar ve doğruluk iddiası arasında kavramsal bir zorunluluk olduğunu reddetmeye yetmeyebilir; ancak kanımızca Alexy'nin mevzubahis anayasal hükme ilişkin garipliği değerlendirirken bazı olasılıkları fazla çabuk göz ardı ettiğini göstermeye yeter. Kaldı ki, Alexy'nin gösterdiği hukuk normunun belli bir doğruluk iddiasında bulunmasının kavramsal olarak zorunlu olduğu değil, ahlaken yanlış olduğunu iddia eden hukuk normunun tuhaf olduğudur. Dikkat edileceği üzere, “X devleti adaletsiz bir cumhuriyettir” şeklindeki bir anayasal norm tuhaf olsa da, bu tuhafılık söz konusu normun “X devleti adil bir cumhuriyettir” şeklinde formüle edilmesini zorunlu kılmaz. Anayasal norm pekâlâ yalnızca “X devleti bir cumhuriyettir” şeklinde de ifade edilebilir. Bu noktada ise herhangi bir doğruluk iddiası bulunmamaktadır. Anayasal normların doğruluk iddiasında bulunmasının zorunlu olduğu gösterilmedikçe, ahlaken yanlış olduğunu iddia eden normun garipliğinden ve sorunluluğundan doğruluk iddiası ile anayasal norm arasındaki (veya genel olarak hukuk normu arasındaki) zorunlu kavramsal bağın varlığı kurulamaz. Ancak, Alexy'nin doğruluk iddiasına ilişkin daha söyleyecek çok sözü vardır. Bu nedenle Alexy'nin ikinci örneğiyle devam etmek istiyoruz.

İkinci örnekte Alexy bir yargıcın “Sanık müebbet hapse mahkûm edilmiştir ki bu yanlıştır”⁹⁸⁶ şeklinde bir karar verdiğini varsayar. Alexy'ye göre buradaki “yanlışlık” yoruma açıktır. Alexy'nin burada ilgilendiği yorum “Sanık müebbet hapse mahkûm edilmiştir ki bu yürürlükteki hukukun isabetsiz bir yorumudur” şeklindedir⁹⁸⁷. Alexy'ye göre bu kararlar birlikte hâkim toplumsal rolünü terk ederek hukukun doğru yorumlanmasını emreden pozitif hukuk kuralını ihlal eder⁹⁸⁸. Alexy'nin bu noktada dikkat çektiği husus hâkimin kendi yorumunun yanlış olduğu konusunda yanılması ve kararın aslında pozitif hukuku ihlal etmemesi durumunda da kusurlu olacaktır⁹⁸⁹. Dolayısıyla, söz konusu olan yalnızca toplumsal kuralların ve hukuk kurallarının ihlali

⁹⁸⁶ Burada hâkimin bir başka mahkeme kararı hakkında hüküm tesis ettiği düşünülebilir. Ancak Alexy'nin örneğinde hem hapis hükmünü veren hem de bu hükmün yanlış olduğunu söyleyen aynı hâkimdir.

⁹⁸⁷ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 38.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

değil, edimsel bir çelişki ve kavramsal bir kusurdur⁹⁹⁰. Alexy'nin deyimiyle “*Kurumsal mahkûmiyet işlemiyle ileri sürülen iddia kararın içeriğiyle çelişmektedir*”⁹⁹¹.

Bu noktada edimsel çelişki (*performative contradiction*) kavramının üzerinde kısaca durmak gerekir. Edimsel çelişki en kısa şekliyle söylenen ve yapılan arasındaki çelişki olarak ifade edilebilir⁹⁹². Ancak buradaki çelişki, söyleyenin söylediğini yapmaması şeklinde ortaya çıkmaz. Daha ziyade, söylenenin varsaydığı ile söylenenin dile getirdiği arasındaki bir çelişkiden bahsedilebilir. Bir başka deyişle, edimsel çelişki belli bir eylemin içeriği ve bu eylemin zorunlu önermeleri arasında cereyan eder⁹⁹³. Örneğin, “Ölüyüm” diyen bir kişi bu edimiyle bir çelişkiye düşmektedir. Nitekim ölümler ölü olduklarını söyleyemezler. İşte burada söylenenin içeriği -ölü olma durumu- söyleme eylemiyle çelişmektedir⁹⁹⁴. Bariz olmayan bir örnek verecek olursak, “İddia ediyorum, ancak iddianın doğruluğuna inanmıyorum” diyen kişi de edimsel çelişkiye düşmektedir. Nitekim iddia edebilmek için, iddia edilenin doğruluğuna inanmak gerekir⁹⁹⁵. Bu iki örnek aynı mıdır? Aynı tür bir çelişkiyi mi ifade eder?

Rotolo ve Roversi'ye göre iki tür edimsel çelişki mevcuttur: Semantik ve dönüşsel (*reflexive*). Semantik edimsel çelişkiler klasik anlamda mantıksal çelişkilerdir. Bunlar farklı önermelerin içeriklerinin uyumsuzluğu ile ifade edilebilir. Ancak, bunun için söylenenin içeriğinde dolaylı olarak dile getirilen iddiayı dolaysız kılmak, açığa çıkarmak gerekir⁹⁹⁶. Rotolo ve Roversi, Alexy'nin “adaletsiz cumhuriyet” örneğinin semantik edimsel çelişkiye örnek teşkil ettiğini düşünür⁹⁹⁷. Hatırlanacağı üzere, Alexy

⁹⁹⁰ *Ibid.*, ss. 38-39.

⁹⁹¹ *Ibid.*, s. 39. Ayrıca bkz. Alexy, “Law and Correctness”, *op. cit.*, s. 212.

⁹⁹² Marian Eabrasu, “A Reply to the Current Critiques Formulated Against Hoppe's Argumentation Ethics”, *Liberitarian Papers*, C. 1, Yıl: 2009, s. 2.

⁹⁹³ Robert Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique”, *Ratio Juris*, C. 13, S. 2 (Haziran 2000), s. 139; Christian G. Stallberg, “Towards a New Paradigm in Justifying Copyright: An Universalistic-Transcendental Approach”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, C. 18, S. 2 (Kış 2008), ss. 373-374; Antonio Rotolo ve Corrado Roversi, “Norm Enactment and Performative Contradictions”, *Ratio Juris*, C. 22, S. 4 (Aralık 2009), s. 458; Wouter Veraart, “The Experience of Legal Injustice”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, C. 43, S. 3 (2014), s. 271; Martin Borowski, “Discourse Theory in International Law – Human Rights through Discourse”, *German Yearbook of International Law*, C. 44, Yıl: 2001, s. 54.

⁹⁹⁴ Eabrasu, “A Reply to the Current Critiques Formulated Against Hoppe's Argumentation Ethics”, *op. cit.*, s. 2.

⁹⁹⁵ Stallberg, “Towards a New Paradigm in Justifying Copyright: An Universalistic-Transcendental Approach”, *op. cit.*, ss. 373-374.

⁹⁹⁶ Rotolo ve Roversi, “Norm Enactment and Performative Contradictions”, *op. cit.*, s. 459.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

bir devletin anayasasında o devletin adaletsiz bir cumhuriyet olduğunun belirtilmesinin sorunlu olduğunu düşünmekteydi. Bunun nedeni, anayasal norm ihdas etmenin kavramsal bir zorunluluk olarak doğruluk iddiasını içermesi ve adaletsiz cumhuriyet nitelendirmesinin söz konusu doğruluk iddiasıyla çelişmesidir. Dolayısıyla, Alexy, anayasal norm ihdası eylemindeki dolaylı iddiayı dolaysız hâle getirerek mantıksal bir çelişkiyi gözler önüne sermektedir: Cumhuriyetin adaletsiz olduğunu iddia eden anayasa koyucular, esasen kurdukları düzenin doğru ve daha da önemlisi ahlaken doğru (adil) olduğunu düşünmektedirler.

Dönüşsel (*reflexive*) edimsel çelişkilerse konuşmacıların kendi söz edimleri (*speech act*) üzerinde düşünmeleri hâlinde mutlaka fark edecekleri aşikâr çelişkiler olarak ifade edilebilir. Dönüşsel edimsel çelişkilerde önermenin içeriğinden maddi veya mantıksal çıkarımlarda bulunmaya, yahut pragmatik varsayımları dolaysız kılmaya ihtiyaç yoktur⁹⁹⁸. Yukarıda geçen “Ölüyüm” ifadesi dönüşsel edimsel çelişkiye örnek teşkil eder.

Dolayısıyla, Alexy’nin “adaletsiz cumhuriyet” ve “hukuku yanlış yorumlayan hâkim” örneklerine konu olan edimsel çelişkiler semantiktir. Bu çelişkinin ortaya konması için anayasal norm koyma veya yargısal karar verme eylemlerinde dolaylı olarak mevcut olan doğruluk iddiasının dolaysız kılınması ve anayasal norm ya da kararın içeriğindeki “adaletsizlik” veya “yanlışlık” önermesiyle çeliştiğinin gösterilmesi gerekir. Kısacası, Alexy’nin örneklerindeki edimsel çelişkinin varlığı için, doğruluk iddiasının anayasal norm koyma ve yargısal karar verme eylemlerinde dolaylı veya zorunlu olarak mevcut olması gerekir.

Peki ama Alexy zaten doğruluk iddiasının bu mevcudiyetini göstermeye çalışmıyor muydu? Bu durumda Alexy’nin argümanlarının döngüsel (*circular*) olduğu iddia edilemez mi? Anılan norm ve kararlardaki tuhafılık yalnızca doğruluk iddiasının kavramsal zorunluluğu ve bundan kaynaklanan edimsel çelişkiyle mi açıklanabilir? “Adaletsiz cumhuriyet” nitelendirmesinin bir anayasa normunda yer almasındaki garipliğin başka açıklamaları da olabileceğine yukarıda değinmiştik. Benzer açıklamalar “pozitif hukuku yanlış yorumlayan” hâkim kararı için de yapılabilir. Hatta Alexy bu tür

⁹⁹⁸ *Ibid.*, s. 460.

açıklamaların farkındadır da. Bu konuda Alexy'nin söylediklerini aşağıya aynen alıntılamaı uygun bulduk.

“Kuşkusuz, hâkim bu kararı vererek toplumsal rolünü terk etmekte, şüphesiz bütün hukuk sistemlerinde kendisini yürürlükteki hukuku doğru biçimde yorumlamakla yükümlü kılan pozitif hukukun kurallarını ihlal etmektedir. Ancak karar verirken tıraşsız olsaydı ve kirli bir cüppe giyseydi de toplumsal kuralları ihlal ediyor olurdu ve yorumu yanlış olsaydı, ancak hâkim yorumunun doğru olduğuna inansaydı ve yorumunun doğruluğunu iddia etseydi de pozitif hukuk ihlal edilmiş olacaktı. Buna karşılık, hâkim yorumunun yanlış olduğunu düşünmekte hatalı olsa ve bu hatalı varsayım la kararını açıklayarak pozitif hukuku ihlal etmemiş olsa bile geriye bir tür kusur kalacaktı.”⁹⁹⁹

İlk olarak vurgulamak isteriz ki hâkimin tıraşsız veya kirli cüppe giyerken de toplumsal kuralları ihlal edecek olması, kasten pozitif hukukun gereklerine aykırı karar verirken toplumsal kurallara aykırı davranmadığını göstermez. Alexy'nin bu durumun farkında olmadığını düşünmek de naiflik olacaktır. Sanıyoruz, Alexy esasen hâkimin eyleminin yalnızca pozitif hukukun ihlali olarak değerlendirilemeyeceği argümanına odaklanmak ve pozitivist itirazı çürütmek niyetindedir. Nitekim bu konuda daha güçlü ve detaylı argümanlara yer verecektir. Şimdilik akılda tutulması gereken hâkimin kasten pozitif hukuku yanlış yorumlayarak karar vermesinin aynı zamanda toplumsal kuralları ihlal etmek anlamına geleceğidir. Nitekim hâkimlerin dürüst olması, belli sonuçlara ulaşmak için mevcut hukuku çarpıtmamaları beklenir. Bu yalnızca hukuk sisteminin değil, hukuki belirliliğin toplumsal değer niteliği taşıdığı bir ortamda vatandaşların da beklentisidir. Dolayısıyla, Alexy'nin hâkiminin kusuru yalnızca toplumsal bir kusur olmasa dahi, kusurunun bir parçasının toplumsal olduğu ortadadır. Gelelim pozitif hukukun ihlali konusuna.

Pozitif hukukun ihlali konusunda Alexy iki alternatifini değerlendirmektedir. İlk alternatifte hâkim kasten olmasa da pozitif hukuku yanlış yorumlamakta ve dolayısıyla da pozitif hukukun gerektirdiğinden farklı bir sonuca ulaşmaktadır. İkinci alternatifte ise hâkim aslen doğru yorum yapmasına rağmen bu konuda yanılıp yanlış yorum yaptığını iddia ederek, esasen **pozitif hukuku ihlal etmeden** karar vermektedir. İlk alternatifte şaşılacak bir durum yoktur. Bu alternatif Alexy'nin hâkimin toplumsal kuralları ihlaline

⁹⁹⁹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., ss. 38-39.

ilişkin söylediklerine benzemektedir. Hâkimin bilmeden yanlış yorum yapması ve pozitif hukukun gerektirdiğinden farklı bir karar vermesinin de pozitif hukukun ihlalini teşkil etmesi, orijinal durumun pozitif hukukun ihlali ile açıklanamayacağını göstermez. Bu noktada daha ilginç olan ikinci alternatiftir. Hatalı karar verdiğiine dair inancında yanılan ve yanlış inancını kararında açıklayan hâkim pozitif hukuku ihlal etmiş olur mu olmaz mı? Elbette bu noktada mevzubahis pozitif hukukun içeriği önemlidir. Ancak, günümüzde pek çok hukuk sisteminin yalnızca hükmün değil gerekçenin hukuka uygunluğuyla da ilgilendiğini söyleyebiliriz. Hâkim yalnızca pozitif hukukun gerektirdiği sonuca ulaşmakla değil, doğru yorum ve gerekçeyle bu sonuca ulaşmakla yükümlüdür. Hukuk uygulamasında da istinaf veya temyiz sırasında “düzelterek onama” kurumu sayesinde sonucu doğru olsa da hatalı gerekçeler düzeltilmektedir. Bu anlamda hatalı olarak yanlış yorumda bulunulduğunu belirten mahkeme gerekçesi istinaf veya temyiz mercii tarafından düzeltilecektir. Kısacası, yanlışlıkla doğru kararı veren hâkim de pozitif hukuku ihlal etmektedir ve bu ihlalin düzeltilmesinin yolu pozitif hukukça öngörülmüştür. Ancak, pozitif hukukun böyle bir yükümlülüğü öngörmediği, gerekçelerin değil yalnızca hüküm fıkralarının hukuka uygunluğuyla ilgilenerak usuli değil, sonuççu bir adalet anlayışı benimseyen bir hukuk sistemi tahayyül edilebilir. Belki de Alexy bu tür bir hukuk sisteminden bahsetmektedir. Bu durumda, hâkimin kusurunun pozitif hukukun ihlaliyle açıklanamayacağını söylemek doğru olacaktır. Alexy haklıdır. Hâkim yine de kusurludur. Peki ama niçin?

Alexy'nin argümanlarının kusurun toplumsal kuralların ihlalinde aranması ihtimalini ortadan kaldırmadığını vurgulamıştık. Toplumun beklentisi hâkimin, pozitif hukuka göre yanlış karar verirken dahi, dürüst davranmasıdır. Hatalı biçimde yanlış yorum yaptığını düşünen ve buna rağmen yanlış yorum doğrultusunda karar veren hâkim bu beklentiye hiçe sayarak toplumsal bir kuralı ihlal ediyor olabilir¹⁰⁰⁰. Daha doğrudan bir biçimde bu hâkimin dürüst davranmayarak bir ahlak kuralını ihlal ettiğini de düşünebiliriz. Bu durumda pozitif hukuk açısından kusuru bulunmasa dahi hâkim ahlaken kusurludur. Özetle Alexy'nin “*Açıkça burada toplumsal kuralların veya hukuk*

¹⁰⁰⁰ Elbette bu noktada söz konusu beklentinin toplumsal bir kural hâline gelip gelmediği tartışma konusu edilebilir. Ancak, benzer şekilde Alexy'nin tıraş olma ve temiz cüppe giymeye yönelik toplumsal kurallarının da birer beklentiden ibaret olup olmadığı tartışma konusu edilebilirdi. Hâkimlerin dürüst olması yönünde toplumsal bir kural olduğu konusunda Alexy'nin bir itirazı olmayacağını varsayarak devam ediyoruz.

kurallarının ihlalinden daha fazlası mevcuttur”¹⁰⁰¹ şeklindeki ifadesi pekâlâ ahlaki bir kusura işaret edecek şekilde yorumlanabilir. Ancak, zaten pozitif hukuk açısından kusuru bulunmayan bir hâkimin ahlaken kusurlu olabilmesi bu iki normatif düzlemin farklılığına işaret etmez mi? Öyleyse Alexy niçin söz konusu kusurun karar verme ve doğruluk iddiası arasındaki kavramsal bir zorunluluğa işaret ettiğini düşünmektedir? Hâkimin kusuruna ilişkin başka alternatifler mevcutken, bu alternatifler elenmeden karar ve doğruluk iddiası arasındaki zorunlu bir bağın mevcudiyetine karar vermek fazlaca aceleci görünüyor. Belki bu zorunlu bağın Alexy’nin “anlamsız” düzenlere dair tartışmasında ortaya konduğu düşünülebilir. Ancak, yukarıda da vurguladığımız gibi, anılan düzenlerin birer hukuk sistemi olmamasının nedeni olarak hukuk sistemi ve doğruluk iddiası arasındaki zorunlu bağı görmek zorunda değiliz. Alternatif ve hukuk sistemindeki normların içeriğine atıfta bulunmayan açıklamalar da mevcuttur. Bunlardan en önemlisi söz konusu düzende bir “sistem” bulunmadığı için hukuk sisteminin de bulunamayacağını ifade eder.

Eğer doğruluk iddiası karar verme veya anayasal norm ihdas etme eylemlerine içkinse, Alexy’nin anayasa koyucusu ve hâkimi edimsel çelişkiye düşecektir. Nitekim söylemenin (karar verme/ihdas etme) varsayımlarından biri yapılanın doğru olduğu iddiası iken, söylenen (karar verilen/ihdas edilen) yanlış olduğunu iddia etmektedir. Gelgelelim, Alexy henüz bu kavramsal zorunluluğu kuramamıştır. Seçtiği örneklerin doğruluk iddiası ve norm yaratma/karar verme eylemleri arasındaki zorunlu bağı göstermeyi amaçlaması ise mevcut tabloyu daha da karamsar hâle getirmektedir: Alexy varlığını göstermeye çalıştığını varsaymak zorunda kalmaktadır.

Görünüşe bakılırsa Alexy bu durumun, en azından örnekler üzerinden ileri sürdüğü argümanın nihai olmadığı farkındadır. Bir yerde, söz konusu argümanı reddetmek isteyen kişinin tek yapması gerekenin hukuk yaratan eylemin zorunlu olarak doğruluk iddiası içerdiğini reddetmesi olduğunu söyler¹⁰⁰². Alexy aynı zamanda böyle bir reddin hukuku güç ilişkilerine indirgeyeceğini, doğruluk iddiasının yerini güç iddiasının (*claim to power*) alacağını ifade eder¹⁰⁰³. Alexy başka bir yerde, doğruluk

¹⁰⁰¹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 39.

¹⁰⁰² Alexy, “The Nature of Legal Philosophy”, op. cit., s. 164.

¹⁰⁰³ *Ibid.* Alexy bir bakıma doğruluk iddiası ile hukukun zorunlu ilişkisi ortadan kalktığında hukukun normatifliğinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Biz bu iddiaya katılmıyoruz. Bağlayıcılık başlığı

iddiasının hukukla olan zorunlu kavramsal bağıyla ilgili daha detaylı bir savunma geliştirir¹⁰⁰⁴. Burada Alexy, bizim de yukarıda ileri sürdüğümüz gibi, doğruluk iddiasını yargısal kararlara bağlayan kuralın geçerli olmaması hâlinde örnekteki hâkimin edimsel çelişkiye düşmeyeceğini kabul eder¹⁰⁰⁵. Ancak, ortada yanlışlanabilir de olsa bir argüman olduğunu düşünür. Alexy'ye göre doğruluk iddiası ile hukuk arasındaki zorunlu kavramsal bağ, örnek olaylarda aksinin varsayılması durumunda başka türlü açıklanamayan bir tuhaflığın ortaya çıkmasıyla gösterilmektedir¹⁰⁰⁶. Ancak, yine yukarıda vurguladığımız gibi, anayasal norm ve hâkimin kararındaki tuhaflığın yalnızca doğruluk iddiasının hukukla olan zorunlu bağının varlığı ve örnek durumlarda bu bağın gözetilmemiş olmasından kaynaklandığını düşünmüyoruz. Her iki durum açısından da tuhaflığı açıklayan alternatifler mevcuttur. Gelelim Alexy'nin doğruluk iddiasının alternatifi olarak gördüğü ihtimale.

Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere, Alexy'ye göre doğruluk iddiasının hukuk kavramı ve sistemi açısından zorunlu olmadığı varsayıldığında elimizde kalan güç ilişkilerine dayalı bir hukuk anlayışı olacaktır. Bu anlayışta, doğruluk iddiası yerini güç iddiasına bırakacak ve Alexy'nin incelediği örneklerdeki tuhaflık kalacak olsa da, bu gariplikten yalnızca güç, irade ve kararın rol oynadığı bir uygulamada adil/adaletsiz, yanlış/doğru şeklindeki değerlendirici ikiliklerin geçerli olmadığı vurgulanarak kaçınmak mümkündür¹⁰⁰⁷.

Alexy doğruluk iddiasının hukuktaki gerekliliğini göstermek adına bir başka normatif sistem olan ahlaka başvurur. Buna göre, doğruluk iddiası yalnızca hukukta değil, ahlakta da zorunludur. Bunun sebebi ise ahlaki bir iddiada bulunan kişinin, doğruluk iddiasında bulunmaması durumunda ortada ahlaki bir iddia değil, duygusal bir tepkinin ifadesinin (*utterances of an emotional reaction*) bulunmasıdır¹⁰⁰⁸. Bir başka

altında hukuki normativitenin sağduyu kaynaklı sebeplerle de açıklanabileceğini, bu nedenle hukuki normativite için hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki bulunmasının şart olmadığını iddia edeceğiz.

¹⁰⁰⁴ Bkz. Alexy, "Law and Correctness", *op. cit.*, ss. 212-214.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, s. 213.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, s. 214. Alexy'nin görüşü Günther Patzig tarafından dile getirilmiştir. Patzig'e göre, ahlaki değer yargılarının anlamını ıskalamamak için bu yargıları dile getiren ifadelerin duygusal bir tepkiden ibaret olmaması gerekir. Yazara göre bu ifadeler, yanlış olabilecek olsalar bile gerçek birer önerme olarak dile getirilmelidir. Bkz. Günther Patzig, "Relativismus und Objektivität moralischer Normen", in *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen: Wallstein Verlag, 1994, s. 21.

deyimle, ahlaki bir yargı için doğruluk iddiası nasıl zorunluysa, kıyasen hukuki bir yargı için de zorunlu olmalıdır.

Konuyu bu çalışmada hakkıyla inceleyemeyiz. Ancak, ahlaki yargıda bulunan kişi ile hukuk normu yaratmak konusunda yetkili bir kimsenin hukuki yargısı arasındaki birkaç farka işaret ederek bu kıyasın yerindeliliğini tartışmaya açmak isteriz. Doğruluk iddiasıyla ahlaki yargıda bulunan kimse, ahlak normunun yaratıcısı değildir. Gerçi Kant insan iradesinin ahlak açısından evrensel norm koyucu olduğundan bahsetmektedir¹⁰⁰⁹. Söz konusu ve benzeri anlatımların metafor olarak anlaşılması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Eğer ahlak yasalarının gerçekten bireyin iradesi tarafından yaratıldığı kabul edilirse, yasanın yaratıcısının birey olması ve yasanın evrenselliğinin nasıl bağdaştırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁰¹⁰. Bazı düşünürler Kant'ın nesnel ahlak düşüncesinden vazgeçmesi gerektiğini, bazıları ise ahlak yasasının yaratıcısı olarak rasyonel birey düşüncesinin terk edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰¹¹. Bununla birlikte, Kant aynı zamanda eylemlerini yasalara göre belirlemenin akli gerektirdiğini ve iradenin pratik akıldan başka bir şey olmadığını vurgular. Bir başka deyişle, irade aklın tanıdığı (*recognize*) gereklilikleri seçme yetisinden başka bir şey değildir¹⁰¹². Kanımızca, gerekliliğin irade tarafından yaratılmaması, akıl tarafından “tanınması” ve irade ile seçilmesi ahlak yasasının kişinin iradesiyle yaratılmayıp yasanın içeriğine akıl aracılığıyla erişildiği şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda gerçek anlamda birey veya pratik akıl tarafından yaratılmayan ahlaki yasanın evrenselliğinin her ahlaki öznenin akli aracılığıyla aynı yasaya erişebilecek olmasından kaynaklandığı söylenebilir¹⁰¹³.

Hukuk normu açısından durum farklıdır. Alexy'nin örneklerinde “hukuki yargıda” bulunan kimseler tespit edilebilecek normatif bir içeriğe işaret etmezler. Söz konusu içeriğin yaratıcısıdır. Gerek “adaletsiz cumhuriyet” içeriğine sahip olan anayasal normu koyan/koyanlar, gerekse pozitif hukuka aykırı olduğunu bile bile sanığı müebbet hapse mahkûm eden hâkimler iradeleriyle norm yaratan, norm yaratma

¹⁰⁰⁹ Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, s. 40.

¹⁰¹⁰ Bkz. Andrews Reath, “Legislating the Moral Law”, *Noûs*, C. 28, S. 4 (Aralık 1994), s. 436.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, s. 24.

¹⁰¹³ Kant'ın ahlak yasalarının genel ve evrensel bir rasyonel varlık düşüncesinden kaynaklandığının kabul edilmesi gerektiğini vurgulaması yasanın özne tarafından yaratılmadığı görüşünü desteklemektedir (Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, s. 24).

yetkisine sahip olan kimselerdir¹⁰¹⁴. Bir başka deyişle, hukuk normu hukuken yetkili kimsenin belli bir kişi veya belli kişilerin eyleme yönelik emir, talimat, izin veya yetkilendirme gibi anlamları olan irade açıklamasıdır¹⁰¹⁵. Hukuk normu yaratan kimsenin en azından, ahlaki bir yargıda veya iddiada bulunması gerekmez. İddia pekâlâ kararın toplumun yararına olduğu yönünde de olabilir. Mühim olan belirtilen yönde bir irade açıklamasının bulunmasıdır. Oysa ahlaki yargı ile doğruluk iddiası arasındaki bağ apaçık ortadadır. Söz konusu yargıda bulunan kişinin ifadesi bir yargı olacaksa bir iddia, ahlaki bir yargı olacaksa da ahlaki doğruluğa ilişkin bir iddia içermek zorundadır. Ancak, Alexy'nin de kabul ettiği gibi, hukuki pozitivistin hukukta söz konusu olması gereken doğruluk iddiasının ahlaki değil, pekâlâ hukuki doğruluk olduğunu ileri sürerek ahlak ve hukuk arasındaki zorunlu bağı reddetmesi mümkündür¹⁰¹⁶. Alexy bu iddiayı hukukta ahlaki ilkelere başvurma zorunluluğuna dayanarak çürütmeye çalışacaktır. Biz bu konuyu aşağıda, Alexy'ye yöneltilen eleştiriler kapsamında ele alacağız.

Doğruluk iddiasına ilişkin başkaca eleştirileri aşağıda ele alacağız. Alexy doğruluk iddiasının şu hâliyle bağlantı tezini, yani hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğu tezini, ispatlamadığını söyler. Ona göre pozitivist ayrılabilirlik tezini savunmaya devam edebilir ve bunun için iki strateji izlemesi mümkündür. Bunlardan ilki “anlamsız düzen” gibi uç örnekler dışında¹⁰¹⁷, doğruluk iddiasına aykırılığın normun hukuki niteliğini etkilemediğini savunmaktır. Diğerisi ise ahlaki sonuç doğurmaktan aciz, önemsiz bir içeriğe sahip olan doğruluk iddiasının ahlak ve hukuk arasındaki zorunlu bağa işaret edemeyeceğini savunmaktır¹⁰¹⁸. Alexy'nin ilkine cevabı adaletsizlik argümanı (*argument from injustice*), ikinciye cevabı ise ilkeler argümanı (*argument from principles*) olacaktır. Adaletsizlik argümanının incelenmesiyle devam edelim.

¹⁰¹⁴ Mahkeme kararlarının norm niteliği için bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 144; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 108-112.

¹⁰¹⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 5.

¹⁰¹⁶ Alexy, “Law and Correctness”, op. cit., ss. 214-215.

¹⁰¹⁷ Biz dilimiz döndüğünce söz konusu düzenin bir hukuk sistemi niteliği taşımasının pekâlâ doğruluk iddiası dışındaki sebeplerden kaynaklanabileceğini açıklamaya çalıştık. Burada uç durumlarda doğruluk iddiasının bir hukuk sisteminin geçersizliğine neden olabileceğini düşündüğümüz sonucu çıkarılmamalıdır.

¹⁰¹⁸ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 39.

b. Adaletsizlik Argümanı

Bu kısımda adaletsizlik argümanını, aksiyolojik geçerlilik anlayışına ilişkin olduğu ölçüde ve kısaca ele alacağız. Kanımızca Alexy'nin geçerlilik anlayışının orijinal kısmı doğruluk iddiası ve ilkeler argümanı kapsamındadır. Adaletsizlik argümanı ise daha önce ele aldığımız Radbruch formülünün bir savunusu niteliğindedir. Tekrar hatırlayacak olursak, adaletsizlik argümanını ifade ettiği, belli bir adaletsizlik eşiğini geçen tekil normların hukuk normu niteliğini yitireceğidir¹⁰¹⁹. Bununla birlikte, adaletsizlik argümanı gözlemcinin bakış açısından geçerli değildir. Alexy'nin iddiası söz konusu argümanın katılımcının bakış açısından geçerli olduğu yönündedir¹⁰²⁰.

Alexy, Radbruch formülüne ilişkin tartışmaların sekiz başlıkta toplanabileceğini belirtir. Bu başlıklar dil, açıklık, etkililik, hukuki belirlilik, görelilik (*relativism*), demokrasi, vazgeçilebilirlik (*dispensability*) ve dürüstlüktür (*candour*). Bu tartışmaların her birinin detayına girmeyeceğiz. Kısaca Radbruch formülüne karşı çıkanların tezlerini ve Alexy'nin antitezini özetlemekle yetineceğiz.

Dil başlığı altındaki itiraz Norbert Hoerster cephesinden gelmektedir. Buna göre, Radbruch ve onu takip eden pozitivizm karşıtı yazarlar ahlakla ilişkilendirilmiş hukuk anlayışlarının karşılığı olarak basit, anlaşılır bir sözcük bulamaz ve bu nedenle adalete aykırı normları rahatlıkla “hukuk” olarak adlandırma fırsatını kaçıır¹⁰²¹. Alexy ise bu görüşün hukuku başkalarının katıldığı bir norm yaratma sürecinin neticesi olarak gören katılımcının bakış açısından doğru olduğunu ifade eder¹⁰²². Bununla birlikte, Alexy'ye göre katılımcının bakış açısından durum farklıdır. Belli durumlarda adalete aykırı olan norm doğrultusunda karar vermemek için güçlü sebepleri olabilecek olan hâkimin, bu sebepler doğrultusunda hareket edebilmesi için söz konusu normun hukuk olduğunu kabul etmemesi gerekir. Bu durumda, kararı da hukuki sebeplere dayanacak olan hâkimin, adalete aykırı normun öngördüğü şekilde karar vermediği hâlde bu normu hukuk olarak nitelendirmesi çelişkili olacaktır. Alexy'ye göre bu çelişki hâkimin söz konusu normun yalnızca *prima facie* norm olduğunu, ancak gerçek anlamıyla “hukuk”

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, s. 40.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ Norbert Hoerster, “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, *Juristische Schulung*, S. 3 (1987), s. 187.

¹⁰²² Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 41.

olmadığını kabul etmesiyle çözülür¹⁰²³. Sonuç olarak Alexy'ye göre Hoerster'in argümanı ancak adalete belli bir düzeyin üzerinde aykırı olan bir normun aleyhine karar vermek için iyi bir sebebin asla olamayacağı durumda doğru olabilir¹⁰²⁴.

Bu tartışmanın bizim için önemli kısmı Alexy'nin bazı ifadeleridir. Dikkat edileceği üzere, Alexy aşırı adaletsizliğin söz konusu olacağı durumlarda bir hukuk normunun emrettiğinin aksi yönünde karar verilmesinden bahsetmektedir. Burada söz konusu olan bir hukuk normunun somut durumda uygulanmaması, kararın başka bir norma veya sebebe dayandırılmasıdır. Ancak, bunun mümkün olması için hukuk normunun hukuk niteliğini yitirmesi aranmaktadır. Bizim de göstermek istediğimiz Alexy'nin talebinin karşılanması için normun hukuk normu olma niteliğini kaybetmesinin gerekmediğidir. Çalışmamızın bir sonraki kısmında iddia edeceğimiz gibi, bağlayıcılık kavramının iki farklı türü arasında yapılacak bir ayrım, hukuk kuralının geçerliliğini etkilemeden, adalete aykırı normlara dayanarak karar vermekten kaçınılabilir. Geçerli olarak kabul ettiği hukuk normunun aksi yönünde karar veren hâkim ancak hukuk normuna göre karar vermek yönünde mutlak bir sebebe sahipse, bir başka deyişle hukuka uyma yükümlülüğü mutlak bir yükümlülükse çelişkiye düşecektir. Çalışmamızın giriş bölümünde ifade ettiğimiz gibi, hukuka uymak yönünde genel bir yükümlülüğün olmadığı yaygın biçimde kabul görmüş bir görüştür. Bir ihtimal bir hukuk sistemindeki hâkimlerin hukuka uymak (hukuka göre karar vermek) yönünde resmî görevli olmayan vatandaşlara göre daha güçlü sebepleri olduğu iddia edilebilir. Ancak, kanımızca bu görece güçlülük hâkimlerin hukuka uymak yönünde sahip olduğu eylem sebeplerinin mutlak ve yenilmez sebepler olduğunu göstermez. Bunun kabul edilebilmesi için hâkimlerin hukuka uymak yönünde sahip olduğu sebeplerle çatışabilecek, hâkimlerin de insan olmasından kaynaklanan eylem sebepleri bulunamayacağını düşünmek gerekir.

Radbruch formülüne ilişkin ikinci tartışma başlığı açıklıktır (*clarity*). Söz konusu itiraz H. L. A. Hart tarafından dile getirilmektedir. Hart'a göre, belli bir kanunun geçerli bir hukuk normu olduğu, ancak ahlaka aykırılığının aşırı bir düzeye ulaşması nedeniyle bu norma uyulamayacağı sıradan vatandaşlarca da anlaşılabilir bir

¹⁰²³ *Ibid.*, s. 42.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

durumdur. Bunun aksine, söz konusu normun bir hukuk normu olmadığı iddiası açıklıktan uzak, anlaşılmaz bir iddiadır¹⁰²⁵. Alexy bu itirazın belli bir geçerliliğinin olduğunu kabul etmekle birlikte, basitliğin yeterlilik pahasına tercih edilmemesi gerektiğini belirtir¹⁰²⁶. Ona göre, belirsizliğe yol açan ahlaki unsurların hukuk kavramına dahil değil, adalete aykırı normlarla aşırı biçimde adalete aykırı normlar arasındaki sınırın nerede çizileceğinin bilinmemesidir. Yoksa ne kadar adaletsiz olursa olsun bir hukuk normunun geçerli olduğu yönündeki iddia da sıradan vatandaşta hayret uyandırabilir¹⁰²⁷. Adaletsizlik argümanı maddi bir tezdır ve Alexy’ye göre bu teze açıklık gibi şekli itirazlarla değil, yine maddi itirazlarla karşı çıkılabilir¹⁰²⁸.

Sıradaki başlık etkililiktir. Etkililik başlığında hukuk kavramının pozitivist olmayan bir tanımının kanuni hukuksuzluğun (*statutory lawlessness*) engellenmesi konusunda yardımcı olamayacağı vurgulanmaktadır¹⁰²⁹. Alexy etkililik itirazının iki ayrı tez olarak görülebileceğini düşünmektedir. Birincisi, pozitivist olmayan bir hukuk kavramının kanuni haksızlık (*statutory lawlessness/gesetzliches Unrecht*) üzerinde herhangi bir etkisinin olamayacağını, ikincisi ise tanımında ahlaki kriterler içeren bir hukuk kavramının hukukun ahlaki açıdan eleştirisini olanaksız kılacağını ileri sürer. Alexy bu ikinci riske eleştirel olmayan gerekçelendirme (*uncritical legitimation*) ismini verir¹⁰³⁰. Eleştirel olmayan gerekçelendirme, hukuk kuralının, içeriği ahlaki bir eleştiriye tabi tutulmadan meşrulaştırılması anlamına gelir.

Kavramlar kendi başlarına gerçekliği değiştiremeyecek olduğu için Hart ve Hoerster tarafından dile getirilen ilk argümanın bir noktaya kadar kabul edilebilir olduğunu düşünen Alexy, yine de hukuk uygulamasında adaletsiz normlara direnmek için ahlaki argümantasyon olanağı sunduğu için, kanuni haksızlıklarla mücadelede pozitivist olmayan hukuk kavramının pozitivist hukuk kavramına göre daha elverişli olduğunu düşünür¹⁰³¹.

¹⁰²⁵ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, ss. 620-621.

¹⁰²⁶ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 43.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, s. 44.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ Bu itiraz için bkz. Hoerster, “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, *op. cit.*, ss. 185-186.

¹⁰³⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, ss. 46-47.

¹⁰³¹ *Ibid.*, ss. 49-51.

Alexy, pozitivist olmayan bir teorinin hukuk ve ahlakı özdeşleştirecek olan güçlü bağlantı tezini (*strong connection thesis*) savunmak zorunda olmadığını belirtir. Bu anlayışa göre hukuk normları hukuk normu olma niteliklerini içeriklerinin ahlaka aykırı olduğu her durumda değil, yalnızca bu aykırılığın uç boyutlara ulaştığı durumlarda kaybeder¹⁰³². Dolayısıyla, hukuki pozitivism gibi ahlaka aykırı kuralların da hukuk normu olabileceğini kabul eden zayıf bağlantı tezi (*weak connection thesis*) hukukun ahlaki eleştirisine izin verir¹⁰³³.

Hukuki belirlilik başlığı altında pozitivist olmayan (*non-positivist*) bir hukuk kavramının hukuki belirliliği tehlikeye attığı, bu kavramın geçerli olduğu bir sistemde otoriteler tarafından yaratılan normların geçerli olup olmadığının önceden bilinemeyeceğini, nitekim hukuk-ahlak çatışmasının her vatandaş tarafından belirsizliğe yol açmayacak şekilde çözümlenmesinin mümkün olmadığı iddia edilir. Alexy haklı olarak bu tür bir eleştirinin esasen güçlü bağlantı tezi için geçerli olduğunu, nitekim yalnızca bu tez kapsamında ahlaka aykırı olan her hukuk normunun geçersizliğinin savunulduğunu belirtir¹⁰³⁴. Zayıf bağlantı tezine ilişkin olarak hukuki belirliliğin minimum düzeyde kalacağı, nitekim yalnızca ahlaka aşırı düzeyde aykırı hukuk normlarının geçersiz kabul edileceği söylenebilir¹⁰³⁵. Kaldı ki, Alexy'ye göre adaletsizliğin boyutu arttıkça, bu adaletsizliğin bilgisi daha kesin hâle gelir¹⁰³⁶. Dolayısıyla, uç noktalardaki adaletsizliğin vatandaşlar ve hukuk kurallarının diğer muhatapları açısından tespit edilmesinde, genel olarak ahlaka aykırılıkların tespiti kadar zor bir durum mevcut değildir. Alexy'nin bu itiraza karşı son sözü, hukuki belirlilik ile maddi adaletin değerinin tartılması gerektiği ve Radbruch formülünün yalnızca uç

¹⁰³² *Ibid.*, s. 47.

¹⁰³³ *Ibid.*, ss. 47-48.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, ss. 51-52.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, s. 52.

¹⁰³⁶ *Ibid.* Alexy'nin bu argümanı tartışmalıdır. Joseph Raz bu konuda şöyle diyor: "...bir kimsenin rasyonel bir biçimde hatalı bir sonuca ulaşması, yani kişinin (akıl yürüterek ulaştığı) yanlış bir inancı kabul etmesiyle bir inancı irrasyonel biçimde kabul etmesi zorunlu olarak aynı sınırlara tabi olan hususlar değildir. Bilginin (inancın aksine) daha kesin veya belirsiz olması, yani dereceli olması mümkün müdür? Adaletsizlik arttıkça, onun bir adaletsizlik olduğu konusunda hataya düşmemiz daha uzak bir ihtimal hâline mi gelir? Bu son iddiadan şüphe duymak için bazı ampirik kanıtlarımız var. Pek çok kimse on altıncı ve on yedinci yüzyıllarda Müslüman ve Hristiyanlar tarafından uygulanan köleliğin o zamanların en büyük adaletsizlikleri olduğunu kabul edecektir, ancak yine de bu uygulama, onu uygulayanlar açısından en bariz adaletsizlik değildi" (Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", *op. cit.*, s. 33). Raz ve Alexy arasındaki tartışmayı aşağıda ele alacağımız için burada detaya girmiyoruz.

durumlarda maddi adaletin ağır bastığını söylediğidir¹⁰³⁷. Bu noktada Alexy'ye göre hukuki belirliliğin maddi adaletten daha önemli bir değer olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu iki değer çatıştığı durumlarda hukuki belirlilik ancak maddi adaletin ihlali aşırı boyutlara ulaştığında ihmal edilmelidir. Alexy'nin hukuk normunun geçersizliği için öngördüğü adaletsizlik eşiğini başka şekilde yorumlamak mümkün görünmemektedir.

Görelilik argümanı aşırı adaletsizlik ve adaletsizlik arasındaki fark bir yana, adaletin nesnel bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmadığını iddia eder¹⁰³⁸. Hoerster'a göre, yargıcın veya vatandaşın adalete atıfta bulunurken aydınlanmış (*enlightened*) bir adalete başvurmasını garanti etmenin bir yolu yoktur¹⁰³⁹. Alexy'ye göre bu itirazı bertaraf etmek için bir azınlığın fiziksel anlamda yok edilmesinin adalete aşırı biçimde aykırı olduğu yönündeki önermenin rasyonel olarak temellendirilebileceğini göstermek gerekir. Eğer bu başarılabilirse, Hoerster'ın itirazına yanıt verilmiş olacaktır¹⁰⁴⁰. Eğer başarılamazsa, ahlaki görelilik itirazı ancak toplumdaki fikir birliğine atıfta bulunularak yanıtlanabilir. Bu görelilik iddiasını tam anlamıyla çürütmeye de hukuk pratiği açısından çürütmeye yakın bir anlam ifade eder¹⁰⁴¹. Nitekim Alexy'ye göre bu durumda bir hâkimin "Nazi ahlakına" başvurmak suretiyle esasında adil olan bir normu geçersiz kılması, ancak çoğunluk itibarıyla bu ahlak anlayışına teslim olmuş toplumlarda söz konusu olur¹⁰⁴². Adalet ve ahlaka ilişkin pek çok sorunun çözülmesi kolay olmayabilir. Ancak, biz nesnel adalet veya ahlakın hiçbir şekilde bilinemeyeceği düşüncesine katılmıyoruz. Bu tartışmanın bu çalışmada ele aldığımız konuyla doğrudan bir ilgisi olmadığı için de Alexy'nin düşüncelerini detayıyla incelemeye gerek görmedik.

Demokrasi itirazı temel olarak şunu iddia eder: Atanmış yargıçların demokratik usullerle seçilmiş meclislerin kanunlarını adalete atıfla geçersiz kılması demokrasiye

¹⁰³⁷ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., ss. 52-53.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, s. 53.

¹⁰³⁹ Norbert Hoerster, "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", *Juristische Wochenschrift*, S. 39 (1986), s. 2482'den aktaran: Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 53.

¹⁰⁴⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 55.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² *Ibid.*

aykırıdır¹⁰⁴³. Alexy, bu durumun yalnızca aşırı adaletsizlik hâlinde söz konusu olacağını vurgulayarak, temel hak ve özgürlüklere dayanan yargısal denetimin çok daha geniş kapsamlı olduğunu belirtir¹⁰⁴⁴.

Vazgeçilebilirlik (*dispensability*) itirazı, bir hukuk kuralının adalete aykırı olması durumunda uygulanmak zorunda olmadığını, geçmişe dönük kanunlarla adalete aykırı durumların telafi edilebileceğini ve bu nedenle de hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağdan dolayı adalete belli bir düzeyin üzerinde aykırı olan hukuk normlarının geçersiz olacağını iddia etmek zorunda olmadığını vurgular¹⁰⁴⁵. Hart tarafından Radbruch formülüne yöneltilen bu eleştiriyi daha önce ele almıştık. Burada yalnızca Alexy'nin yanıtını özetlemekle yetineceğiz.

Alexy'ye göre ceza hukuku alanındaki adaletsizlikleri ayrıca ele almak gerekir. Nitekim *nulla poena sine lege* (kanunsuz ceza olmaz) ve *nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç olmaz) ilkelerinin anayasa hukukunun pozitif bir kuralı olduğu veya pozitif bir kural olmamakla birlikte hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edildiği durumlarda, geçmişteki adaletsizlikleri geçmişe dönük kanunlarla bertaraf etmek her zaman mümkün olmayabilir. Bunun nedeni kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin anayasanın değiştirilemez maddelerinden biri olması veya istisnalara mahal vermeyen bir genel ilke niteliği taşıması durumunda, geçmişe dönük kanunların bu ilkelerin ihlali niteliğini taşıyabilecek olmasıdır¹⁰⁴⁶. İlkenin anayasal bir ilke olması ve değiştirilebilir olması durumundaysa, geçmişe dönük kanunların uygulanması ilkeye anayasa değişikliğiyle getirilecek bir istisnaya bağlı olacaktır ve anayasa değişikliği için gerekli çoğunluğun sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalı olacaktır¹⁰⁴⁷.

Alexy açıklanan sebeplerle geçmişe dönük kanunların esasen ceza hukuku dışında uygulama bulacağını düşünür. Bu alanda da yasama organının harekete geçip geçmişe dönük kanunu çıkarmaması durumunda mahkemelerin ne yapması gerektiği

¹⁰⁴³ *Ibid.*, s. 56. Ingeborg Maus demokratik hukuk devleti anlayışına göre hukukun demokratik meşruiyetiyle hukukun ahlaki meşruiyeti veya geçerliliğinin farklı olduğunu belirtir. Demokratik ve ahlaki meşruiyetin farksızlaştırılması ise toplumsal kontrol fonksiyonunun gasp edildiği anlamına gelir. Bkz. Ingeborg Maus, "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", *Rechtstheorie*, C. 20, S. 2 (1989), ss. 192-193.

¹⁰⁴⁴ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 56.

¹⁰⁴⁵ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, ss. 619-620.

¹⁰⁴⁶ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, ss. 57-58.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, s. 57.

sorunu ortaya çıkar. Alexy'ye göre, pozitivist olmayan bir hukuk anlayışı, adaletsizliğin muhatabı olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin etkili bir biçimde korunabilmesi için vazgeçilmez olmaktadır¹⁰⁴⁸.

Dürüstlük (*candour*) argümanını da Hart'ın Radbruch'a yönelttiği eleştiriler kapsamında ele almıştık. Buna göre, adaletsizliğin geçmişe dönük bir kanunla giderilmesi yerine adaletsizliğe yol açan kanunun hiçbir zaman kanun niteliği taşımadığının iddia edilmesi, adaleti sağlamak adına feda edilen, feragat edilen değerlerin gizlenmesi anlamına gelecektir¹⁰⁴⁹. Alexy dürüstlük itirazının adaletsizlik argümanına yöneltilen en güçlü eleştiri olduğunu, ancak adaletsizlik argümanının bu itiraza yanıt verebileceğini düşünür. İlk olarak, pozitivist olmayan kanun kavramını benimseyen bir hâkim, hem birine iftira atılmasına hukuken izin veren kanunu geçersiz kabul edip hem de hiç kimsenin geçmişe dönük bir kanunla cezalandırılmayacağına hükmederek, Radbruch formülünü kanunsuz ceza olmaz ilkesiyle sınırlandırabilir¹⁰⁵⁰. Bu durumda Hart'ın bahsettiği gibi iki kötülük arasında biri lehine bir seçim yapmaya gerek kalmayacaktır¹⁰⁵¹. İkinci ve Alexy'nin tercih ettiği yanıtı göreyse, Radbruch formülünün uygulama bulduğu durumlarda gizli bir geçmişe dönüklük söz konusu değildir. Hâkimin yaptığı tek şey geçmişte geçerlilik kazanmamış bir kuralın geçersiz olduğunu tespit etmekten ibarettir¹⁰⁵².

c. İlkeler Argümanı (Argument From Principles)

İlkeler argümanı hukukun açık alanlı (*open texture*) bir yapı olduğu fikrine dayanır¹⁰⁵³. Hukukun açık alanından kasıt, bazı konularda hukuken olması gerekenin belirlenmesinde mahkemelerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının çatışan menfaatler arasında denge kurmak gibi işlevlerinin olmasıdır¹⁰⁵⁴. Mahkemelerin bu işlevi, *stare*

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, s. 58.

¹⁰⁴⁹ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, ss. 619-620.

¹⁰⁵⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 61.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ Hukukun açık alanları olduğu fikri Hart'a dayanır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 135. Alexy de ilkeler argümanını Hart'tan yola çıkarak oluşturmaktadır (Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 68).

¹⁰⁵⁴ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 135.

decisis ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde genel kural koyma işlevine benzer¹⁰⁵⁵. Bununla birlikte, Hart'ın belirttiği gibi, hukukta bu tür alanlar oldukça sınırlıdır ve insan eylemlerinin büyük bir kısmı kolaylıkla belirlenebilir kurallar tarafından düzenlenir¹⁰⁵⁶. Ayrıca, *stare decisis* ilkesinin benimsenmediği hukuk sistemlerinde hâkimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının açık alanlarda yürüttüğü faaliyetin kural koyma faaliyetine benzetilmesi mümkün değildir. Nitekim *stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı hukuk sistemlerinde hâkimin yorumu somut duruma özgü olup, benzer bir başka durumda karar veren mahkemeyi veya hukuk uygulayıcısını bağlamayacaktır. Bir başka deyişle, karar veren ilk mahkemenin gerekçesinin benzer durumda karar verecek olan sonraki mahkeme tarafından dikkate alınması gerekmez. Alexy'ye göre açık alanlarının nedenleri arasında hukuk dilinin belirsizliği, normların çatışma ihtimali, kararın dayanacağı bir normun bulunmaması ve bazı durumlarda normun lafzi anlamının aksine karar verme olasılığı bulunur¹⁰⁵⁷.

Hukukun açık alanından Alexy'nin pozitivizme ilişkin olarak çıkardığı sonuç şudur: Açık alanın söz konusu olduğu alanlarda tanım gereği pozitif hukuka dayanarak karar vermek mümkün değildir. Nitekim eğer bu mümkün olsaydı, söz konusu alanda bir açıklığın olduğundan bahsedilemezdi. Pozitivizme göre yalnızca pozitif normlar hukuk niteliği taşıdığından, açık alanın söz konusu olduğu alanlarda yargıcın kararı hukuk dışı standartlara dayanmak zorundadır¹⁰⁵⁸.

Bu noktada Alexy'nin dikkat çektiği hukukta açık alanların olmasının nedenlerini dikkate alarak bir değerlendirme yapmamız gerekir. Bu değerlendirmenin temeli şu olacaktır: Dikkat çekilen sebeplerin varlığı hâlinde hâkim mutlaka hukuk dışı, pozitif olmayan birtakım standartlara göre mi karar verecektir?

1) Hukuk dilinin belirsizliği durumunda hâkimin vereceği karar en nihayetinde bir pozitif hukuk kuralına dayanacaktır. Nitekim belirsizlik durumunda yapılması gereken kuralın lafzında geçen sözcüklerin anlamının belirlenmesidir. Doğal olarak, bir

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, ss. 135-136 (...this function of the courts is very like the exercise of delegated rule-making powers by an administrative body...). Aynı yönde bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 69 (...essentially as a legislator does...).

¹⁰⁵⁶ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 135.

¹⁰⁵⁷ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., ss. 68-69.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, s. 69.

terimin veya sözcüğün anlamının pozitif hukuk tarafından belirtilmediği, kavramların tanımlanmadığı bir durumda¹⁰⁵⁹, mahkeme anlamlandırma faaliyetini hukuki standartlara göre yürütmek zorunda değildir. Bu anlamlandırma işlemi gramatoloji veya semantik temelli ilerleyebilir. Hatta bazı sözcüklerin ve ifadelerin anlamlandırılmasında ahlaki ölçütlerin rol oynayacağı dahi kabul edilebilir. Ancak, en nihayetinde hâkimin vereceği karar anlamı belirlenen, belirgin hâle getirilen hukuk kuralına dayanacaktır.

2) Normların çatıştığı durumlarda hâkimin kararı hukuk dışı bir standarda mı dayanır? Normların çatışması durumunda uygulanacak olan *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* ve *lex specialis derogat legi generali* prensipleri hukukçuların malumudur. Var olan hukuk normlarının çatışması, yani bu normlara dayanılarak verilecek olan kararların farklı yönde olması durumunda hâkim öncelikle söz konusu çatışmayı çözmek durumundadır. Hukuk sistemlerinde bu çatışma çoğunlukla çatışan normların bir tanesinin mahkeme kararıyla geçersiz kılınması yoluyla çözülür. Ancak, böyle bir yolun pozitif hukuk tarafından öngörülmediği durumlarda hâkimin söz konusu çatışma kurallarına dayanarak çatışan kurallardan birini uygulayabileceği kabul edilir¹⁰⁶⁰. Bu şekilde dayanılacak norm seçildiği andan itibaren hâkimin kararının dayanağı yine pozitif bir hukuk normu olacaktır.

Dilsel belirsizliğe ve normların çatışmasına ilişkin yaptığımız açıklamalardan şu gerekçeyle şüphe edilebilir: “İyi ama, neticede hâkimin verdiği kararın dayanağı olan pozitif norma dayanmanın gerekçesi dilsel belirsizlik durumunda gramatolojik, semantik kurallar, normatif çatışma durumunda ise pozitif geçerlilikten mahrum olan, belki rasyonel geçerliliği olduğu söylenebilecek çatışma kuralları değil mi? Bir başka deyişle, dayanağın dayanağı pozitif hukukun dışında bir kural/ilke değil mi?”. Pek tabii, eğer kararın dayanağının dayanağı aynı zamanda kararın dayanağı olarak görülebilirse

¹⁰⁵⁹ Hatta pozitif hukukun terimleri tanımladığı, anlamlarını ortaya koyduğu durumlarda dahi bu tanımların anlamının belirlenmesi sorunu gündeme geleceği için, en nihayetinde hukuk kuralının lafzının anlamını belirleme işleminin hukuk dışı kural ve ilkelere tabi olacağı söylenebilir.

¹⁰⁶⁰ Bununla birlikte, söz konusu ilkelerin hukuken geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Kemal Gözler’in görüşü hukuken doğru karar vermek zorunda olan hâkimin genel olarak yorum ilkeleriyle bağlı olduğu yönündedir (Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, ss. 27-30). Biz “*Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*” başlıklı çalışmamızda *lex superior* ilkesinin Türk hukukunda geçerli bir ilke olmadığını, dolayısıyla hâkimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının hukuk kuralları arasındaki çatışmayı bu ilkelere dayanarak çözmek zorunda olmadığını, ancak bu ilkelere uyularak çatışmaların *pozitif hukuka aykırı olmayacak şekilde* çözülmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştük (Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, *op. cit.*, ss. 67-68).

bu yorum doğrudur. Ancak, öncelikle belirtmek gerekir ki biz bu tartışmayı, açık alanların söz konusu olduğu durumlarda Alexy'nin dediği gibi pozitif bir hukuk kuralına dayanarak karar vermenin imkânsız olup olmadığını belirlemek için yapıyoruz. Dolayısıyla, söz konusu durumlarda pozitif hukuk kuralına dayanıldığı sürece Alexy'nin bir ölçüde yanıldığını göstermiş oluruz. Belki pozitif hukuka dayanan bu durumlarda aynı zamanda hukuk dışı, pozitif geçerlilikten mahrum dayanaklar da mevcuttur. Ancak, bunların kararın doğrudan dayanağı olmadığı, olsa olsa dayanılacak pozitif normun seçiminin dayanağı olduğu unutulmamalıdır.

3) Somut duruma uygulanabilir bir hukuk normunun olmaması ne demektir? Hukuk boşluğu, somut duruma uygulanabilir genel bir kuralın bulunmaması anlamına gelir. Bu durumlarda hâkimin söz konusu boşluğu bir norm yaratarak doldurmak durumunda olduğu iddia edilir¹⁰⁶¹. Kelsen'in ünlü düşüncesine göre hukukta boşluk yoktur. Kelsen'in bu düşüncesi hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış olan her eylemin serbest olmasıdır. Ayrıca, söz konusu somut duruma uygulanabilir belli bir genel norm bulunmasa dahi, somut durumda hukuk düzeninin bütününden yola çıkarak bir karar vermek, yani hukuk düzeninin bütününe uygulamak mümkündür¹⁰⁶². Örneğin, gabinin yer almadığı bir hukuk düzeninde, bir sözleşmenin taraflarından birinin karşı tarafın deneyimsizliğinden faydalanarak sözleşme bedelini çok yüksek belirlediğini düşünelim. Bu durumda bir hukuk boşluğundan bahsedilebilir mi? Bu durumda hâkim, hukuk düzeninde gabin bulunmadığı için, ortada hukuka aykırı bir durum göremeyecek ve davacının davasını reddedecektir. Elbette, bu kararı verirken dayandığı usuli kuralları vardır. Ancak, olaya uygulanabilir, spesifik bir genel norm bulunmamaktadır. Bu durumda hâkim, hukuk düzeninin bütününden, “karşı tarafın deneyimsizliğinden yararlanarak edimler arasında orantısızlık yaratma” fiilinin yasaklanmadığını tespit edecek ve içerik olarak hukuk düzeninin bütününe somut duruma uygulamış olacaktır.

Öte yandan, hukuk düzeninde uygulanabilecek bir genel kuralın olduğu durumlarda da hukuk boşluğundan bahsedilebilir. Örneğin, hukuk düzeninin kullanım hırsızlığı ve olağan hırsızlık arasında bir fark gözetmeden her iki eylemi de aynı şekilde cezalandırdığını düşünelim ve bir anlığına suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini

¹⁰⁶¹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 246.

¹⁰⁶² *Ibid.* Ayrıca bkz. Iain Stewart, “The Critical Legal Science of Hans Kelsen”, *Journal of Law and Society*, C. 17, S. 3 (Güz 1990), s. 290.

unutalım. Kullanım hırsızlığı dolayısıyla hâkimin önüne gelen bir kimsenin, olağan hırsızlık suçunu işlemiş kişilerle aynı cezayı almasının adil olmadığı düşünülebilir. Ancak, bu somut durumda hukuk düzeninde “kullanım hırsızlığı”na ilişkin bir boşluk bulunduğu söylenemez. Somut durumda hâkim, adaletsiz bir karar olacağı düşünülebilirse bile, hırsızlığı cezalandıran hukuk kuralına dayanarak karar verebilecektir. Dolayısıyla, ortada somut duruma uygulanacak bir hukuk kuralının bulunmadığından değil, olsa olsa var olan bu kuralın daha adil olabileceğinden bahsetmek gerekir.

Bu nedenle, ilk olarak şunu söyleyebiliriz: Somut duruma uygulanacak belli bir genel nitelikli normun yokluğunda, hâkimin kararını hukuk dışı kaynaklara dayandırması gerektiği düşüncesi isabetli değildir. Her şeyden önce, hâkim pekâlâ kararını hukuk sistemindeki usuli kararlara ve maddi olarak da hukuk düzeninin bütününe dayandırabilir. Hukuk boşluğu düşüncesi hukuk düzeninin mevcut normlarından hareketle karar vermenin uygun olmadığı düşünülüyor olduğu durumlar için türetilmiştir. Hâkimin hukuk yaratması, pozitif hukukta benimsense dahi (örn. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2. maddesi), hukuk boşluğu düşüncesi Kelsen’in deyimiyle gerçek olmayan bir kurguya dayanmaktadır¹⁰⁶³.

Biz Kelsen’in görüşüne katılıyoruz. Ancak, bir an için bu görüşün yanlış olduğunu varsayalım. Diyelim ki hukuk belli boşluklar içeriyor ve bu boşluk durumlarında hâkim kararının dayanacağı normu belirlemek durumunda. Hukuk literatüründe “hâkimin hukuk yaratması” olarak bilinen bu durumda, hâkim hukuki veya hukuk dışı kaynaklardan beslenebilir. Örneğin, kıyas yoluyla hukuk yaratma durumunda hâkimin hukuki bir kaynaktan beslenmesi söz konusu olur. Öte yandan, hukuk dışı kaynaklardan yararlanmak da söz konusu olabilir. Hâkim somut olaya uygulanacak olan kuralı bir ahlak ya da din kuralından esinlenerek yaratabilir. Bu durumda sorulması gereken soru şudur: Hâkim burada gerçekten hukuk mu yaratmaktadır? Eğer cevabımız evetse, hâkimin olayla ilgili verdiği kararın dayanağı yine bir hukuk kuralı olacaktır. Örneğin, hâkim kullanım hırsızlığı adında bir suç yaratacak ve bu suçun cezasını olağan hırsızlığa oranla daha düşük belirleyecek ve bunu yaparken de adaletten (ahlaktan)

¹⁰⁶³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 247.

beslenecektir. Zanlıyı 10 değil de 5 yıl hapse mahkûm etmesinin nedeni, hâkim tarafından yaratılan bir hukuk kuralı olacaktır. Hukuk düzenlerinde içeriği ahlak ve din gibi diğer normatif alanlardan esinlenilerek yaratılmış pek çok kural bulunmaktadır. Ancak esin kaynağı ne olursa olsun, bu kurallar birer hukuk kuralıdır. Eğer hâkimin hukuk yaratması olarak tabir edilen durumda yaratılanın bir hukuk kuralı değil de, örneğin bir ahlak kuralı olduğu iddia edilecek ve bu nedenle de hâkimin kararının dayanağının bir ahlak kuralı olduğu düşünülecekse, hâkimin koyduğu kural ile yasama organının hukuk dışı alanlardan beslenerek yarattığı kural arasındaki farkın ne olduğu açıklanmalıdır. Kanımızca hem hâkim hem de kanun koyucu belli bir norm yaratırken hukuk dışı faktörleri dikkate almaktadır. Her ikisinin normu da hukuk sisteminde daha önce mevcut değildir. Eğer kanun koyucunun yarattığı norm hukuk normuysa, hâkimin yarattığı norm da hukuk normudur ve hâkimin hukuk yarattığı durumlarda karar en nihayetinde bir hukuk normuna dayanılarak verilmektedir.

4) Alexy'nin “normun lafzının aksine karar verme olasılığı”ndan ne kastettiği metinden tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak, kanımızca, Alexy'nin eserinin genel eğilimi düşünüldüğünde, hukuk dışı sebep veya sebeplerden ötürü hukuk normunun uygulanmaması ve bunun yerine hukuk normunun lafzının gerektirdiğinden farklı bir kararın verilmesini kastettiğini varsayabiliriz. Kanımızca bu tespit doğrudur. Kimi durumlarda hâkimlerin somut duruma ilişkin bir hukuk kuralını uygulamaması gerekebilir. Ancak Alexy ile ayrıldığımız nokta şuradadır: Alexy'ye göre kimi zaman hâkim, örneğin hukuk kuralının ahlaka aşırı ölçüde aykırı olması nedeniyle, hukuk kuralına göre değil, bir ahlak kuralına göre karar vermek durumundadır. Bu ise, ilkeler argümanı ile hukuk ve ahlakın kavramsal bağının göstergesi olarak yorumlanmaktadır. Bize göreyse, her ne kadar hâkimin hukuk kuralını uygulamaması doğru eylemse de, bu eylem hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağın varlığını göstermemektedir. Çünkü hâkimin ahlak uğruna hukuka rağmen karar vermesi mümkündür. Burada hâkimin kararı açıkça hukuka aykırıdır ve öyle olması gerekir de. Neticede hâkim her insan gibi hem hukuki hem de ahlaki gerekliliklere tabidir ve bu iki gerekliliğin örtüşmediği durumlarda birini tercih etmesi gerekir.

Bu açıklamalardan sonra Alexy'nin ilkeler argümanını ele alışıyla devam etmek istiyoruz. Alexy öncelikle ilkeler ve kurallar arasındaki ayrıma dikkat çeker. Buna göre,

kurallar, belirli şartlar gerçekleştiğinde kesin hukuki sonuçlara yol açan, belli eylemleri emreden, yasaklayan veya belli eylemlerin gerçekleştirilmesi konusunda yetki veren normlardır. Kuralların uygulanmasındaki genel yöntem altlamadır (*subsumption*)¹⁰⁶⁴. Öte yandan ilkeler, optimize eden emirlerdir (*optimizing commands*). İlkeler belli bir sonucun mevcut şartlar altında mümkün olan en üst düzeyde gerçekleştirilmesini emreden normlardır ve ilkeler çatıştığında bu çatışma ilkelerden birinin tümüyle göz ardı edilmesi yoluyla değil, dengeleme (*balancing*) yoluyla çözülür¹⁰⁶⁵. Alexy'ye göre, kurallar ve ilkeler arasındaki bu teorik ayrım şu üç tez aracılığıyla hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğuna işaret eder: “İçealım tezi” (*incorporation thesis*), “ahlakilik tezi” (*morality thesis*) ve “doğruluk tezi” (*correctness thesis*)¹⁰⁶⁶. Doğruluk tezi hukukun herhangi bir ahlakla değil, doğru veya haklı ahlakla olan ilişkisini göstermeye çalışır, nitekim bağlantı tezi genellikle hukuk ve doğru/mutlak ahlak arasındaki ilişkiye atıfta bulunur¹⁰⁶⁷. Bu anlamda, doğruluk tezi doğruluk argümanının ilkeler argümanı kapsamında uygulanmasından doğar¹⁰⁶⁸. Biz hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağlantı tezinin evrensel ahlaka gönderme yaptığını kabul ediyor ve Alexy'nin bu kısımdaki tartışmalarından çalışmamız açısından önemli sonuçlar çıkarılamayacağını düşünüyoruz. Dolayısıyla, incelememize diğer tezleri ele alarak devam edeceğiz.

(1) İçealım (Incorporation) Tezi

Alexy ilk olarak minimal ölçüde gelişmiş her hukuk sisteminin zorunlu olarak ilkelere yer vereceğini belirtir. Bunun için de hukuk sistemlerinde görmeye alışık olduğumuz sosyal devlet, insan onuru, demokrasi, hukuk devleti gibi ilkeleri örnek gösterir. Pozitif hukukun parçası hâline gelen bu ilkeler için şu tespitte bulunur: “[bu ilkeler] ... *pozitif hukukun ilkeleri, modern doğal hukukun temel ilkeleri ve aklın kanunları, yani modern hukuk ve devlet ahlakının temel prensipleri olarak Alman hukuk sistemine dâhil edilmişlerdir*”¹⁰⁶⁹. Alexy, kuralların yanı sıra ilkelerin de hukuk

¹⁰⁶⁴ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 70. Alexy kurallara basit biçimde “kesin emirler” (*definitive commands*) ismini vermektedir (*ibid.*).

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, ss. 76-77.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, s. 77.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, s. 71.

sisteminin parçası olabileceğini kabul eden pozitivistlerin bu tespiti itiraz etmeyeceğini, ancak bu tespitten çıkarılacak sonucun hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunduğu şeklinde yorumlanamayacağını iddia edeceklerini öngörür. Alexy'ye göre pozitivistin öne sürebileceği birden fazla iddia vardır¹⁰⁷⁰.

Bu iddialardan ilki söz konusu ilkelerin pozitif hukuka aktarılıp aktarılmayacağını pozitif hukuka bağlı bir durum olduğunu ileri sürer¹⁰⁷¹. Alexy bu iddiayı ilkelerin hukuk sistemindeki varlığının zorunlu olduğunu göstererek çürütmeye çalışır. Buna göre, katılımcının bakış açısından karar verirken dengelemeye gitmek durumunda kalan hâkim, zorunlu olarak ilkelere başvuracaktır¹⁰⁷². Hâkimin bu zorunluluğunun bulunduğu alanlar zor davalardır¹⁰⁷³. Zor davalarda birbiriyle yarışan sebepler mevcuttur ve bu sebeplerden her biri kendi başına belli bir karar için yeterli olsa da kesin hukuki sonuçlara yol açmadıkları için bunlar arasında belli bir dengenin gözetilmesi zorunludur¹⁰⁷⁴. Alexy bu tür sebeplerin ya ilkeler olduğunu ya da ilkelerce desteklendiğini belirtmektedir¹⁰⁷⁵.

Alexy pozitivistlerin bu görüşe de karşı çıkabileceğini öngörür. Buna göre, birbirine karşı dengelenen ilkelerin sırf dengeleme gerçekleştirildiği için hukuk sisteminin bir parçası olduğu söylenemez. Bu ilkeler ahlaki ilkeler veya hukuk dışı geçerliliğe sahip olan başkaca normlar olarak nitelendirilebilir¹⁰⁷⁶. Alexy karşı argümanı şu şekilde oluşturur: “...hukuk sistemi yalnızca sonuçlar veya ürünler olarak normların sistemi değil, ayrıca usul ve süreçlerin sistemidir ve bu nedenle katılımcının bakış açısından, bir usul sırasında dikkate alınan sebepler... usule ve bu nedenle de hukuk sistemine aittir”¹⁰⁷⁷.

Devam etmeden buradaki akıl yürütmenin bazı sonuçlarını değerlendirelim. Kanımızca, Alexy bu tespitiyle hukuk sistemine dâhil olan alanın sınırlarını fazlasıyla

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ *Ibid.* Ayrıca bkz. Hoerster, “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, *op. cit.*, s. 186.

¹⁰⁷² Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 72.

¹⁰⁷³ *Ibid.* Biz hukuk sisteminde önceden belirlenen kurallara göre çözülemeyecek davalar olabileceği görüşüne katılmıyoruz. Gerekli açıklamayı biraz yukarıda Alexy'nin hukukun açık alanlarına ilişkin görüşlerini eleştirdiğimiz kısımda yaptık. Tekrara düşmemek için aynı eleştiriyi burada yinelemiyoruz.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, s. 73.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

genişletmektedir. Bir hukuki süreç sırasında katılımcı tarafından dikkate alınan pek çok husus vardır. Belli bir kanunun nasıl yorumlanacağı konusunda gramer kurallarından yardım alınır. Haksız fiilde bulunan kişinin ödeyeceğı tazminatın hesaplanmasında matematik kurallarının işe dâhil edilmesi zorunludur. Dâhil edilen bu kuralların her biri, katılımcının gerekçesinde yer vereceğı tespitlerden birinin sebebini oluşturur. Bu durumda, ilkeler argümanı, yalnızca ahlaki ilkelerin değıl, mantıksal, gramatik, matematiksel ve hatta duruma göre fen bilimi kurallarının dahi hukuk sistemine dâhil olduğunu/olabileceğini kabul etmek gerekir. En basit biçimde Türk hukukunda Anayasanın 2. maddesine ilişkin bir tartışmayı ele alalım. Türk Anayasasının 2. maddesi şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”. Anayasa Mahkemesi bir kararında 2. maddenin benimsediğı insan hakları anlayışının “millî dayanışma” düşüncesiyle sınırlı olduğunu iddia etmiştir¹⁰⁷⁸. Buna karşılık “millî dayanışma” ifadesinin “saygılı” sözcüğüyle ilişkilendirilebilmesi için arada virgölün olmaması gerektiğı savunulmuştur¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla, 1982 Anayasasının çağdaş insan hakları düşüncesinden daha sınırlı bir anlayışa sahip olduğu söylenemez. Şimdi eleştiriye yöneltilen bu itirazın doğru olduğunu ve Anayasa Mahkemesi hâkimleri tarafından benimsendiğini varsayalım. Hâkimler Anayasasının insan hakları düşüncesini ortaya koyarken bir gramer kuralından yararlanmaktadır. Söz konusu gramer kuralı bir hukuk kuralı hâline mi gelmiştir?

Kanımızca ne gramer kuralları ne de çatışan hukuk normlarından hangisinin uygulanacağına karar verilmesinde yararlanılan ahlaki veya rasyonel ilkeler hukuk sisteminin bir parçası hâline gelirler. Aksini düşünmek gerekçenin gerekçelendirilen şeyin niteliklerinden birine sırf gerekçe olmak dolayısıyla sahip olduğunu varsaymak anlamına gelir¹⁰⁸⁰. Nitekim gramer kuralları hukuk kuralının anlamının belirlenmesi sırasında hâkimlerin yorumunun gerekçesini oluştururken, çatışan norm veya hukuki değerlerden hangisine ne ölçüde ağırlık verileceğı, hangi normun uygulanacağına ilişkin

¹⁰⁷⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 13 Haziran 1985 tarihli ve E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 21, s. 173 (RG tarih: 24 Ağustos 1985, RG sayı: 18852).

¹⁰⁷⁹ Örn. bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. B., Ankara: Yetkin, 2018, s. 108; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Bursa: Ekin, 2018, ss. 149-150.

¹⁰⁸⁰ Düşüncemizin bu şekilde ifade edilebileceğini bizi gösteren Joseph Raz’a teşekkür ederiz. Burada onun ifadesini kullandık.

ahlaki ilkeler de hâkimlerin tercihini gerekçelendirmektedir. Hukukilik veya hukuk sistemine ait olma niteliği anlamı belirlenen veya uygulanmasına karar verilen kurala ilişkindir. Yorumun veya tercihin gerekçesine değil. Hukuk sistemine aidiyeti aşağıda sistemsal geçerlilik anlayışı kapsamında göreceğiz. Bir kuralın hukuk sistemine ait olmasının şartları farklıdır ve ne gramer kuralları ne de Alexy'nin sözünü ettiği ahlaki ilkeler bu şartları sağlamaktadır.

Alexy de bu itirazı öngörür. Buna göre, katılımcı tarafından dikkate alınan her sebebin sırf dikkate alınmak dolayısıyla hukuk sistemine dâhil olmayacağı iddia edilebilir¹⁰⁸¹. Alexy'ye göreyse bu itiraz doğruluk argümanı karşısında çöker. Buna göre, doğruluk iddiası yalnızca ahlaki değil, aynı zamanda hukuki bir yükümlülüktür ve *bu iddianın gereğini yerine getirmek yönünde bir yükümlülük mevcuttur*. Alexy'ye göre, bu yükümlülük farklı, yükümlülüğe aykırılığın sonuçlar farklıdır¹⁰⁸². Bir başka deyişle, hâkimlerin ahlaken doğru kararı verme yükümlülüğüne aykırı davranması yalnızca uç durumlarda kararın geçersizliğine yol açacak olsa da, hâkimler ahlaken doğru karar vermekle yükümlüdür. Alexy, söz konusu yükümlülüğün aynı zamanda hukuki bir yükümlülük olduğunu belirterek, hâkimlerin hukuken uygulamakla yükümlü olduğu ilkelerin hukuk sistemine ait ilkeler olarak görülmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Yargıların her somut durumda ahlaken doğru karar vermek zorunda olduğunu ve bu nedenle de yine var olabileceğini şimdilik kabul ettiğimiz zor davalarda ilkeler arasında denge kurarak karar vermesi gerektiğini kabul edelim. Bu yükümlülüğe aykırılığın sonucu ne olacaktır? Eğer yükümlülüğün ihlali aşırı adaletsiz sonuçlara yol açmıyorsa, hâkimin kararı geçerli olacaktır. Bu nedenle de hiçbir ilkeyi dikkate almadan karar veren hâkimin kararının geçerli olma ve söz konusu ilkelerin hukuk sistemine dâhil edilmeme ihtimali devam etmektedir. Bu da mahkemeler tarafından hiçbir zor davanın görülmediği veya zor davalar olsa bile hâkimlerin bu davaları aşırı adaletsiz sonuçlara yol açmadan ve ilkeler arası denge kurmadan çözdüğü hukuk sistemlerinde ahlaki ilkelerin hukuk sistemine dâhil edilmeyeceğini gösterir. Bununla birlikte, söz konusu hukuk sistemleri geçerliliklerini korumaya devam edecektir. Elbette hiçbir zor davayla karşılaşılmayan bir hukuk sisteminin bulunma ihtimalinin çok düşük olduğu

¹⁰⁸¹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 73.

¹⁰⁸² *Ibid.*

veya zor davaları ilkelere dayanmadan çözen hâkimlerin kararlarının mutlaka bir noktada geçersiz olacağını ve bu nedenle bu hâkimlerin söz konusu ilkeleri dikkate almak zorunda kalacağı ileri sürülebilir. Ancak, bunların hepsi hukuk sistemindeki davaların nasıl olacağına dair ihtimallerdir. Hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bir ilişkinin varlığı gösterilmek isteniyorsa, ileri sürülen argümanın olgusal faktörlere bağlı olmaması gerekmektedir.

Bazı hukuk sistemlerinde zor davanın asla olmayabileceği itirazını öngören Alexy, böyle bir hukuk sisteminin, var olmuş olsa bile, minimum düzeyde gelişmiş bir hukuk sistemi olamayacağını, dolayısıyla da minimum düzeyde gelişmiş bütün hukuk sistemlerinde ahlaki ilkelerin hukuk sistemine dâhil edilmiş olacağı iddiasının geçerli olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁸³. Alexy en nihayetinde bağlantı tezinin ahlak ve “minimum düzeyde gelişmiş bir hukuk sistemi” arasında zorunlu bir bağ bulunduğunu iddia edecek şekilde sınırlanabileceğini belirtir¹⁰⁸⁴. Elbette, şu ana kadar var olmuş hukuk sistemlerinde hiç zor davanın bulunmadığı bir hukuk sisteminin mevcut olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Nitekim böyle bir hukuk sistemi hiç mevcut olmamış olsa dahi, mevcut olabileceği düşünülebildiği sürece, ilkelerin hukuk sistemindeki varlığından hareketle hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağı göstermiş olmazsınız. Bunun için hem olgusal olarak söz konusu zorunluluğun yanlışlanmadığından emin olmak, hem de hiçbir hukuk sistemi tahayyülünde söz konusu zorunluluğa aykırı bir unsurun bulunamayacağını göstermek gerekir.

İkinci olarak, minimum düzeyde gelişmiş hukuk sistemlerinde ilkelerin zorunlu olarak hukuk sistemine dâhil edildiğini iddia eden Alexy, bu iddiayı yanlışlayabilecek bir iddiadan söz konusu hukuk sisteminin minimum düzeyde gelişmiş olmadığını ileri sürerek kurtulamaz. Dikkat edilecek olursa, zor bir davanın yargıçların önüne hiç gitmemiş olmasının hukuk sisteminde mevcut olan kurallar veya hukuk sisteminin yapısıyla hiçbir ilgisi olmayabilir. Tamamen rastlantı neticesinde veya söz konusu alanlarda hiç uyuşmazlık çıkmadığı için bu davaların yargıçların önüne gelmemiş olması ve dolayısıyla yargıçların kararlarında asla ahlaki ilkelere dayanmak zorunda kalmaması mümkündür. Öyleyse, zor davanın gündeme gelmediği bir hukuk sisteminin

¹⁰⁸³ *Ibid.*, s. 74.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

yapısı itibariyle minimum ölçüde gelişmemiş bir hukuk sistemi olduğu iddiası doğruluğu apaçık olmayan ve ispatlanması gereken bir iddiadır.

Bununla birlikte, bu noktada Alexy'nin başvurmayı tercih etmediği bir savunma olabileceğini düşünüyoruz. Madem doğruluk iddiası adaletsizlik argümanı nedeniyle en azından belli bir düzeyde doğru karar verme yükümlülüğünü doğurmaktadır, hâkimlerin uygulamakla yükümlü olduğu ahlaki ilkeler zaten hukuk sistemine dâhil edilmiş demektir. Bundan sonra bu ilkelerin somut durumda uygulanıp uygulanmamasının bir önemi kalmamalıdır. Dikkat edilecek olursa, hukuk sisteminde mevcut olmakla birlikte konu edindikleri somut duruma uygulanmayan pozitif hukuk kuralları da mevcut olabilmektedir. Bir başka deyişle, bu ilkeler zor davalarda hâkimlerin bu ilkelere başvurusuyla değil, zaten hukuk kavramının doğasındaki doğruluk iddiası ve bu iddianın gereğini yerine getirme yönündeki yükümlülük tarafından hukuk sistemine dâhil edilmiştir. Kanımızca bazı hukuk sistemlerinde zor davaların bulunmayabileceğini ileri süren pozitivistlere karşı bu şekilde bir savunma geliştirilmesi daha ilginç olabilirdi. Biz hem Alexy bu yolu tercih etmediği hem de Alexy'nin zorunlu doğruluk iddiasının doğru davranma yükümlülüğü doğuracağı yönündeki görüşünün doğru olmadığını düşündüğümüz için bu tartışmayı uzatmıyoruz.

(2) Ahlakilik Tezi

Ahlakilik teziyle amaçlanan, pozitivistin söz konusu ilkelerin hukuk sistemine dâhil olduğu, ancak bu ilkelerin dâhil edilip edilmemesinin pozitif hukuka ilişkin bir sorun olduğu yönündeki itirazını çürütmektir¹⁰⁸⁵. Bir başka deyişle, pozitivist her zaman için Alexy tarafından değinilen eşitlik, insan onuru, adalet vb. ilkelerin ahlaki ilkelerle aynı içeriği taşıyan “hukuki” ilkeler olduklarını ileri sürebilecektir. Nitekim söz konusu içeriklerin hukuk sistemindeki varlığı pozitif hukuk tarafından sağlanmaktadır¹⁰⁸⁶. Örneğin, anayasa insanlık onuru veya eşitlik gibi ilkelere yer vermezse ve söz konusu ilkeler mevcut olan başka kural veya ilkelerin içeriğinden türetileniyorsa, bu ilkelerin hukuk sisteminde geçerli olduğu iddia edilemeyecektir.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, s. 75.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

Alexy ilk olarak bağlantı tezinin güçlü ve zayıf türevleri arasında bir ayrım yapar. Zayıf ve güçlü bağlantı tezleri arasındaki temel fark ilkinin ahlaki göreliliği kabul etmesine rağmen ikincinin ahlak anlayışının mutlak olmasıdır¹⁰⁸⁷. Alexy'nin ilgilendiği zayıf bağlantı tezidir. Belli bir ahlak anlayışıyla hukuk arasında zorunlu bir bağlantı olduğu tezi ahlakilik tezidir¹⁰⁸⁸. Bu noktadan sonra Alexy, zor davalarda¹⁰⁸⁹ hâkimlerin pratik bir soruna cevap aradığını ve neyin zorunlu olduğunu ifade etmek için ahlâki ilkelere başvurmasının kaçınılmaz olduğunu vurgular¹⁰⁹⁰. Bu ilkelerin mutlaka “doğru” ahlaka ait olması gerekmez, şu an için belli bir ahlak anlayışına ait olması yeterlidir¹⁰⁹¹. Alexy, hâkimin zor davalarda ahlaki içeriğe sahip olan ilkelere dayanmasının çifte bir anlamının olduğunu belirtir. Kararın dayanağının şekline bakacak olursak uygulananın bir hukuk normu, içeriğine bakacak olursak ahlaki bir ilke olduğunu düşünmemiz gerekir¹⁰⁹².

Hans Kelsen hukukun herhangi bir içeriğe sahip olabileceğini belirtmişti¹⁰⁹³. Belki Kelsen'in teorisinde bu durumun bazı istisnaları olduğunu düşünmek mümkündür¹⁰⁹⁴. Alexy'nin iddiasını (söz konusu hukuk normlarının içerik bakımından ahlaki ilke olduğu iddiası) sınavabilmek için şu soruya yanıt vermemiz gerekir: İçeriği aynı olan iki normun farklı hukuk sistemlerine ait, farklı normlar olduğunu nasıl anlayabiliriz? Sistemsel geçerlilik anlayışını bazı eleştirilere karşı savunurken bu ayrımın dayanacağı kritere tekrar değineceğiz. Ancak, burada kısa bir açıklama yapmamız gerekmektedir. Ne Alexy ne de Kelsen şu iddiaya karşı çıkacaktır: Norm normdan türer, bir başka deyişle bir norm geçerliliğini mutlaka bir başka normdan almak zorundadır. Dolayısıyla, eğer bir hukuk sisteminde hâkimlerin ahlaki ilkelere dayanarak karar vermesinin pozitif dayanağı mevcutsa, kararın ve dayanılan ahlaki ilkenin farklı normlar olup olmadığını bunların geçerlilik aldığı normlara bakarak

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ Alexy'nin “zor dava” değil “şüpheli dava” (*doubtful case*) tabirini kullandığını belirtelim. Biz Dworkin'in terminolojisini daha sık bulduğumuz için (Ronald M. Dworkin, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, C. 88, S. 6 (Nisan 1975), s. 1060) hâkimin mevcut hukuk kurallarından hareketle kolaylıkla karar veremediği davalara “zor dava” demeyi tercih ettik.

¹⁰⁹⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 75.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, ss. 75-76.

¹⁰⁹² *Ibid.*, s. 76.

¹⁰⁹³ Örn. bkz. Hans Kelsen, “The Concept of the Legal Order”, çev. Stanley L. Paulson, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 27, S. 1 (1982), s. 68.

¹⁰⁹⁴ Bkz. Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 18.

belirleyebiliriz. Alexy'nin çürütmeye çalıştığı pozitivist iddia, hâkimleri bu yönde yetkilendiren bir hukuk normu olmadığı sürece ahlaki ilkelere dayanılarak karar verilemeyeceğini ifade eder. Eğer bu iddia doğruysa, hâkim tarafından ahlaki ilkelere dayanılarak verilen kararın geçerliliği bir hukuk kuralından kaynaklanmaktadır. Ahlaki ilkenin ahlak düzlemindeki geçerliliği ise -en nihayetinde- kategorik emperatiften kaynaklanır. Dolayısıyla, Alexy'nin hâkimin kararının şeklen hukuk normu, içerik anlamındaysa ahlaki sebeplere dayanan bir ilke olduğu yönündeki düşüncesi kabul edilemez. Ortaya çıkan normun hangi normatif düzene ait olduğuna, normun geçerlilik kaynağının niteliğine bakarak karar verilir. Dolayısıyla, Alexy'nin pozitivist iddiayı çürütmek için yapması gereken söz konusu ilkelere dayanarak karar verebilmek için hukuk sisteminin bir normuna ihtiyaç olmadığını göstermektir. Alexy içealım teziyle bunu gösterdiğini düşünür¹⁰⁹⁵. Biz içealım tezine ilişkin eleştirilerimizi yukarıda sunduğumuzdan burada ayrıca açıklama yapmayacağız.

Bir an için Alexy'nin söylediklerini kabul edelim ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğumuzu varsayalım. Hâkimin önüne bir zor dava gelir. Hâkim söz konusu davayı yalnızca konulmuş hukuk normlarından yola çıkarak çözemez. Bu nedenle de kararının gerekçesinde ahlaki ilkelere dayanılır. Bir başka deyişle, ahlaki ilkeler doğrudan kararın dayanağı olmasa da, bu ilkeler hâkimin gerekçesinde yer almak suretiyle hukuk sisteminde belli bir uygulama bulmuş olur. Peki ama, Kıta Avrupası hukuk sisteminde *stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı, yani mahkemelerin kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı düşünüldüğünde, kararda uygulanan bu ilkelerin hukuk sistemine gerçekten de dâhil olduğunu söyleyebilir miyiz? Eğer hukuk sistemine dâhil edildiği iddia edilen bir birel işlem olsaydı belki yanıtımız değişebilirdi. Birel işlemler nitelikleri gereği yalnızca belli bir duruma uygulanırlar. Ancak, ilkeler genel nitelikli normlardır. Yaygın deyimle, ilkeler “uygulanmakla tükenmezler”. Bununla birlikte, hâkim tarafından hukuk sistemine dâhil edildiği iddia edilen ahlaki ilkenin söz konusu olaya benzeyen durumlarda bile aynı hâkim veya başka bir hâkim tarafından dikkate alınması gerekmez. Oysa genel nitelikli bir normun hukuk sistemine gerçek anlamda dâhil edilmesi söz konusu olsaydı, başkaca bir normla çatışma, geçersizlik vb. nedenlerin yokluğunda, söz konusu genel nitelikli normun benzer

¹⁰⁹⁵ Bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 76.

olaylarda hâkim tarafından dikkate alınması gerekirdi. En azından Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki durum budur. Öyleyse, söz konusu genel nitelikli ahlaki ilkenin hukuk sistemine dâhil olduğundan bahsetmek doğru mudur? Hukuk sistemine dâhil edilmiş olan genel nitelikli bir normun, uygulama alanına giren konularda uygulanması gerekmeliydi. Bize öyle geliyor ki, burada söz konusu olan, Alexy'nin uygulanan normun bir ahlak ilkesi olduğu düşüncesi kabul edilse dahi, bu ilkenin bir anlığına hukuk sisteminde varmış gibi davranılması (veya eğer daha rahat hissettirecekse bu ilkenin hukuk sistemine dâhil edilmesi) ve uygulandıktan sonra da bu sistemden çıkarılmasıdır.

Belki buradaki akıl yürütmemize şu şekilde karşı çıkılabilir: Bir hukuk sistemindeki yetkililer eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla belli bir durumda hâkim tarafından benimsenmiş bir gerekçenin, geçerli bir sebep olmadıkça (aynı genel nitelikli bir normun uygulama alanındaki bir olaya uygulanmaması için geçerli sebeplerin olması gibi) benzer olaylara da uygulanması gerekir. Böyle bir itirazın kaçırdığı husus şu olacaktır: Eşitlik ilkesi pek çok hukuk sisteminde anayasal bir ilke olarak benimsenmiştir¹⁰⁹⁶. Eşit davranma yükümlülüğünün hukuk sisteminde doğrudan yer almadığı durumlarda ise bu ilkeye pozitif başka ilkelere yola çıkılarak ulaşılması mümkündür (örneğin hukuk devleti ilkesi-hukuki belirlilik ilkesi¹⁰⁹⁷). Bu türden pozitif bir dayanağın bulunmadığı hukuk sistemlerinde eşit davranma yükümlülüğünü yine zor davalarda hâkimin uyguladığı ahlaki ilkeler aracılığıyla elde etmek gerekecektir ki biz zaten bu durumda uygulanan ilkenin hukuk sistemine dâhil edilmiş olup olmadığını sorgulamaktayız.

¹⁰⁹⁶ Türk Anayasasının 10. maddesi, Alman Anayasasının 3. maddesi, Avusturya Anayasasının 7. maddesi ve Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 14. maddesi eşitlik ilkesini veya bu ilkenin bir görünümü olan ayrımcılık yasağını benimseyen pozitif anayasal hükümlere örnek olarak gösterilebilir.

¹⁰⁹⁷ Türk Anayasa Mahkemesinin hukuki belirlilik ilkesini Türk Anayasasının 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinden türettiği bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 28 Eylül 2017 tarihli ve E. 2016/198, K. 2017/144 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 54, Cilt: 2, 2017, s. 830 (RG tarih 18 Ekim 2017, RG sayı: 30214).

3. Eleştiriler

Her büyük teori gibi Alexy'nin teorisi de zaman içinde pek çok eleştiri almıştır. Bu kısımdaki amacımız bu eleştirilerden bazılarına yer vermek suretiyle hem Alexy'nin aksiyolojik geçerlilik anlayışını daha iyi kavramak hem de bu eleştirilerde yukarıda yönelttiğimiz eleştirilere ek bazı argümanlar çıkarıp çıkaramayacağımızı görmektir.

a. Raz-Alexy Tartışması

Joseph Raz, editörlüğünü George Pavlakos'un yaptığı “*Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*” başlıklı kitapta “*The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*” (Adalet Argümanı veya Hukuki Pozitivizme Nasıl Yanıt Vermemeli) başlıklı bir eleştiri yayınlar. Bu eleştirinin temel amacının Alexy'nin pozitivizme verdiği cevabın kendi düşüncelerinde bir değişikliğe yol açıp açmadığını ortaya koymak ve Alexy'nin ilk bakışta muğlak görünen kimi argümanlarını aydınlatmaya çalışmak olduğunu belirtir¹⁰⁹⁸.

(1) Alexy'nin ayrılabilirlik tezi anlayışına karşı

Yukarıda incelediğimiz gibi Robert Alexy'nin kitabının temel gayesi hukuki pozitivizmin dayandığı temel ilkelerden biri olan ayrılabilirlik tezini çürütmektir. Bunun için Alexy hukukun zorunlu olarak ahlaki doğruluk iddiasında bulunduğunu göstermeye çalışır. Alexy'ye göre ayrılabilirlik tezinin hukukun herhangi bir içeriğe sahip olabilmesi anlamına geldiğini vurgulayan Raz, Kelsen'e atfen ifade edilen bu düşüncenin Kelsen'in kendi teorisine göre yanlış olduğunu vurgular¹⁰⁹⁹. Raz'a göre Kelsen'in hukukun normlardan oluştuğu ve yaptırımların hukuk normunun zorunlu bir parçası olduğu yönündeki görüşü¹¹⁰⁰ şu üç sebepten ötürü her türlü içeriğin hukuk olamayacağını düşündüğünü gösterir: 1) Hukuk yalnızca normlardan müteşekkildir, 2)

¹⁰⁹⁸ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 18.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.* Alexy'nin tespiti için bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 3. Rüthers de Kelsen'in hukukun her türlü içeriğe sahip olabileceğini kabul ettiğini belirtir. Bkz. Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, *op. cit.*, s. 275.

¹¹⁰⁰ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, ss. 50-54.

hukuk normu mahkemelere veya yaptırım uygulayacak olan diğer makamlara hitap etmelidir, 3) hukuk normu belli bir yaptırımın uygulanmasını şart koşmalıdır¹¹⁰¹ ve 4) yaptırımın uygulanması belli bir eylemin gerçekleşmesine (veya gerçekleşmemesine) bağlı olmalıdır¹¹⁰². Raz esasen burada Alexy'nin ayrılabilirlik tezi olarak ortaya koyduğu düşüncenin en azından bazı hukuki pozitivistler açısından geçerli olmayabileceğine dikkat çekerek, Alexy'nin çürütmeye çalıştığı düşüncenin hukuki pozitivizm açısından kritik bir rol oynamıyor olabileceğine işaret eder. Ancak, elbette Alexy'nin Kelsen'e atfı, Kelsen'in teorisine göre hukuk normunun içeriğinin zorunlu unsurları bulunmadığını iddia etmek değil, hukuk kavramının tanımında ve dolayısıyla da hukuk normlarının içeriğinde ahlaki unsurların bulunmasının zorunlu olmadığını ileri sürmektir ve Joseph Raz da bunun farkındadır¹¹⁰³.

Raz'ın temel itirazı, bir kavramın zorunlu niteliklerinin o kavramın tanımında yer alması gerektiği yönündeki düşünceye ilişkindir. Hart'ın hukuku doğasına dayanarak tanımlamanın verimsiz bir yöntem olduğu yönündeki düşüncesine¹¹⁰⁴ dayanan Raz, hukukun zorunlu olarak meşru otorite iddiasında bulunduğunu düşündüğünü, bu iddianın ahlaki bir iddia olduğunu, ancak bu düşüncenin hukukun mutlaka söz konusu ahlaki iddia dikkate alınarak tanımlanması gerektiği anlamına gelmediğini öne sürer. Raz'ın ulaştığı sonuçlar kavramların birden fazla tanımının olabileceği, bazı kavramların uygulanmalarının gerekli ve yeterli şartları bilinemediği için tanımlarının olmayabileceği ve bazı kavramların zorunlu niteliklerinin o kavramların tanımında yer almayabileceğidir¹¹⁰⁵.

Alexy'nin hukuki pozitivizmin temeline yerleştirdiği ayrılabilirlik tezi şunu iddia eder: Hukuk ve ahlak arasında zorunlu ve kavramsal bir bağ yoktur¹¹⁰⁶. Bununla

¹¹⁰¹ Kelsen belli bir normu ifade eden hukuki metinde yaptırıma yer verilmemiş olmasını şöyle yorumlar: Ya söz konusu normun yaptırımı başka bir hukuki belgede yer almaktadır ya da ilgili norm, bir yaptırımın uygulanma kapsamı anlamında, yaptırım uygulanmasını engelleyen veya mümkün kılan bir role sahiptir. Kelsen bu iki kategoriden birine girmeyen ve yaptırım içermeyen metinlerle ifade edilen normların "hukuken ilgisiz" (*legally irrelevant*) olduğunu düşünmektedir. Bkz. *ibid.*, ss. 50-53.

¹¹⁰² Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", *op. cit.*, s. 18. Burada Raz'ın Kelsen'in düşüncelerine ilişkin ifadelerini, düşüncelyi daha isabetli aktarabilmek adına biraz değiştirdik. Örneğin Raz hukuk normunun yalnızca mahkemelere hitap etmesi gerektiğinden bahsediyor. Oysa normun yaptırım uygulayan başka bir makama hitap etmesi de mümkündür.

¹¹⁰³ *Ibid.*, s. 19.

¹¹⁰⁴ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 13-17.

¹¹⁰⁵ Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", *op. cit.*, ss. 19-20.

¹¹⁰⁶ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 3.

ifade edilmek istenen ise Radbruch'un iddiasının aksine, ahlaka aşırı ölçüde aykırı hukuk normlarının bile hukuk normu olma niteliğini korumaya devam ettiğidir. Raz'a göre, ayrılabilirlik tezini hukuki pozitivizmin temeline yerleştiren tek anlayış Alexy'nin anlayışı değildir. Ayrılabilirlik tezinin genel iddiası hukukun genel ya da birel normlarının ahlaki doğruluğu veya yanlışlığının olumsal bir sorun olduğudur¹¹⁰⁷. Bir başka deyişle, genel ya da birel hukuk normları ahlaka uygun bir içeriğe sahip olabileceği gibi, gayriahlaki bir içeriğe de sahip olabilir ve hukuk normunun hukuk normu olma niteliği bu değerlendirmeden etkilenmez. Bununla birlikte, Raz bu iddianın hukukla ahlak arasında zorunlu ve kavramsal bir bağ bulunmadığı anlamına gelmediğini vurgular. Örneğin, hukukun ahlaki açıdan iyi veya kötü olarak değerlendirilebilecek olması hukuk ve ahlak arasında kavramsal bir bağ bulunduğunu gösterir¹¹⁰⁸.

Raz ayrılabilirlik tezinin yukarıdaki ifadesine “olumsallık tezi” ismini verir. Ona göre, bu tez yanlıştır¹¹⁰⁹ ve Alexy'nin hukuki pozitivizme atfettiği bu tezi reddetmesinde şaşılacak bir yan yoktur¹¹¹⁰. John Gardner da Raz gibi olumsallık tezinin hukuki pozitivizme atfedilen mitlerden biri olduğunu ve hukuki pozitivist teorilerin bu tezi benimsemediğini düşünür¹¹¹¹. Hatırlanacağı üzere, Raz hukukun otorite iddiasında bulunduğunu ve bu otorite iddiasının ahlaki bir iddia olduğunu düşünmekteydi. Dolayısıyla, Raz'ın hukuk ve ahlak arasında en azından bu bakımdan zorunlu bir ilişki olduğunu düşündüğünü söyleyebiliriz.

Andrei Marmor ayrılabilirlik tezini şu şekilde formüle eder: “*hukukun ne olduğunun belirlenmesi kavramsal veya zorunlu olarak ilgili durumda hukukun ne olması gerektiğine ilişkin ahlaki veya diğer değerlendirici mülahazalara bağlı değildir*”¹¹¹². Raz'a göre de bu ifade hukuki pozitivizmin temel iddiasını dile getirmeye daha elverişlidir¹¹¹³. Daha önce incelediğimiz gibi, Raz'ın kaynak tezi Marmor'un formülasyonundan bile daha sınırlayıcıdır¹¹¹⁴. Kaynak tezine göre, hukukun ne

¹¹⁰⁷ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 21.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ Raz'ın ayrılabilirlik tezinin yanlışlığına ilişkin diğer çalışmalarındaki fikirleri için bkz. Raz, *Ethics in Public Domain*, *op. cit.*, ss. 226-227.

¹¹¹⁰ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 21.

¹¹¹¹ Bkz. Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, *passim*.

¹¹¹² Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 71.

¹¹¹³ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 22.

¹¹¹⁴ Bkz. *ibid.*

olduğunun tespiti *hiçbir zaman* ahlaki argüman ve değerlendirmelerin kullanılmasını gerektirmez¹¹¹⁵. Dolayısıyla, hukuki pozitivizmin karşı çıktığı husus ahlaka aşırı düzeyde aykırı hukuk normlarının hukuk normu olarak değerlendirilmemesidir. Nitekim bu iddia, hukukun ne olduğunun belirlenmesinde ahlaki kriterlerin esas alındığı anlamına gelecektir.

Raz'ın Alexy'nin çalışmasına dair diğer itirazlarını sunmadan önce Alexy'nin şimdiye kadar dile getirilen eleştirilere cevabını ele almak isteriz. Raz'a ayrılabilirlik tezine ilişkin itirazlarına verdiği yanıtta Alexy, ilk olarak kendi anlayışı ve Marmor'un Raz tarafından da uygun bulunan ifadesi arasındaki benzerliğe dikkat çeker. Buna göre, *Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*'de Alexy, pozitivizmin ayrılabilirlik anlayışından bahsederken şu ifadeyi kullanır: “*Ayrılabilirlik tezi ahlak ve hukuk arasında, hukukun emrettiği ile adaletin gerektirdiği arasında veya olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında kavramsal olarak zorunlu bir ilişki olmadığını varsayar*”¹¹¹⁶. Alexy'ye göre Marmor'un “hukukun ne olduğunun belirlenmesi” ve “hukukun ne olması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler”i ile kendisinin “olan hukuk ve olması gereken hukuk” ifadesi arasında farklar olması mümkünse de, bu farklar önemli görünmemektedir¹¹¹⁷. Kanımızca iki formülasyon arasında benzerlikler olsa da, Raz'ın işaret ettiği sorun Alexy'nin ifadesinin Marmor'un ifadesinden çok daha geniş olmasıdır. Marmor tarafından dile getirilen tez esasen genellikle toplumsal olgu tezi olarak adlandırılır. Bu tezle ifade edilen yalnızca hukukun geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesinde ahlaki ve diğer değerlendirci kriterlere başvurma zorunlu olmadığıdır. Hukukun ahlaki açıdan zorunlu olarak eleştirilebilir olması bile hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir tür ilişkinin varlığını göstermeye yeteceğinden, Alexy'nin ayrılabilirlik tezi Marmor'unkinden daha geniştir.

Alexy Joseph Raz'ın eleştirisinde ayrılabilirlik tezine ilişkin üç temel husus tespit eder: 1) Kelsen'in hukuk normlarının içeriğine ilişkin düşüncesi, 2) hukuk tanımına ilişkin düşünce ve 3) hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu ilişkiye dair düşünce. Hatırlanacağı üzere, Raz Kelsen'in “hukukun içeriği her şey olabilir” iddiasının

¹¹¹⁵ *Ibid.*, s. 22. Bununla birlikte, zorunlu bir biçimde olmasa da hukukun ne olduğunun tespitinde ahlaki argüman ve değerlendirmelere yer verilebileceğini savunan pozitivistler de bulunmaktadır. Bu tartışma genel olarak yumuşak ve sert pozitivistler arasındaki ayrıma işaret eder. Raz bu anlamda sert pozitivisttir.

¹¹¹⁶ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 3.

¹¹¹⁷ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 38.

Kelsen'in kendi teorisine göre açıkça yanlış olduğunu düşünmektedir. Raz Kelsen'in teorisine göre hukuk normunun şu içerik sınırlarına tabi olduğunu tespit eder: 1) hukuk yalnızca normlardan müteşekkildir, 2) hukuk en nihayetinde mahkemelere hitap etmelidir, 3) hukuk normu mutlaka bir yaptırım öngörmelidir ve 4) hukuk kuralının uygulanması belli bir eylemin gerçekleşmesine bağlı olmalıdır¹¹¹⁸. Alexy ilk olarak bu şartların hukukun içeriğini sınırlandırıp sınırlandırmadığını sorgular. Alexy'ye göre şekil kavramı gibi içerik kavramı da oldukça belirsizdir ve bu iki kavramın sürekli soyut ve somut gibi diğer kavramlarla karıştırılma riski bulunmaktadır¹¹¹⁹. Alexy bu görüşü desteklemek için John Gardner'dan yardım alır. John Gardner, kanımızca son derece haklı bir tespitle, içerik-şekil kavramlarının sıklıkla kaynak temelli ve esas temelli geçerlilik kriterleriyle karıştırıldığını vurgular¹¹²⁰. Alexy'ye göre buradaki önemli husus esasa ilişkin geçerlilik kriterlerinin yalnızca hukukun içeriğine değil şekline de uygulanabilmesidir¹¹²¹.

Şu hâliyle bu tartışma kafa karıştırıcı olabilir. Bir örnekle açıklamaya çalışalım. Türk Anayasasının 4. maddesi şu şekildedir: “Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”. Buradan şu sonuca varıyoruz: Devletin şeklini cumhuriyetten başka bir şekle değiştirmeyi, cumhuriyetin niteliklerini kaldırmayı veya değiştirmeyi ya da Anayasanın 3. maddesini değiştirmeyi *konu edinen* anayasa değişiklikleri *teklif edilemez*. Anayasanın 4. maddesindeki bu sınırlamaların şekle ilişkin mi yoksa içeriğe ilişkin mi olduğuna nasıl karar vereceğiz? Bu karar için “*konu edinen*” ifadesini mi yoksa “*teklif edilemez*” ifadesini mi ele alacağız? Söz konusu hüküm bir yandan “*konu edinen*” ifadesiyle anayasa değişikliğinin içeriğine atıfta bulunurken diğer yandan “*teklif edilemez*” ifadesiyle şekli, usuli bir hususa atıfta bulunmaktadır¹¹²². İşte, Türk

¹¹¹⁸ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 18.

¹¹¹⁹ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 40.

¹¹²⁰ Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 208.

¹¹²¹ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 40.

¹¹²² Elbette esasen şekli ve usuli hususlar da birbirinden ayrılabilir. Biz usul unsurunun şekil unsurunu kapsar biçimde kullanılabileceğini, ancak şekilden farklı nitelikte usul unsurlarının da bulunduğunu düşünüyoruz. Örneğin, idari işlemin yapıcısının imzasını taşıması yönündeki şekli şart aynı zamanda bu işlemin nasıl yapılacağına ilişkin usuli bir şart olarak görülebilir. Benzer şekilde bütün şekil şartları o işlemin nasıl yapılacağına ilişkindir. Ancak, her usul şartı şekli nitelik taşımaz. Örneğin, belli bir işlemin tesisinden önce bir organa veya makama danışma şartının getirilmiş olması işlemin şekline değil, usulüne ilişkin bir şart olarak görülmelidir.

Anayasasının 4. maddesi Alexy'nin bahsettiği şekle ilişkin içeriksel sınırlara örnek teşkil eder. Neticede bir anayasa değişikliğinin teklif edilip edilemeyeceği usule ilişkin, yani şekli bir husustur. Bu usuli hususun gerçekleşip gerçekleşmemesi esasa ilişkin bir şarta bağlanmıştır.

Farkı biraz daha belirgin hâle getirmek için çatışma ve aykırılık kavramları arasındaki farka değinmemiz gerekir¹¹²³. Çatışma kavramı, hiyerarşik seviyelerinden bağımsız olarak iki normun içeriği arasındaki uyumsuzluk, çelişkili olma durumu olarak tanımlanabilir. Çatışma kavramında mühim olan her iki normun da aynı konudaki insan eylemine ilişkin olarak farklı yükümlülükler öngörüyor olmasıdır. Örneğin, “Parkta tütün ürünleri tüketmek yasaktır” normuyla “Parkta elektronik sigara içilebilir” normu içerik olarak aynı duruma ilişkin farklı yükümlülükler öngörmektedir. Bir başka deyişle, bu iki norm çatışmaktadır. Aykırılık ise iki durumda ortaya çıkar. Bunlardan ilki farklı hiyerarşik güçteki normların çatışmasıdır. Yukarıda verdiğimiz örneği ele alacak olursak, “Parkta tütün ürünleri tüketilemez” diyen normun bir kanun hükmü, “Parkta elektronik sigara içilebilir” diyen normunsa bir yönetmelik hükmü olduğunu varsayarsak, bu iki norm arasında yalnızca bir çatışma değil, aynı zamanda aykırılık ilişkisi söz konusu olur. Öte yandan, aykırılık ilişkisi yalnızca aralarında hiyerarşik ilişki bulunan iki normun “çatışması” durumunda ortaya çıkmaz. Hiyerarşik üst konumundaki norm, hiyerarşik ast olan normun içerik ve usul anlamında geçerlilik kriterlerini düzenliyor olabilir. Örneğin anayasal bir norm “Kanunla parklarda sigara içilip içilemeyeceği düzenlenemez” diyebilir. Bu durumda bir kanun hükmü “Parklarda sigara içilemez” derse, söz konusu anayasal norma aykırı olacaktır. Ancak burada bir çatışma söz konusu değildir. Nitekim iki norm aynı konuya değil, farklı konulara ilişkindir. Anayasal norm “kanunlarla parklarda sigara içilip içilemeyeceğinin düzenlenip düzenlenemeyeceğine” ilişkinken, kanun normu “parklarda sigara içilip içilemeyeceğine ilişkindir”. Bir başka deyişle, anayasal norm parklarda sigara içilip içilemeyeceği hakkında sessiz kalıp, yalnızca bu hususun kanunla düzenlenemeyeceğini belirtirken, kanun parklarda sigara içilmesini yasaklamaktadır. Sonuç olarak, aykırılık ve çatışma kümelerinin bir kesişim noktası olmakla birlikte, hem aykırılık teşkil etmeyen çatışmalar hem de çatışma teşkil etmeyen aykırılıklar söz konusu olabilir.

¹¹²³ Biz bu farka daha önce şurada değinmiştik. Bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, op. cit., ss. 34-38.

Şimdi aykırılık ve çatışmaya ilişkin kavramsal farkı esasa ilişkin şekli şartlar ile içeriğe ilişkin şartlar arasındaki farka uygulamaya çalışalım. Belli bir normun diğeri açısından usuli veya esasa ilişkin şartlar öngörebilmesi üst norm olmasına bağlı olduğuna göre¹¹²⁴, bizim durumumuzda normlar arasında hiyerarşik güç farkı söz konusu olacaktır. Aralarında hiyerarşik güç farkı bulunan normların “uyuşmazlığı” çatışma niteliği taşısa da aykırılığın söz konusu olacağını gördük. Buna göre, aynı zamanda çatışma niteliği taşıyan aykırılıkların söz konusu olduğu durumda gerçek anlamda alt norm niteliğindeki normun “içeriği” veya esasıyla ilgili bir sorun olduğundan bahsedebiliriz. Örneğin, anayasanın “Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir ve bu özgürlük hiçbir biçimde sınırlanamaz” dediği bir yerde kanun “Kişilerin ifade özgürlüğü Adalet Bakanlığının çıkaracağı bir yönetmelikte belirlenen esaslara göre sınırlanabilir” derse, kanunun hukuka aykırılığının nedeni anayasanın öngördüğü saf içeriksel bir sınıra uygun olmamasıdır. Eğer söz konusu olan içeriğe ilişkin şekli bir şart olsaydı, anayasanın “Kişilerin ifade özgürlüğünün yönetmelikle sınırlanabileceğini öngören kanunlar *çıkartılamaz*” veya benzeri bir ifade kullanması gerekirdi.

Netice itibarıyla Alexy, Kelsen’in “hukuk her türlü içeriğe sahip olabilir” iddiası ile Raz’ın tespit ettiği dört şartın birbirinden farklı nitelikte olduğunu ve bu dört şartın usuli şart niteliği taşıdığını düşünür¹¹²⁵. Bununla birlikte, Kelsen’in hukuk normunun içeriğine ilişkin ifadesindeki “içerik” (*content*) kavramı “esas” (*merits*) olarak anlaşılabilir bile fazla bir şeyin değişmeyeceğini, çünkü esasa ilişkin usuli şartların var olabileceğini vurgular: Olsa olsa bu durumda yaptırımlara ilişkin bir belirsizlik ve tartışma söz konusu olabilir¹¹²⁶. Genel itibarıyla Alexy’nin burada sunmuş olduğu savunmanın ikna edici olduğunu, en azından Kelsen’in teorisinden Raz tarafından çıkarılan dört şart ile “hukuk normunun içeriği” kavramının örtüşmeyebileceğinin başarıyla gösterildiğini söyleyebiliriz. Neticede Alexy hukuk normunun içeriğine ahlaki sınırların getirilip getirilemeyeceğiyle ilgilenmektedir, hukuk normunun içeriğinin “hukuk” normu olmaktan kaynaklanan sınırlarının olup olmamasıyla değil.

Sonrasında Alexy Raz’ın “hukuk tanımı” eleştirisini ele alır. Alexy’nin buradaki cevabı oldukça kısadır ve bu cevabı özetlemek bizim açımızdan da yeterli olacaktır.

¹¹²⁴ Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, s. 124.

¹¹²⁵ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 40.

¹¹²⁶ *Ibid.*, s. 41.

Alexy ayrılabilirlik tezini açıklamak için tanım kavramını kullandığını kabul ettikten sonra¹¹²⁷ iki türlü tanım olabileceğini ifade eder. Bunlardan bir tanesi basit biçimde tanımlananın sınırlarını belirlemek için yapılan tanımken, diğeri tanımlananın bütün zorunlu niteliklerini içermeye iddiasında olan bir tanım anlayışıdır¹¹²⁸. Alexy'ye göre ikinci tür tanımlar her zaman başarısız olma riski taşırlar. Nitekim bu tür tanımların başarılı olması için yalnızca tanımlananın zorunlu niteliklerini sayması yetmez, bunları aynı zamanda bir sistem içinde sunması gerekir¹¹²⁹. Alexy son olarak, bu tür bir tanımın hukukun doğasını analiz etme sürecinin başında yer alamayacağını, ancak belki de sonunda yer alabileceğini vurgular¹¹³⁰.

Ayrılabilirlik tezine ilişkin son tartışma hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu ilişkiyi ele alır. Alexy ilk olarak hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu ilişkiden kastının hukuk normunun içeriğinin ahlaki değeri ile bu normun hukuki geçerliliği arasındaki bağlantı olduğunu daha açık bir şekilde vurgulaması gerektiğini kabul eder. Aksi hâlde hukukun her daim ahlaki açıdan eleştiri konusu edilebilmesinin hukuk ve ahlak arasındaki kavramsal ve zorunlu bir ilişki olduğu düşünülebilir¹¹³¹. Kanımızca, bir kez varlığı iddia edilen zorunlu bağlantının ahlaki doğruluk ve hukuki geçerlilik arasında olduğu kabul edildiğinde, Alexy'nin hukuki pozitivizmin savunmadığı bir iddiayı bu akıma atfettiği söylenemeyecektir.

Alexy'nin cevabındaki bir başka önemli husus Raz'ın otorite iddiasına ilişkindir. Alexy'ye göre ahlaki bir iddia olan otorite iddiasının hukuk açısından zorunlu bir iddia olduğunu kabul ederken hukuki pozitivist olmak mümkün değildir¹¹³². Alexy bu sonuca tam olarak niçin ulaştığını açıklamamaktadır. Ancak, bu iddianın doğru bir iddia olmadığını söyleyebiliriz. Hatırlanacağı üzere Raz'a göre hukuk açısından zorunlu olan husus hukukun otorite iddiasında bulunmasıdır. Bir başka deyişle hukuk, somut durumda kendi değerlendirmelerimize uymaktansa kuralın işaret ettiği eylemi gerçekleştirirsek sahip olduğumuz sebeplere daha iyi uyacağımızı iddia eder. Otorite iddiası doğru olabileceği gibi yanlış da olabilir. Bir başka deyişle, otoritenin

¹¹²⁷ Bkz. *ibid.*

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Ibid.*, s. 42.

¹¹³¹ *Ibid.*, ss. 43-44.

¹¹³² *Ibid.*, s. 45.

direktiflerine uymak suretiyle hareket eden kişi genel olarak sahip olduğu sebeplere daha iyi uyum sağlayacaksa otorite meşrudur. Aksi hâlde otoritenin meşru olduğundan bahsedilemez. Ancak, otoritenin meşruiyeti ayrı, direktiflerinin geçerliliği ayrı bir husustur. Raz'ın teorisine göre otorite iddiasının doğru olmaması hukuk kuralının geçersizliği sonucuna değil, bu kuralın bir dışlayıcı sebep olarak görülememesi sonucuna yol açar. Kaldı ki, meşru otoritelerin bazı direktiflerinin de muhatabın sahip olduğu uzmanlık seviyesi nedeniyle dışlayıcı sebep olarak görülemediği durumlar söz konusu olabilir. Dolayısıyla ne meşru otoritenin bütün direktiflerinin dışlayıcı olduğunu ne de meşru olmayan otoritenin direktiflerinin geçersiz olduğunu söyleyebiliriz. Ayrılabilirlik tezinin temel iddialarından biri ise şu yöndedir: Hukuk sisteminde mevcut olan normları hukuk dışı kriterlere atıfta bulunmadan belirleyebiliriz. Dolayısıyla, ahlaki bir iddia olan otorite iddiasının doğruluğu veya yanlışlığı bu otoritenin direktiflerinin geçerliliğine etki etmediği sürece, bir yandan hukukun ahlaki bir “iddia” ile zorunlu olarak ilişkili olduğunu savunup, diğer yandan hukuki pozitivist olmak mümkündür.

Genel itibariyle Alexy'nin ayrılabilirlik tezi bağlamında verdiği cevapların tatmin edici olduğunu söyleyebiliriz. Elbette burada Raz ve Alexy arasındaki tartışma ayrılabilirlik tezinin doğruluğu/yanlışlığına ilişkin bir tartışma değil, sorunun doğru tespit edilip edilmediğine dair “giriş” niteliğindeki bir diyalog olarak görülmelidir¹¹³³. İkili arasındaki tartışma gözlemci-katılımcı ayrımı üzerinden devam eder.

(2) Gözlemciler ve katılımcılar hakkında

Alexy'ye göre katılımcının perspektifi “*bir hukuk sistemi içinde hukuk sistemi tarafından emredilen, yasaklanan ve izin verilenin ne olduğu... hakkında tartışmaya katılan kişi tarafından*”¹¹³⁴ benimsenen perspektiftir. Buna karşılık gözlemcinin perspektifi “*belli bir hukuk sisteminde... kararların gerçekte nasıl verildiğini soran kişi*

¹¹³³ Joseph Raz'a göre, Alexy'nin ayrılabilirlik tezini hukuki pozitivism akımına dâhil olan birçok teoriyi kapsayacak şekilde formüle edememiş olması, Alexy'nin hukuki pozitivismın iddialarını çürütmediğini göstermez. Sadece, Alexy'nin ayrılabilirlik tezi olarak algıladığı tezi çürütmeye yönelik bazı argümanların hukuki pozitivismı çürütmek için elverişli olmadığını gösterir (Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 22).

¹¹³⁴ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 25.

tarafından”¹¹³⁵ benimsenir. Raz’a göre katılımcının perspektifinin tanımında geçen “hukuk sistemi içinde” ifadesi kafa karıştırıcıdır ve çıkarılması daha doğru olur:

“Eğer Alman hukuku hakkında Almanya’daki sığınmacıların haklarına ilişkin bir İngiliz dergisine makale yazarsam hukuk sisteminin içinde mi olurum yoksa dışında mı? Eğer makalem Alman hukuku hakkında yorumlayıcı bir argümanın parçası olarak bir Alman mahkemesine sunulursa, o ana kadar hukuk sisteminin dışında yazılmış olmasına rağmen, artık içinden yazılmış hâle mi gelir?”¹¹³⁶

Benzer şekilde Raz için “tartışmaya katılma” ifadesi de kafa karıştırıcıdır:

“Eğer belli bir konuda... Alman hukukunun ne olduğu konusundaki görüşümü açıklayan bir makale yayınlarsam ya da Alman hukukunu öğrencilerime anlatırsam herhangi bir tartışmaya katılmış olmam. Ancak bir avukat da bir mahkemede beyanda bulunurken aynı hususları ileri sürüp, birebir aynı önermeleri dile getirebilir ve onun iddiasının doğruluğu ile benim iddiamın doğruluğunu belirleyen faktörler aynıdır”¹¹³⁷

Raz bu durumda tartışmaya katılan ile kendi bakış açısının niçin farklı olması gerektiğini anlayamadığını belirttikten sonra, iki bakış açısı arasında bir fark olmadığını ve katılımcının bakış açısıyla tartışmaya katılmak arasında herhangi bir ilişki olmadığını varsayacağını söyler¹¹³⁸.

Gözlemci-katılımcı ayrımına ilişkin bir başka husus gözlemcinin veya katılımcının bakış açısının belli bir tür soruya yanıt verebilmek için *benimsenmesi gereken* bakış açıları mı olduğu, yoksa yalnızca sorulan soruların içeriğine dayanan bir ayrım mı olduğudur. Alexy’nin bu iki bakış açısının metodolojik olarak farklı olduğuna dair hiçbir ipucu vermediğini düşünen Raz, bu durumda “bakış açısı”ndan kastın yalnızca sorulan soruların farklı olması anlamına geldiğini belirtir¹¹³⁹. Bir başka deyişle, hukukun belli bir konuda neyi gerektirdiğini soran kişi katılımcı iken, davaların gerçekte nasıl karara bağlandığını soran kişi gözlemci olacaktır. Raz’a göreyse sırf sorulan soruların farklı olması nedeniyle soru soran kişilerin farklı bakış açılarını benimsediğinin düşünülmesi gariptir. Eğer bu iki “bakış açısı” arasındaki tek fark

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 23.

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸ *Ibid.*

¹¹³⁹ *Ibid.*, s. 24.

sorulan soruysa, bu soruyu soran kişilerin aynı kavramlara sahip olması mümkündür
1140 .

Alexy gözlemcinin bakış açısından yapılan şu gözlemin çelişkili olduğunu ifade eder: “Bütün Alman mahkemeleri ve hukuk uygulayıcıları ona vatandaşlıktan çıkarılmış gibi davransa da Alman hukukuna göre A vatandaşlıktan çıkarılmamıştır”¹¹⁴¹. Raz bu noktada çelişkinin ifadeler ve önermeler arasındaki ilişkinin bir niteliği olabileceğini, ifade veya önermeyi dile getiren ile ifade ve önerme arasında bir çelişkiden bahsedemeyeceğimizi vurguladıktan sonra Alexy’nin söz konusu ifadenin “gözlemcinin bakış açısından” dile getirilmesinin çelişkili olduğu düşüncesini tuhaf bulur¹¹⁴². “Gözlemcinin ifadesi” olarak ele alınan ifadenin bir başka tuhaflığı da gözlemcinin bakış açısının tanımına bakacak olduğumuzda bu ifadenin gözlemcinin bakış açısı olarak nitelendirilemeyecek oluşudur. Raz, ifadenin ilk kısmının (mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcılarının eylemi) gözlemcinin bakış açısını, ikinci kısmının ise (Alman hukukunun ne olduğu) katılımcının bakış açısını yansıttığını vurgular. Bu iki ifadenin bir araya getirilmesi neticesinde hukuk uygulayıcılarının hukuku hiçe saydığı ortaya çıkar. Bu ise istenmeyen bir durum olsa da bir çelişki değildir¹¹⁴³.

Sonuç olarak, Raz’a göre, ayrılabilirlik tezinin katılımcının bakış açısından doğru olmadığı düşüncesine¹¹⁴⁴ katılımcı ve gözlemci arasındaki farktan yola çıkarak ulaşılması mümkün değildir¹¹⁴⁵. Şimdi Alexy’nin bu eleştirilere yanıtlarına göz atalım.

Alexy’ye göre gözlemci ve katılımcının sordukları soruya yanıt ararken başvuracakları metotlar açıktır. Bunlardan ilki, yalnızca hukuk sistemindeki hukuki kararların nasıl verildiğiyle ilgilendiği için, ampirik betimlemelerden yararlanacak, ikincisi ise hukuki argümantasyonun araçlarını kullanacaktır¹¹⁴⁶. Alexy ayrıca bir hukuk sisteminde “hukukun ne olduğu” sorusuna cevap olarak belli bir argüman sunan herkesin “hukuk sisteminin içinde” olacağını belirtir¹¹⁴⁷. Alexy, bir gözlemcinin

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, ss. 29-30.

¹¹⁴² Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 25.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 35.

¹¹⁴⁵ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 25.

¹¹⁴⁶ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 46.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 47.

yalnızca bir mahkemenin benimsediği uygulamaları ve kararında yer verdiği tartışmaları tasvir edebileceğini, hangi cevabın doğru olduğunu tartışmaya başladığı anda gözlemci olmaktan çıkıp, bir katılımcıya dönüşeceğini belirtir¹¹⁴⁸. Kısacası gözlemci, bir hukuk sisteminde verilen kararların eleştirisini sunamayacak, çelişen kararlarla karşılaştığında sessiz kalacak, tek yapabileceği kararların içeriği, kararı veren merci ve karar tarihi gibi hususları not etmek olan, hukuk düşüncesi ve hukuki tartışma açısından pek de önemli olmayan pasif bir karakterdir.

Alexy, Raz'ın gözlemcinin ifadesindeki çelişkiye dair eleştirilerine katılımcı ve gözlemcinin kullandığı kavramlar aynı olsaydı ve her ikisi de aynı ifadeyi dile getirebilseydi ortada bir tuhafılık olacağını belirterek cevap verir. Ancak, durum bu değildir. Gözlemcinin kullandığı “hukuk” kavramı etkililik gibi pozitivist kavramlardan müteşekkilen, katılımcının “hukuk” kavramı ahlaki doğruluğu da içerir¹¹⁴⁹.

Alexy'nin bu yanıtı birden fazla açıdan sorunludur. Her şeyden önce, iki farklı bakış açısının niçin aynı ifadeyi dile getiremeyeceği bir şekilde açıklanmış olsa dahi, Raz'ın çelişkinin ifade ve ifadeyi dile getiren arasında olamayacağına ilişkin eleştirisine bir yanıt verilmemektedir. Alexy'nin yanıtıyla ilgili daha önemli sorun şu şekilde ifade edilebilir: Madem katılımcı belli bir hukuk sisteminde hukukun ne olduğuyla, hukuk kurallarının belli bir konuda ne söylediğiyle ilgilenirken, gözlemci kararların nasıl verildiğiyle ilgileniyor, katılımcının “hukuk” kavramının ahlaki doğruluğu da içerdiği sonucuna nasıl erişiliyor? Sorunu bir de şu açıdan ifade edelim: Alexy'nin bakış açılarının kapsayıcılığı konusunda bir sorunumuz var. Nitekim gözlemci olmadığı hâlde Alexy'nin tanımına göre katılımcı da olmayan bir bakış açısından bahsetmemiz pekâlâ mümkündür. Bunun nedeni de “hukukun ne olduğu” sorusunun sorulabilmesi için mutlaka hukuk kavramını ahlaki doğruluğu da içerecek şekilde kullanmamız gerekmemesidir. Örneğin, hâkimin kararının kanunun açık lafzına aykırı olduğunu iddia ederken, hukuki bir karara hukuki temelde bir eleştiri getirmiş oluruz. Gözlemcinin bakış açısından bu eleştirinin getirilmesi, bakış açısının tanımı itibarıyla mümkün değildir. Eğer Alexy'nin belirttiği gibi katılımcının ve gözlemcinin kullandığı “hukuk” kavramı birinin ahlaki doğruluğu da içermesi nedeniyle farklıysa, bu son eleştiri pekâlâ

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 46.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 47.

hukuk kavramını ahlaki doğruluğu içermeyecek şekilde dile getiren biri tarafından da yapılabilir.

Alexy'nin katılımcı ve gözlemcinin bakış açılarına dair yaptığı açıklamaların bir başka sorunlu tarafı katılımcının bakış açısı ile hukuki pozitivizm arasında kurulan geçersiz özdeşleştirmedir. Alexy, katılımcının bakış açısından “hukuk” kavramının pozitivist bir kavram olduğunu, yani salt toplumsal etkililik ve bir otorite tarafından çıkarılma (*authoritative issuance*) kriterleriyle tanımlandığını belirtir¹¹⁵⁰. Elbette, katılımcının hukuk kavramının pozitivist bir kavram olması, kendi başına katılımcının bir pozitivist olduğu anlamına gelmez. Ancak, durum buysa, katılımcının bakış açısıyla açıklanamayan veya açıklama teşebbüsünün çelişkiyle sonuçlandığı hususların pozitivist akım tarafından da açıklanamayacağı veya açıklanma çabasının çelişkiyle sonuçlanacağı varsayılmamalıdır. Çünkü pozitivistin bir hukuk sisteminde hukukun ne olduğu konusunda eleştirel bir bakış açısına sahip olması, gözlemcinin aksine, mümkündür. Kaldı ki, pozitivist, hukukun ne olduğunun araştırılmasında gözlemciyle aynı araçları da kullanmaz. Elbette, ampirik gözlemlerin hukuk kuralının var olup olmadığı, varsa ne anlama geldiği gibi konularda pozitivizm açısından da önemi büyüktür¹¹⁵¹. Ancak, 1) pozitivist hâkimin verdiği kararın kanunlara, anayasaya veya hukuk sisteminin bir başka “gereğine” aykırı olduğu iddiasında bulunabilir. 2) Pozitivistler hukukun ne olduğu konusunda yalnızca ampirik gözlemlerden değil, Alexy'nin katılımcının bakış açısına sahip olanlar (yani hukuk kavramının içine ahlaki doğruluğu da dâhil edenler) tarafından kullanılacağını öngördüğü hukuki argümantasyon araçlarından da yararlanırlar. Dolayısıyla, gözlemcinin bakış açısının bazı hukuki olguları tespitte çelişkiye düşüyor olması, hukuki pozitivizmin de aynı çelişkiye düşeceği anlamına gelmez. Benzer biçimde, katılımcının bakış açısı geriye tek kalan bakış açısı olmadığı için, belli bir olgunun yalnızca katılımcının bakış açısıyla açıklanabiliyor olması, söz konusu olgunun pozitivistin bakış açısından “olması gereken hukuk” olmadığı eleştirisinin yapılamayacağı anlamına da gelmez.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ En nihayetinde hukuk kurallarının büyük bir kısmı bir metinle somutlaşır ve metnin kendisi ampirik bir veridir. Bu ampirik veri pozitivist anlayış açısından olduğu gibi, doğal hukukçu bir anlayış açısından da oldukça önemlidir.

Sonuç olarak Alexy'nin gözlemci-katılımcı ayrımının eleştiriye açık olduğunu ve muhtemel bakış açıları kategorilerini tüketmediğini söyleyebiliriz. Kaldı ki esas sorusu “bir hukuk sistemindeki hukukun ne olduğu” olan katılımcının “hukuk” kavramının niçin ahlaki doğruluğu içermesi gerektiği anlaşılamamaktadır. Bunun sebebinin doğruluk iddiasının her hukuk kuralı ve genelde de bir hukuk sisteminin bütünü açısından zorunlu olması olduğu düşünülebilir. Ancak bu durumda da şu sorun ortaya çıkmaktadır: Alexy zaten ayrılabilirlik tezinin yalnızca gözlemcinin bakış açısından geçerli olabileceğini göstererek, doğruluk argümanını oluşturmak, katılımcının bakış açısından ahlaki doğruluğun hukuk kavramının ayrılmaz bir parçası olduğunu göstermek ve Radbruch formülünü doğrulamak istemektedir. Bu nedenle, katılımcının bakış açısının ahlaki doğruluk anlayışını da içerdiğinin iddia edilmesi Alexy'nin argümanını döngüsel (*circular*) hâle getirmektedir. Kaldı ki, yukarıda belirttiğimiz gibi, “hukukun ne olması gerektiği” konusunda düşünmek ve tartışmak isteyen mutlaka ahlaki normlardan yola çıkmak zorunda değildir. Pragmatist bir bakış açısıyla olması gereken hukuka dair çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Bizim için belki de daha önemlisi, yine yukarıda vurguladığımız üzere, katı bir pozitivistin de hâkimin kararını eleştirerek “olması gereken hukuk” ve “olan hukuk” arasındaki ayrıma dikkat çekebilecek olmasıdır. Yanlış yorumlanan kanunlar, göz ardı edilen içtihatlar ve anayasal kaideler... Bunların hepsi hâkimin kararı veya idarenin işlemi üzerinde “olması gereken” teşkil eder ve pozitivistin bu tartışmaya katılmaması, basit bir gözlemci olarak kalması için bir sebep yoktur.

Özetlemek gerekirse Alexy'nin katılımcı-gözlemci ayrımının temel sorunları şunlardır: 1) Ayrım olası bütün kategorileri kapsamamakta, argüman yanlış dikotomi safıatasıyla (*false dichotomy fallacy*) sakatlanmaktadır¹¹⁵². 2) Pozitivizmin ve ayrılabilirlik tezinin gözlemcinin bakış açısı gibi sınırlı bir bakış açısıyla özdeşleştirilmesi doğru değildir. Çünkü pozitivistlerin de *sosyal olgulardan yola çıkarak* belirledikleri hukuk düşüncesine dayanarak “hukukun ne olması gerektiği” konusunda tartışmaya katılması mümkündür. 3) 2. eksiklik göz önünde bulundurulursa, katılımcının hukuk kavramının mutlaka ahlaki doğruluğu içerdiği söylenemez. Farklı

¹¹⁵² Yanlış dikotomi safıatası kurulan dikotominin olası bütün kategorileri kapsamaması olarak ifade edilebilir. Bkz. James Gibson, “Boilerplate’s False Dichotomy”, *Georgetown Law Journal*, C. 106, S. 2 (Ocak 2018), s. 265.

gerekçelerle de olsa, Alexy'nin gözlemci-katılımcı ayrımının ayrılabilirlik tezi-bağlantı tezi tartışması bağlamında önemli bir argüman geliştiremediği konusunda Raz'a katılıyoruz. Ancak, haksızlık etmemek amacıyla şunu belirtelim: Alexy sırf katılımcı-gözlemci ayrımına dayanarak hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezinin tamamıyla çürütülemeyeceğinin farkındadır¹¹⁵³. Yine de, Alexy bir pozitivistin ayrılabilirlik tezinin hâlâ doğru olduğunu nasıl iddia edebileceğini detaylı biçimde açıklamamıştır. Burada söylediklerimizin bir açıklama teşebbüsü olarak kabul edilmesini temenni ederiz.

(3) Doğruluk iddiası hakkında

Raz'ın doğruluk tezi (iddiası) hakkındaki temel sorunu bütün bilinçli (*intentional*) eylemlerin Alexy'nin hukuka atfettiği biçimde bir doğruluk iddiası içermesidir. Bir başka deyişle “...her söz edimi kendini bir şey eylermiş gibi sunar: Şeylerin olduğu hâlini dile getirmek, bir soru sormak, iyi niyet ifade etmek, söz vermek, tavsiye vermek. Böyle bir eylem kendini bu şekilde sunmakla, mevcut şartlar altında... doğru olduğunu iddia eder”¹¹⁵⁴. Yani, her söz edimi olması gerektiği gibi olduğu iddiasındadır. Bu iddianın doğruluğu veya yanlışlığı başka bir meseledir.

Raz'a göre söz edimleri açısından geçerli olan bu tez, daha genel biçimde bütün bilinçli eylemlere de uygulanabilir. Bilinçli bir eylem sergileyen kişi, eğer bu eylemi hatalıysa ve buna ikna edilirse, davrandığı şekilde davranmanın irrasyonel olduğunu kabul etmelidir¹¹⁵⁵. Hukuk bir eylem olmasa bile, bilinçli bir eylemle yaratılır. Ancak, eylemin niteliklerini, eylemin sonucunun niteliği olarak kabul etmek oldukça yaygındır¹¹⁵⁶. Örneğin, sandalyenin masanın yanında olduğunu söylediğimizde, yalnızca masanın sandalyenin yanında olduğunu söylemenin değil, aynı zamanda masanın sandalyenin yanında olduğunun da doğru olduğunu düşünürüz.

Raz bu şekilde algıladığı doğruluk teziyle ilgili iki temel sorunu olduğunu ifade eder. Bunlardan ilkinе göre doğruluk tezi doğrudur. Ancak bu doğruluk o kadar genel

¹¹⁵³ Bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 39.

¹¹⁵⁴ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, op. cit., s. 26.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

bir doğruluktur ki bütün bilinçli hareketler ve hareketlerin ürünleri/sonuçları için geçerli olup, hukuk açısından özel hiçbir şey söylememektedir¹¹⁵⁷. Alexy'nin haydutlarını¹¹⁵⁸ örnek veren Raz, haydutlar ne kadar bencil ve intikamcı davranıyor olursa olsun, onların eylemlerinin de belli bir kritere göre uygun ve doğru olduğunun iddia edildiğini düşünür¹¹⁵⁹. Örneğin, güçlünün zayıf üzerinde her türlü baskı ve zoru kullanması haksız, haydutların eylemlerinde de bir doğruluk iddiası bulunabilir. Bir başka deyişle, doğruluk iddiasında söz konusu olan iddianın doğruluğu değil, eylemin veya sonucunun doğru olduğuna dair bir iddianın bulunmasıdır. Kısacası, Raz'ın doğruluk iddiası yorumunda, Alexy'nin anlamsız veya talancı düzende doğruluk iddiasının mevcut olmadığına dair tespiti doğru değildir.

Raz'ın doğruluk tezine ilişkin ikinci sorunu ise Alexy'nin doğruluk iddiasının aynı zamanda, bu iddiayla özdeşleştirilemese bile, hukukun ahlaken doğru olduğu yönünde bir iddia içerdiğini düşünmesidir¹¹⁶⁰. Görüldüğü gibi, Raz genel bir “doğruluktan” ve “uygunluktan” (*appropriateness*) bahsetmektedir. Alexy ise doğruluk tezini hukuk özelinde ahlaki doğruluk olarak anlamaktadır. Şöyle düşünülebilir: Raz'ın anlamsız veya talancı düzen özelinde getirdiği eleştiri yerinde değildir. Nitekim haydutlar eylemlerini bir tür “uygunluk” veya pragmatik açıdan olması gerekene dayandırıyor olabilirler. Ancak, eylemlerinde ahlaki doğruluk iddia etmesi zorunlu değildir. Rüşvet alan bir memurun “bakacak bir ailem var” açıklamasını ele alalım. Bu memur yaptığının ahlaken doğru olduğunu iddia etmekte midir? Sanmıyoruz. Büyük olasılıkla eylemin pragmatik açıdan doğru olduğu, rüşvet ile sağlanan menfaatin aksi yöndeki ahlaki sebepleri saf dışı bıraktığı iddia edilmektedir. Yani eylem “bir anlamda doğru”dur.

Bu değerlendirmenin Alexy'nin elini güçlendirdiği, Raz'ın itirazının Alexy'nin tezini anlamsız kılmadığı ve bu tezin hâlâ hukuka özgü bir şeyler söyleyebildiği düşünülebilir. Ancak, bu durumda da hukukun niçin pragmatik veya yararcı doğrulukla değil de ahlaki doğrulukla özdeşleştirildiğinin açıklanması gerekir.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 27.

¹¹⁵⁸ Hatırlanacağı üzere Alexy anlamsız veya talancı düzende haydutların eylemlerinde bir doğruluk iddiası olmadığını vurgulamaktaydı. Bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, ss. 32-33.

¹¹⁵⁹ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 27.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

Son olarak Raz'ın her bilinçli eylemin “doğruluk iddiası” içerdiği yönündeki, Alexy tarafından da paylaşılan¹¹⁶¹ görüşüne ilişkin kısa bir açıklama yapalım. Bir ihtimal şöyle düşünülebilir: Öyle bilinçli eylemler olabilir ki özne eyleminin ne ahlaki ne de diğer normatif standartlara göre doğru olmadığının bilincinde olarak eylemi gerçekleştirir. Çocukluğundan bu yana fazla kilolu olan, orta yaşlarından itibaren kalp-damar rahatsızlığı bulunan Orhan evinden işine giderken otobüs durağındaki oturaklara bırakılmış ve hâlâ sıcak bir hamburger görür. Aniden çok güçlü bir “hamburger yeme” arzusu baş gösterir. Hamburger hâlâ sıcaktır ve olasılıkla sahibi yakında onu bıraktığı yerden alacaktır. Orhan hamburgeri alıp yemesinin ahlaken doğru olmayacağını, aynı zamanda bu eylemin sağlığı için de zararlı olduğunun ve deneyimlediği ani ve şiddetli arzunun rasyonel olmadığının farkındadır. Ancak, arzusuna teslim olur ve hamburgeri yer. Burada Orhan'ın eylemi bir anlamda bilinçli/kastidir. Sonuçta alma ve yeme eylemlerini beyninin komutuna uyan kasları sayesinde gerçekleştirmektedir. Bir başka deyimle eylem ceza hukuku terimleriyle kasıtlı bir fiil olarak yorumlanacaktır. Ancak, bu eylem bütün rasyonel kaidelere rağmen gerçekleştirildiği için ortada pratik normativite anlamında “bilinçli” bir eylemden söz etmek mümkün olmaz. Orhan bir nevi dürtüleriyle hareket etmektedir. Aklıyla değil. Bu nedenle bu gibi durumlar ahlak felsefesinde *akrasia* veya irade zayıflığı olarak nitelendirilir¹¹⁶². Dolayısıyla bu tür durumlar, iki düşünür tarafından da benimsenen bilinçli eylemin doğruluk iddiası içerdiği düşüncesinin aksini ispatlayamaz.

Raz eleştirisinin ilerleyen aşamalarında doğruluk iddiasına geri dönecek. Dolayısıyla, burada söylediklerimizi giriş bağlamında bir tartışma olarak ele alıp, Alexy'nin bu ilk eleştirilere verdiği yanıtları inceleyelim.

Alexy her bilinçli eylemin doğruluk iddiası içerdiği konusunda Raz ile hemfikirdir. Ancak, ona göre, bütün bilinçli eylemlerde mevcut olan doğruluk iddiası ile hukuka ilişkin doğruluk iddiası birbirinden farklıdır¹¹⁶³. Buna göre, Raz'ın değindiği ve haydutların eyleminde mevcut olan doğruluk iddiası “*haydutların faaliyetlerinden*

¹¹⁶¹ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 49.

¹¹⁶² *Akrasia* veya irade zayıflığı için bkz. Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, *op. cit.*, ss. 14-18; John Gardner ve Timothy Macklem, “Reasons”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 453.

¹¹⁶³ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 49.

*etkilenen herkes tarafından kabul edildiğini iddia...*¹¹⁶⁴ etmez. Yalnızca haydutlar tarafından kabul edilmeyi iddia eder. Hukukun doğruluk iddiası ise herkese yönelmiş bir iddiadır. Alexy'ye göre nesnellik hukukun temel özelliklerinden biridir ve bu özellik haydutların durumunda olduğu gibi diğer bazı bilinçli eylemlerin öznellik niteliğiyle bağdaşmaz¹¹⁶⁵.

Alexy'nin diğer açıklamalarına geçmeden yukarıdaki iddiayı değerlendirelim. Haydutun doğruluk iddiası ne açıdan öznelidir? Alexy'ye göre, bu özneliğin nedeni başkaları tarafından kabul edilmesinin gerektiğini iddia etmemesidir. Peki ama Alexy bu sonuca nasıl ulaşmıştır? Tamamen pragmatik nedenlerle eylemini meşrulaştırmaya çalışan¹¹⁶⁶ birisi nedenlerinin başkaları tarafından kabul edilmesini talep etmez mi? Başkaları tarafından kabul edilmesini talep etmek zaten “doğruluk iddiası”nın kendisinden kaynaklanmaz mı? Başkalarının doğru bir biçimde “yanlış” olduğunu iddia edebileceği bir doğruluk iddiasında bulunmak niçin mümkün olmasın? Haydutun iddiası hangi sebeplerle olursa olsun aynı durumdaki bir kişinin o şekilde davranmasının gerektiği yönündedir. Bu anlamda, hukukun ahlaki meşruiyet iddiası nasıl diğerleri tarafından kabul edilmeyi talep ediyorsa, haydutun iddiası da diğerleri tarafından kabul edilmeyi talep eder. Elbette, iddianın doğruluğu veya yanlışlığı kimsenin kabulüne bağlı değildir. Bu durum hem hukukun hem de haydutun doğruluk iddiası için geçerlidir. Dolayısıyla, hukukun nesnellik niteliği üzerinden haydutun ve hukukun doğruluk iddiasını ayırıştırma çabası başarısız olmaktadır.

Bu konuda şu değerlendirmeye de yer verilebilir: Bir eylemin doğru olduğu iddiasının dayandığı sebeplerin özneliği, bir başka deyişle belli kişiler açısından geçerli olması, iddianın kendisinin de öznel olduğu ve başkaları tarafından kabul edilmeyi iddia etmediği anlamına gelmez. Nitekim aynı öznellik ahlaki doğruluk iddiaları açısından da söz konusu olabilir ve ahlaki yargılar evrensel olma iddiasındadır. Ahlaki eylem sebeplerinin de öznel olabilmesinin nedeni belli ahlaki normların yalnızca belli durumda bulunan kişilere uygulanabilir olmasıdır. Örneğin, “otobüste yaşlılara yer verin” normunu ahlaki bir norm olarak ele alırsak, bu norm belli bir anda otobüsün içinde

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ Yanlış anlaşılmayı engellemek için belirtelim ki burada haydutların eylemlerinin herhangi bir yararcı veya pragmatik bakış açısıyla meşrulaştırılabileceğini iddia etmiyoruz. Hatırlanacağı üzere doğruluk iddiası ayrı, iddianın doğruluğu ayrı hususlardır.

“oturmakta” olan yolcular için eylem sebebi teşkil etmekte, ayakta seyahat eden yolcular açısından eylem sebebi teşkil etmemektedir. Ancak, yaşlıya yer veren bir kimsenin “bu eylemde bulundum çünkü otobüste yaşlılara yer vermek ahlaken doğrudur” şeklindeki iddiası, aynı durumda bulunan kişiler için aynı eylemin doğru olacağının iddia edildiği anlamına gelir. Görüldüğü gibi, sebeplerin öznelliği, yani belli muhataplara uygulanabilir olması, o sebeplere dayanan doğruluk iddiasının da öznel olduğu anlamına gelmez.

Alexy açıklamalarının devamında, hukukun doğruluk iddiasında bulunmasının doğrudan ahlaki doğruluk iddiasında bulunmak anlamına gelmediğini, ancak hukukun “açık alanlarında” verilecek olan kararların keyfi olmaması için diğer normatif standartlara dayanması gerektiğini vurgular¹¹⁶⁷. Hukuk kurallarının sıklıkla dağıtım ve denge (*distribution and balance*) ile ilgili sorunlara dair olduğunu ve bu sorunların da en nihayetinde adalet ve ahlakla ilgili olduğunu belirtir. Alexy’ye göre, bu açıklamalar Raz’ın hukukun doğruluk iddiasının niçin ahlaki doğruluk iddiası olması gerektiği yönündeki sorusuna yanıt verebileceğini düşünür¹¹⁶⁸.

Biz Alexy’nin hukukun “açık alanı” hakkındaki düşüncelerine ilişkin itirazlarımızı ilgili kısımda sunduk. Bunları burada tekrarlamayacağız. Ancak, yine de Alexy’nin açıklamalarıyla ilgili bazı gözlemlerde bulunabiliriz. Her şeyden önce, eğer bir karar verilecekse ve bu kararın pozitif hukuk standartlarına göre verilmesi mümkün değilse, başkaca normatif standartlara göre karar vermenin kararın keyfiliğini önleyeceği görüşüne katılmak mümkündür. Elbette bu, söz konusu normatif alanın nasıl seçildiği konusunda bir keyfiliğin mevcut olmaması şartıyla geçerlidir. Alexy, hukuki kararların sıklıkla adalet ve ahlaka ilişkin sorunları konu aldığını vurgular. Ancak, buradaki “sıklıkla” ifadesi hukukun açık alanlarında verilecek olan kararların ahlak dışı normatif alanlara da ilişkin olabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Buna göre örneğin, hukuki kararlar sıklıkla bir toplum açısından veya davanın tarafları bakımından neyin “yararlı” olacağı konusuna da ilişkindir. Bu bağlamda sağduyu kaynaklı bir doğruluk da pekâlâ hukukun doğruluk iddiasının bürünebileceği şekillerden biri olabilir.

¹¹⁶⁷ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 50.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

(4) Adalet (adaletsizlik) argümanı hakkında¹¹⁶⁹

Raz'ın en detaylı ve anlaşılması zor eleştirilerinden biri Alexy'nin adalet argümanı hakkındadır. Burada bu eleştirinin ana hatlarını elimizden geldiğince sadeleştirerek sunmak ve tartışmak niyetindeyiz. Raz, Alexy'ye göre 11. Kararnameyi geçersiz kılmak lehinde hukuki sebeplerin bulunmasının hukuk kavramının ahlaki unsurlar içerdiğini gösterdiğini belirtir¹¹⁷⁰. Ancak, Raz'a göre, 11. Kararname üzerinden yürütülen tartışmadaki hiçbir husus hukukun zorunlu olarak ahlaki unsurlar içerdiğini göstermez. Göstermekte muvaffak olunan tek husus hukuk sisteminin adalete aşırı aykırı bir normu geçersiz kılmayı gerektiren bir unsur içerdiğidir¹¹⁷¹. Bir başka deyişle, eğer Alman mahkemeleri adalete aşırı aykırı bir kararnameyi, bu aykırılık nedeniyle geçersiz kılmışsa ve bu karar hukuki sebeplere dayanan, hukuka uygun bir kararsa, bunun nedeni hukuk sisteminde adalete aşırı aykırı normların geçersiz kılınması yönünde mahkemeleri yetkilendiren bir normun bulunmasıdır¹¹⁷². Raz, şu hâliyle Alman mahkemesinin kararının pekâlâ Alexy tarafından gözlemcinin perspektifine özgülünen ve adalete aykırı normdan sapan “hâkim yaratımı hukuk” anlayışıyla¹¹⁷³ da açıklanabileceğini düşünür¹¹⁷⁴. Mahkemenin önündeki olaya uygulayabileceği ve çelişen iki hukuk normu bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi 11. Kararname, diğeri ise adalete aşırı aykırı normların geçersiz kılınması yönünde mahkemeleri yetkilendiren hukuk normudur. Raz, bu durumun mahkemelerin bazen hukuk kuralları nezdinde, bazense bunlardan bağımsız olarak hukuku değiştirmek yetkisine sahip olduğunu kabul eden herhangi bir teori açısından herhangi bir zorluk yaratmadığını ileri sürer¹¹⁷⁵. Alexy, Alman hukukunda hâkimlere adalete aşırı aykırı normları geçersiz kılma yetkisi veren bir norm olduğunu göstermiş olabilir, ancak hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezinin çürütebilmesi için bütün hukuk sistemlerinin zorunlu olarak bu içerikte bir norm

¹¹⁶⁹ Alexy bu kapsamdaki argümanını “adaletsizlik argümanı” olarak adlandırmış, ancak Raz cevabında “adalet argümanı” ifadesini kullanmıştır. Biz de Raz'ın eleştirilerini sunarken adalet argümanından, Alexy'nin cevabını incelerken adaletsizlik argümanından bahsedeceğiz.

¹¹⁷⁰ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 29.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, ss. 29-30.

¹¹⁷² Bkz. *ibid.*, s. 30.

¹¹⁷³ Bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 41.

¹¹⁷⁴ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 30.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

içerdiğinin gösterilmesi gerekir. Bu gösterilmelidir ki, hâkimin söz konusu normu geçersiz kılan işlemi hukuk ihlali olarak görülemesin¹¹⁷⁶.

Andrei Marmor ile bir iletişimine dayanan Raz, tespitlerinin doğruluğundan şüphe duyduğunu da ifade ederek, Alexy'nin kitabında aşağıdaki adımlardan oluşan bir argümantasyon olduğunu, düşünür¹¹⁷⁷:

- 1) Hukuk zorunlu olarak ahlaken doğru olduğunu iddia eder.
- 2) Katılımcının bakış açısından, bu ahlaki doğruluk iddiası bir yandan hukuka uyma sebebi oluştururken, yargıçlar açısından hukuku uygulama sebebi teşkil eder.
- 3) Adalet aşırı aykırı bir hukuk kuralı ahlaken doğru olmayacağından, yargıçlar hukuku adalet aşırı aykırı kuralların geçersiz kılınacağı bir biçimde yorumlamalıdır.
- 4) Bu nedenle de yargıçlar açısından adalet aşırı aykırı hukuk hukuk değildir.

Raz, ilk tez veya ona yakın bir tezin doğru olduğunu ifade eder. Neticede kendisi de buna benzer bir iddiayı hukukun otorite iddiası kapsamında dile getirmiştir¹¹⁷⁸. Bununla birlikte, ikinci önerme Raz'a göre sorunludur. Nitekim yargıçlar ve diğer hukuk uygulayıcıları hukuka “ahlaki doğruluk iddiasında bulunduğu” için değil, ahlaken meşru olduğunu düşündükleri için uyarlar¹¹⁷⁹. Bununla birlikte, bu durum yargıçların ve diğer hukuk uygulayıcılarının hukukun meşru olmadığını düşündükleri yerde onu ihmal edebileceklerini veya geçersiz kılabileceklerini göstermez. Nitekim hukuku uygulamamaktan kaynaklanacak olan kötülük, hukuku uygulamaktan kaynaklanacak olan kötülükten büyük olabilir¹¹⁸⁰. Ancak, bir otoritenin meşru yetkilerinin dışında kalan ve hukuka uymanın doğru olmayacağı bir alan belirleyebilirsek bile, sırf bu gözlemlerden dolayı hukukun mutlaka adalet aşırı aykırı bir hukuk kuralının geçersiz olduğu sonucuna ulaşamayız¹¹⁸¹. Bunun için hukukun hiçbir zaman bu ölçüde adaletsiz olamayacağına dair ek bir önermeye ihtiyacımız olur. Gösterilmeye

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, s. 31.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, ss. 31-32.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, s. 32.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ *Ibid.*

çalışılan zaten ihtiyaç duyulan önerme olduğunda ise argümanlar döngüselleşmektedir¹¹⁸².

Alexy'nin Raz'a cevabı Alman mahkemesinin adalete aşırı aykırı bulduğu 11. Kararnameyi iptal etmesine neden olan sebeplerin kaynağına ilişkindir. Yukarıda değindiğimiz gibi, Raz bir nevi bu sebepleri hukuk sistemine dâhil olan ve toplumsal olgulara atıflarla belirlenebilen kurallar olarak yorumlamaktadır. Alexy ise söz konusu sebeplerin otoritatif olmadığına, yani bu kuralın hukuk sisteminde norm yaratmakla yetkili herhangi bir organ ya da kişi tarafından ihdas edilmediğine ve bu sebeplerin “hukukun ne olduğu” sorusunun cevabını etkileyeceğine vurgu yapar¹¹⁸³. Bir başka deyimle, eğer hukuk dışı, ahlaki sebeplerle bir hukuk normunun geçerliliği etkilenebiliyorsa, hukuk kavramının ahlaki birtakım unsurları zorunlu olarak içerdiği “analitik bir gerçek”¹¹⁸⁴ olarak kabul edilmelidir.

Raz'ın adaletsizlik argümanının doğruluğu lehine sunulan gerekçeleri ikna edici bulmaması (hatta belki de ortada bir gerekçe bulamaması) üzerine Alexy argümanı yeniden açıklar. Buna göre argümanın teorik ve normatif olmak üzere iki kısmı bulunmaktadır. Teorik kısım hukukun doğruluk iddiasının hem kurumsal/otoritatif hem de ideal ya da eleştirel bir boyutu bulunduğunu öne sürer. Bundan dolayı hukukun doğası da çifte karakterlidir¹¹⁸⁵. Doğruluk iddiasının kurumsal boyutu hukuki belirlilik değeriyle ilişkilirken, ideal boyutu adalet değeriyle ilişkilidir. Alexy'ye göre bu da olması gereken hukukun ne olduğunu söylemeden olan hukukunun ne olduğunun söylenemeyeceği anlamına gelir¹¹⁸⁶.

Alexy'ye göre eğer bu tablo doğruysa, 11. Kararname gibi bir normla karşılaşan bir mahkeme hukukun zorunlu unsuru olan adalet unsuru ile hukuki belirlilik arasında bir tartma işlemi gerçekleştirmek zorundadır. Adalet unsuru söz konusu kararnameye uyulmaması gerektiğini ifade ederken, hukuki belirlilik uygulanması gerektiğini belirtir¹¹⁸⁷. Alexy'ye göre, adalet unsurunun açık bir biçimde hukuki belirlilik unsuruna

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, op. cit., s. 51.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, s. 52.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, s. 53.

ağır basmadığı durumlarda hukuki belirlilik ilkesine riayet edilmelidir. Hukuki belirlilik ilkesinin daha ağır basmasının nedeni otoritatifliğin (*authoritativeness*) ahlaki değeri ve meşruiyetidir¹¹⁸⁸.

Raz'ın eleştirisinden anladığımız kısaca şu şekilde özetlenebilir: Eğer 11. Kararnameyi iptal eden mahkemenin kararı hukuken doğru bir kararsa, hukuk sisteminde mahkemeyi bu yönde yetkilendiren bir norm bulunması gerekir. Bu yetkilendirmenin ahlaki şartlar içermesi mühim değildir, nitekim neticede yetkilendirmeyi yapan bir hukuk kuralıdır. Aksi hâlde, yani bir hukuk normunun mahkemeyi adaleti aşırı aykırı normları geçersiz kılmak yönünde yetkilendirmediği durumlarda, mahkemenin kararı (her ne kadar bağlayıcı olsa da) hukukun yanlış bir yorumu olarak nitelendirilebilir, hem de hiçbir hukuk dışı ya da ahlaki bir kritere başvurmadan. Alexy'nin iddiasındaki sorun, mahkemenin herhangi bir pozitif normunun yetkilendirmesi olmadan da kararnameyi geçersiz kılabileceğini göstermek için, adalet unsurunun hukuk kavramına dâhil olduğunu ve bütün hukuk sistemlerinde hâkimlerin adaletle aşırı düzeyde aykırı olan hukuk normlarını geçersiz kılma yetkisinin zorunlu olarak var olduğunu göstermenin gerekmesidir. Ancak, adalet unsurunun hukuk kavramına dâhil olduğu iddiası zaten örneğin doğruluğunu göstermeye çalıştığı iddiadır.

(5) *İlkeler argümanı hakkında*

Raz Alexy'nin gelişmiş bütün hukuk sistemlerinin zorunlu olarak ilkelere yer vermesi gerektiği düşüncesini makul bir düşünce olarak görür¹¹⁸⁹. Alexy'ye göre, tartışmalı, önceden belirlenen otoritatif kurallara göre çözümlenemeyecek davaların ortaya çıktığı bütün hukuk sistemlerinde, söz konusu tartışmalı davanın belli bir denge gözeterek ve dolayısıyla da ilkeleri dikkate alarak karara bağlanması hukuken zorunludur¹¹⁹⁰. Raz'ın Alexy'nin ilkeler argümanında bulduğu basit ve kanımızca argüman açısından ölümcül sorun şu şekilde ifade edilebilir: Zor davalarda veya hukukun “açık alanlarında” hâkimlerin karar verirken otoritatif nitelik taşımayan ilkelere dayanarak karar vermek zorunda olması, bu ilkelerin hukuk sisteminin bir

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 34.

¹¹⁹⁰ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 74.

parçası hâline geldiği anlamına gelmez¹¹⁹¹. Nitekim yabancılık unsuru taşıyan davalarda belli bir hukuk sisteminin hâkiminin yabancı ülke hukukunu dikkate alarak, bu ülkenin hukukunu olaya uygulayarak çözdüğü durumlar da mevcuttur. Ancak, hiçbir zaman Alman hukukunun İngiliz hukukunun bir parçası olduğunu, Türk hukukunun İran hukukunun bir parçası olduğunu düşünmeyiz¹¹⁹². O hâlde niçin belli durumlarda uygulanması gereken ilkelerin hukuk sisteminin bir parçası hâline geldiğini düşünelim?

Alexy'nin cevabına göre bu noktada mühim olan ilkelerin uygulanmasının “hukuken” zorunlu olmasından ne anlaşıldığıdır. Yabancı ülke hukukunun uygulanmasını gerekli kılan “hukuk” kavramı “pozitif hukuk”tur¹¹⁹³. İlkeler açısından söz konusu olan “hukukun gereği” ise hukukun doğasının gereğidir. Alexy'ye göre ahlaki ilkeler, hukukun doğası gereği, hukuk sistemine dâhil edilmiştir (*incorporated*)¹¹⁹⁴.

Peki ama, zaten ilkeler argümanının göstermeye çalıştığı husus ahlaki ilkelerin gelişmiş hukuk sistemlerinin bir parçası olduğunu göstermek ve dolayısıyla ayrılabilirlik tezinin yanlış olduğunu göstermek değil miydi? Alexy açık bir şekilde doğruluk argümanı, adaletsizlik argümanı ve ilkeler argümanının ayrılabilirlik tezinin yanlış, bağlantı tezinin doğru olduğunu göstermeyi amaçladığını belirtir¹¹⁹⁵. Hukukun iddia edildiği gibi zorunlu olarak ahlaki bir yapısının bulunmadığını iddia eden pozitivizme karşı ahlaki ilkelerin hukukun doğası itibariyle hukuk sistemine dâhil olduğunun iddia edilmesi bize etkisiz ve ikna edici olmaktan uzak bir gerekçe gibi geliyor. Dolayısıyla, kanımızca ilkeler argümanı lehine geliştirilen tezlere yönelik eleştirilerimiz ve Raz'ın eleştirileri doğrultusunda ahlaki ilkelerin zorunlu olarak hukuk sistemlerine dâhil edildiği düşüncesinin hatalı olduğu sonucuna varılmalıdır.

¹¹⁹¹ Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 34.

¹¹⁹² *Ibid.*, ss. 34-35.

¹¹⁹³ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 55.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 35.

b. Bulygin-Alexy Tartışması

Bu kısımda Arjantinli hukuk felsefecisi Eugenio Bulygin ve Robert Alexy arasındaki tartışmaya değinip, bu tartışmadan sonuçlar çıkarmaya çalışacağız. Bulygin'in eleştirisi iki başlıkta toplanmaktadır. Bunlardan ilki doğruluk iddiasına, ikincisi ise bu iddia ile hukuk kavramı arasındaki tanımlayıcı ve niteleyici (*defining and qualifying*) ilişkiye dairdir.

(1) Doğruluk iddiası: Bulygin'in eleştirileri ve Alexy'nin yanıtları

Hatırlanacağı üzere Alexy “A devleti adaletsiz bir cumhuriyettir” şeklindeki bir anayasal kuralı edimsel çelişki olarak yorumlar¹¹⁹⁶. Bulygin'e göre edimsel çelişki düşüncesi belirsizlikler içermektedir. Edimsel çelişkide söz konusu olanın mantıksal bir çelişki olmadığını, çünkü eylemler arasındaki ilişkilerde çelişkinin söz konusu olamayacağını düşünür. Ona göre, edimsel çelişki olsa olsa norm yaratma ve doğruluk iddiasında bulunmama eylemleri arasında pragmatik bir uyumsuzluk olduğunu ifade edebilir¹¹⁹⁷. Bulygin'e göre Alexy'nin örneği hukuki bir otoritenin hukuk normu yarattığı her duruma genelleştirilebilir. Bu durumda, herhangi bir otorite bir hukuk normu yaratırken zorunlu olarak doğruluk veya adalet iddiasında bulunmalıdır¹¹⁹⁸. Bulygin bu noktada “A adil bir cumhuriyettir” şeklindeki bir normun da kavramsal bir başka hata olan edimsel artıklık (*performative redundancy*) teşkil edeceğini düşünür¹¹⁹⁹. Madem hukuk normunun ihdasında zorunlu olarak doğruluk veya adalet iddiası bulunur, bu iddianın normun içeriğinde tekrar edilmesine lüzum yoktur.

Bulygin bütün hukuki otoritelerin ihdas ettikleri normların ahlaken doğru veya adil olduğunu iddia ettiğinden emin olmadığını söyleyerek devam eder. Ona göre, Caligula ve Nero gibi imparatorların döneminde de Roma'da bir hukuk sistemi olduğu aşikârdır. Bununla birlikte, bütün hukuki otoritelerin ihdas ettikleri normların ahlaken doğru veya adil olduğunu iddia etmesi zorunlu olsa dahi, bu otoritelerin ahlaken doğru

¹¹⁹⁶ Bkz. *ibid.*, ss. 37-38.

¹¹⁹⁷ Eugenio Bulygin, “Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, C. 13, S. 2 (Haziran 2000), s. 134.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

ve adilden anladıkları farklı olacaktır¹²⁰⁰. Bir anlamda, İlk Çağ, Orta Çağ ve Yeni Çağ'da farklı hatta birbiriyle uzlaşmaz adalet anlayışlarına rastlamak mümkündür¹²⁰¹. Farklı adalet anlayışlarına aynı dönemin farklı hukuk sistemlerinde rastlamak da aynı derecede olasıdır. Örneğin, liberal demokrat, teokratik veya sosyalist rejimlerin adalet anlayışlarının aynı olduğunu söyleyemeyiz. Bulygin'e göre Alexy'nin doğruluk iddiası herhangi bir adalet veya ahlak anlayışına değil, evrensel ve tek olan anlayışa atıfta bulunur. Bu nedenle de Alexy'nin omuzlarındaki yük ağırdır: Bir yandan evrensel ve tek bir ahlakın bulunduğunu, diğer yandan da bu ahlakın bütün norm koyucular tarafından benimsendiğini göstermelidir¹²⁰².

Alexy “*On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*” başlıklı makalesinde doğruluk iddiasına yönelik eleştirilere cevap verir. Alexy Bulygin'in edimsel çelişkinin klasik anlamda bir çelişki olmadığı yönündeki düşüncesine verdiği yanıt oldukça detaylıdır. Burada öncelikle bu yanıtın bir özetini sunmak niyetindeyiz.

Alexy'ye göre Bulygin edimsel çelişkinin klasik anlamda bir çelişki olmadığını, edimsel çelişkinin olsa olsa iki eylem arasındaki pragmatik bir uyumsuzluk (*pragmatic incompatibility*) olduğunu düşünmekte hatalıdır. Bunun nedeni doğruluk iddiasında bulunan kişinin bu iddia ile üç farklı önerme dile getiriyor olmasıdır. Buna göre “x” iddiasında bulunan kişi bu iddiayı dile getirerek: 1) x'in (ahlaken) doğru olduğunu iddia eder, 2) x'in temellendirilebilir olduğunu garanti eder ve 3) başkalarının x'i kabul edeceğini tahmin eder¹²⁰³. Bu durumda, anayasal bir norm ihdas etmek suretiyle zorunlu olarak bu normun doğru olduğunu iddia eden kişi normun ahlaken doğru (adil) olduğunu iddia etmektedir¹²⁰⁴. Normun içeriğinin “Bu devlet adaletsiz bir cumhuriyettir” olması durumunda ise normun içeriğinin ahlaken doğru olduğu iddia edilemeyeceğine göre, iddiada bulunanın kendisiyle çelişkiye düştüğünü

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ Bkz. Kemal Gözler, “Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakar Düşünce*, Yıl: 3, S. 15 (Kış 2008), ss. 79-82. Ayrıca bkz. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, *op. cit.*, s. 34.

¹²⁰² Bulygin, “Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *op. cit.*, s. 134.

¹²⁰³ Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique”, *op. cit.*, s. 140.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

söyleyebiliriz¹²⁰⁵. Kanımızca Alexy'nin açıklamaları doğruluk iddiasında bulunması kavramsal bir zorunluluk olan anayasa koyucunun “Bu devlet adaletsiz bir cumhuriyettir” şeklinde bir anayasal norm ihdas etmesinin niçin klasik anlamda bir çelişki olarak anlaşılabileceğini göstermekte başarılıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi buradaki klasik çelişkiyi semantik edimsel çelişki olarak yorumlamak mümkündür. Buradaki çelişki mantıksal çelişki olup, normu koyanın ileri sürdüğü bir önerme ile (doğruluk iddiası) normun ifade ettiği önerme arasında konumlandırılabilir.

Alexy bir sonraki adımda Bulygin'in “Bu devlet adil bir cumhuriyettir” şeklindeki ifadenin de kavramsal bir hata olacağı, nitekim doğruluk iddiasının dile getirdiği bir hususun tekrar dile getirilmesiyle artıklık (*redundancy*) yaratıldığı iddiasını ele alır. Burada bir artıklık olacağını kabul eden Alexy, “Bu devlet adaletsiz bir cumhuriyettir” ve “Bu devlet adil bir cumhuriyettir” normlarından kaynaklanan kavramsal sorunların farklı mahiyette olduğuna dikkat çeker¹²⁰⁶. Buna göre, ilk durumdaki hata temel bir hatadır. Alexy bu noktada kimin yasama, yürütme ve yargı erklerine sahip olduğunu belirlemeyen bir anayasayı örnek verir. Bu durumda ortada bir anayasa olup olmadığı sorgulanabilir¹²⁰⁷. İkinci hata ise bir sakarlık ürünü olup, bir parlamentoyu yalnızca iki hususta yetkilendiren bir anayasaya benzetilebilir. Bu bağlamda, ilk hata hukukun doğasına aykırı iken, ikincisi hukuku yalnızca daha zarafetsiz kılar¹²⁰⁸.

Yukarıda gördüğümüz gibi, Bulygin bütün hukuki otoritelerin işlemlerinin ahlaken doğru olduğunu iddia etmediğini düşünür. Alexy, bu iddianın doğru olabileceğini, ancak buradaki doğruluk iddiasını doğru konumlandırmamız gerektiğini vurgular. Ona göre, iki tür doğruluk iddiasından bahsetmek mümkündür: 1) öznel veya kişisel doğruluk iddiası, 2) nesnel veya resmî doğruluk iddiası¹²⁰⁹. Alexy'ye göre, hukuk normunu yaratanlar öznel veya kişisel olarak doğruluk iddiasında bulunmasalar dahi, hukuk yaratırken hukuki otoriteye dayandıkları ve nesnel doğruluk iddiası bu kişilerin hukuk sisteminde işgal ettikleri rolle bağlantılı olduğu için, nesnel veya resmî

¹²⁰⁵ *Ibid.*, ss. 140-141.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, s. 141.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ *Ibid.*, s. 142.

anlamda doğruluk iddiasında bulunduklarını düşünmek mümkündür¹²¹⁰. Özne ve nesnel doğruluk iddiaları arasındaki ayrıma ileride MacCormick'in hukukun iddia etme kapasitesine dayanan eleştirileri kapsamında geri döneceğiz. Ancak, burada kısa bir açıklama yaparak özne ve nesnel doğruluk iddiası arasındaki ayrımın niçin anlamsız olabileceğine işaret edelim.

Alexy'nin bu yanıtında özne ve nesnel doğruluk iddiası arasındaki ayrıma anlam vermek zordur. Aşağıda ele alacağımız gibi, hukuk kurallarının herhangi bir iddiada bulunması mümkün değildir. Bu iddiaların hukuk kuralları veya hukuk sisteminin bütünü adına hukuk yetkililerince dile getirilmesi gerekir¹²¹¹. Bir kez bunu kabul ettiğimizde doğruluk iddiası zaten bir yandan hukuk yetkilisi tarafından ileri sürüldüğü için özne, diğer yandan bir "doğruluk" iddiası olduğu ve bu iddia başkaları tarafından kabul edilmeyi talep ettiği için de nesneldir. Alexy hukuk sistemi niteliği taşımayan toplumsal düzenlerden hukuk sistemine geçişi değerlendirirken yönetenlerin iddiasından bahseder¹²¹². Eğer hukuk sisteminin doğruluk iddiası da en nihayetinde hukuk yetkilileri tarafından dile getirilecekse, bu iddianın da bir anlamda özne bir nitelik taşıdığını düşünmek gerekir. Sonuç itibarıyla, özne ve nesnel doğruluk iddiası arasındaki ayrımın anlamlı olduğunu ve Bulygin'in eleştirilerini savuşturmak için kullanılabileceğini düşünmüyoruz.

İkinci olarak, Alexy tekil hukuki işlem ve normlarla hukuk sisteminin bütünü arasında bir ayrıma gider. Buna göre, tekil norm ve işlemlerin doğruluk iddiasında bulunamaması, bunların hukukiliğine etki etmez. Neticede bu işlem ve normlar bu iddiada bulunan bir hukuk sistemine ilişiktir¹²¹³. Bununla birlikte, yeterince çok sayıda norm ve işlemin doğruluk iddiasında bulunmaması durumunda hukuk sisteminin

¹²¹⁰ *Ibid.* Philip Soper da bu anlamda yetkililerin hukuku temsilen iddia etiketleri ve kişisel düşünceleri olarak iddia etiketleri arasında bir ayrım yapar. Bkz. Philip Soper, "Law's Normative Claims", in *Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 217-218.

¹²¹¹ Bkz. Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 62.

¹²¹² Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 34.

¹²¹³ Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *op. cit.*, s. 142.

doğruluk iddiasını terk ettiği anlamına geleceğini ve bu nedenle de hukuk sisteminin geçerliliğinin etkileneceğini söyleyebiliriz¹²¹⁴.

Yukarıda gördüğümüz gibi, Bulygin bütün hukuk koyucular tarafından benimsenen tek ve evrensel bir ahlak bulunduğunu ispat etme yükünü Alexy'nin üzerine yüklemekteydi. Alexy, farklı hukuk sistemlerinin farklı adalet anlayışlarına sahip olduğu görüşüne karşı çıkmaz. Ancak, buradan bütün hukuk koyucuların paylaştığı geçerli tek bir ahlak anlayışı yoksa doğruluk iddiasının hukukla zorunlu bir ilişkisinden bahsedilemeyeceği sonucuna varmaz. Ona göre, doğruluk iddiası ahlaki uzlaşmazlıkla uyumludur¹²¹⁵. Doğruluk iddiası yalnızca belirli hukuki kararların ahlaki açıdan doğruluğuyla değil, aynı zamanda hukuku ahlaki biçimde kullanmakla da ilgilidir. Dolayısıyla, belirli kararların içeriğinin ahlaken temellendirilebilir olmasının yanı sıra *audiatur et altera pars* gibi usuli adalet ilkeleri de doğruluk iddiasının kapsamındadır¹²¹⁶. Belirli kararların içeriğinin ahlaki doğruluğu ise maddi anlamda ahlaki doğruluğu içerir. Bir başka deyişle, burada söz konusu olan, hukuk normunun veya hukuki kararın içeriğinin ahlaken temellendirilebilmesidir. Alexy, bu noktada iki tür anlayış olabileceğine değinir. Zayıf anlamıyla maddi ahlaki doğruluk, kararın veya normun herhangi bir ahlak anlayışıyla temellendirilebilmesinden ibarettir¹²¹⁷. Ancak, Alexy, doğruluk iddiasının güçlü anlamda ahlaki doğruluğu gerektirdiğini belirtir. Buna göre, kendisi temellendirilebilir olmayan bir ahlaka göre meşru olan hukuk normu veya hukuki karar yeterli değildir¹²¹⁸. Bununla birlikte, kararın veya normun kabul edilebilir ve özgür bir argümantasyon sürecinde hayatta kalabilen ahlak anlayışlarından birine göre temellendirilebilmesi yeterlidir. Yani, Bulygin'in iddia ettiği gibi tek, evrensel ve bütün hukuk koyucular tarafından benimsenen bir ahlaka ihtiyaç yoktur¹²¹⁹.

(2) Hukuk ve ahlak arasındaki tanımlayıcı ve niteleyici ilişki: Eleştiri ve yanıtlar

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ *Ibid.*, s. 143.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ *Ibid.*, s. 144.

¹²¹⁸ *Ibid.*

¹²¹⁹ *Ibid.*

Bulygin'in eleştirisinin ikinci kısmı Alexy'nin doğruluk iddiası ile hukuk kavramı arasındaki bağı nasıl kurduğuna odaklanır. Öncelikle kısa bir hatırlatma yapalım. Alexy'ye göre doğruluk iddiasında bulunmak bir hukuk sisteminin tanımlayıcı özelliğidir¹²²⁰. Bu anlamda, doğruluk iddiasında bulunmayan hukuk sistemleri birer hukuk sistemi değildir. Yani, (iddianın haklı olup olmadığına, bir hukuk sisteminin gerçekten ahlaken doğru veya adil olduğuna bakılmaksızın) doğruluk iddiası ile hukuk sistemi kavramı arasında zorunlu, tanımlayıcı bir ilişki vardır. Bulygin'in bu kısma bir itirazı yoktur¹²²¹. Sorun Alexy'nin hukuk normu ve doğruluk iddiası arasında kurduğu niteleyici ilişkiye dairdir.

Alexy'ye göre, doğruluk iddiasında bulunmakla birlikte bu iddianın gereğini yerine getiremeyen hukuk sistemleri ve normları "kusurlu" (*faulty*)'dur¹²²². Bir başka deyişle, hukuk sistemi veya hukuk normu adil veya ahlaken doğru olmasa dahi, bu hukuk sistemi veya hukuk normunun, hukuk sistemi veya hukuk normu olarak isimlendirilmesini etkilemeyecek bir kusurdur. Burada önemli olan husus, Alexy'nin doğruluk iddiasında bulunmayan hukuk normlarının geçersiz değil, aynen bu iddiada bulunmakla birlikte, iddianın gereğini yerine getirmeyen hukuk sistemleri gibi kusurlu olduğunu düşünmesidir¹²²³. Bir başka deyişle, doğruluk iddiası yalnızca hukuk sistemlerinin tanımlayıcı bir özelliğidir. Bulygin'e göre Alexy bu noktada çelişkiye düşmektedir. Çünkü eğer bu iddia hukuk normu açısından tanımlayıcı değilse, iddia ile hukuk kavramı arasında zorunlu değil, ancak olumsal bir bağlantıdan söz edilebilir¹²²⁴. Ancak, hatırlanacağı üzere, Alexy'ye göre belli bir eşiği aşacak ölçüde adaletle aykırı normlar hukuk normu olarak nitelendirilemiyordu. Bu durumda Bulygin'e göre aslen niteleyici bir unsurun tanımlayıcı bir unsur olarak sunulmasından kaynaklanan bir çelişki mevcuttur.

Alexy ortada bir çelişki olduğunu reddeder. Söz konusu ilişki niteleyici bir ilişki olsa da zorunlu bağlantılardan bahsedilebilir. Buna göre, doğruluk iddiasının gereğini yerine getirmeyen bir hukuk sistemi zorunlu olarak kusurlu bir hukuk sistemidir ve

¹²²⁰ Bkz. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 34.

¹²²¹ Bulygin, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality", *op. cit.*, s. 134.

¹²²² Robert Alexy, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, C. 2, S. 2 (Temmuz 1989), ss. 171-172.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ Bulygin, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality", *op. cit.*, s. 135.

aynısı hukuk normu açısından da söylenebilir¹²²⁵. Bulygin ise burada olsa olsa “kusurlu hukuk sistemi” ve “kusurlu hukuk normu” kavramlarına ilişkin bir tanımlayıcı ilişkiden bahsedilebileceğini düşünür. Ona göre, bir kez “kusurlu hukuk sistemi” ve “kusurlu hukuk normu” tanımları Alexy’nin önerdiği şekilde kabul edildiğinde elbette ki doğruluk iddiasının gereğini yerine getirmeyen hukuk sistemleri ve normları analitik olarak kusurlu olacaktır¹²²⁶. Ancak, bu noktada totoloji söz konusudur. Çünkü söylenen şey esasen kusurlu hukuk normlarının kusurlu olduğudur¹²²⁷. Bulygin kusurluluğun niçin olumsuz bir özellikten daha fazlası olması gerektiğini anlayamadığını belirtir¹²²⁸.

Bu konunun biraz üzerinde durup spekülasyonda bulunmakta fayda vardır. Bir kavramın sahip olmaması gereken bir özelliğe sahip olması ne demektir? Eğer bu özellik kavramın bir “kavram” olarak sahip olmaması gereken bir özellikse, söz konusu özelliğin kavramın tanımı tarafından dışlanması gerekir. Oysa Alexy’nin yazınında hukuk sisteminin veya normunun ahlaken doğru veya adil olmasını tanım itibarıyla zorunlu kılan bir husus yoktur. Zaten, doğruluk iddiasının gereğini yerine getirmeyen hukuk sistemlerinin ve normlarının geçersiz değil “kusurlu” olmasının nedeni de ortada kusurluluk niteliğini dışlayıcı bir tanımının olmamasıdır. Öyleyse, Alexy’nin “orada olmaması gereken” ifadesiyle kastı, kavramın kavram olarak sahip olmaması gereken bir özellik değil, kavrama dışsal, kavramın değerlendirilmesine ilişkin bir nitelik olmasıdır.

Bulygin’in yorumu da benzer bir yol izler. Alexy’nin olgusal bir zorunluluktan değil “normatif bir zorunluluktan” bahsetmesi ihtimalini ele alan Bulygin normatif zorunluluğun ne anlama geldiğini sorgular. Alexy “*On Necessary Relations Between Law and Morality*” başlıklı makalesinde normatif ve kavramsal zorunluluğun farklı olduğunu, normatif zorunluluğun yükümlülük olarak anlaşılması gerektiğini belirtir. Herhangi bir çelişkiye düşmeksizin bir yükümlülüğün geçerliliği reddedilebilir, ancak kavramsal bir zorunluluğun varlığı çelişkiye düşmeksizin reddedilemez¹²²⁹. Olgusal

¹²²⁵ Bkz. Alexy, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *op. cit.*, s. 144.

¹²²⁶ Bulygin, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *op. cit.*, s. 135.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*, ss. 135-136.

¹²²⁹ Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *op. cit.*, s. 169, dn. 4.

zorunluluk ile normatif zorunluluğun farklarına¹²³⁰ dikkat çeken Bulygin, hukuk ve ahlak arasında zorunlu ve kavramsal bir bağ olduğunu göstermek için normatif zorunluluk kavramına atıfta bulunulmasını talihsizlik olarak nitelendirir¹²³¹.

Bulygin özetle doğruluk iddiasının tekil norm ve kararlar açısından tanımlayıcı değil, niteleyici bir rol üstlendiğini ileri sürer. Bu iddia ise olsa olsa “kusurlu hukuk normu” ve “kusurlu hukuki karar” kavramları açısından tanımlayıcı olabilir. Bir kez bu kavramların tanımı Alexy’nin belirlediği şekilde kabul edildiğinde ortaya “kusurlu kararlar kusurludur” veya “kusurlu normlar kusurludur” gibi abes önermeler çıkacaktır. Alexy bu durumdaki abesliği reddetmez. Yalnızca bu abesliğin diğer abesliklerden farkını vurgular. Bunun için “Kusurlu hukuk sistemleri kusurludur” ve “Kıta Avrupası hukuk sistemleri Kıta Avrupasına mensuptur” şeklindeki iki önermeyi ele alır. Alexy’ye göre iki önerme arasındaki fark hukuk sistemlerinin zorunlu olarak ahlaki doğruluk iddiasında bulunuyor olmasına rağmen, Kıta Avrupası hukuk geleneğine mensup olma iddiasının bu türden bir iddia olmamasıdır¹²³². Bu bağlamda, doğruluk iddiasında bulunmayan hukuk sistemleri ahlaki bir gerekliliği yerine getirmemektedir ve bundan kaynaklı kusur *hukuki* bir kusurdur¹²³³. Alexy’ye göre, doğruluk iddiası hukuki pozitivizm gibi hukukun hukuka dışsal olarak ahlaki eleştirisini gerçekleştirmektense, ahlaki eleştiriyi hukuka içkin hâle getirir¹²³⁴.

Devam etmeden önce Bulygin-Alexy tartışmasına dair ulaştığımız sonuçları özetleyelim. Kanımızca Alexy’nin Bulygin’in doğruluk iddiasına yönelik eleştirilerine verdiği yanıtlar ikna edicidir. Bir kez doğruluk iddiasının hukuk yaratma faaliyetine zorunlu olarak bağlı olduğu kabul edilirse -ki kanımızca Alexy bunu göstermek için pek

¹²³⁰ Bulygin burada normatif bir ilişkide hakkında gereklilik bildirilen eylemin her zaman “olması gerektiği gibi olmama” ihtimali bulunduğunu, normatif önermelerin analitik doğrular olamayacağını ve her zaman ihlal edilebilir olmaları gerektiğini belirtir (Bulygin, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *op. cit.*, s. 136). Elbette, bunlardan Alexy’nin haberdar olmadığını düşünmek mümkün değildir. Sanıyoruz Bulygin’in buradaki vurgusunun nedeni normatif ilişkilerde söz konusu olan gereklilik ilişkisinin hukuk ve ahlak arasında bulunduğu iddia edilen zorunlu kavramsal ilişkiyi göstermek için kullanılamayacak olmasıdır.

¹²³¹ Bulygin, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *op. cit.*, s.136.

¹²³² Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *op. cit.*, s. 146.

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ *Ibid.*

az geçerli argüman üretmiştir- Alexy'nin tezinin ilk kısmı savunulabilir bir tezdır. Bu bağlamda yalnızca doğruluk iddiasının sübjektif/kişisel olarak dile getirilmesi ve nesnel/resmî olarak dile getirilmesi hakkında soru işaretleri bulunmaktadır. Bu konuyu daha sonra ele alacağız. Ancak, hukuk ve doğruluk iddiası arasındaki zorunlu ilişkinin niteliği konusunda daha ciddi şüpheler baş göstermektedir. Kanımızca, Alexy'nin yanıtı, tekil karar ve normlar ile doğruluk iddiası arasında tanımlayıcı bir ilişkinin olmadığına itirafı niteliğindedir. Bir başka deyişle, doğruluk iddiasında bulunmayan karar ve normların hukuk normu olmadığı, yani geçersiz olduğu iddia edilemez. Ancak, her nasıl oluyorsa, doğruluk iddiasında dahi bulunması gerekmeyen hukuk normlarının ahlaka belli bir eşiğin üzerinde aykırı olduğu durumlarda geçersiz olması söz konusu olabilmektedir. Kanımızca Alexy'nin teorisinin bütün gizemi de bu son adımın nasıl atıldığında yatmakta, ancak Alexy'nin teorisi bu konuda tatmin edici bir yanıt sunamamaktadır.

c. Hukuk İddia Etmez: MacCormick-Alexy Tartışması

Neil MacCormick, daha önce Joseph Raz'ın yazınında rastladığımız ve Alexy'nin teorisinde tekrar karşımıza çıkan bir düşünceye yönelik temel bir itirazı dillendirir: Hukuk söz ediminde bulunma ve dolayısıyla bir şey iddia etme kapasitesinden yoksundur. Dolayısıyla, burada Alexy'nin doğruluk iddiası açısından ele alacağımız eleştiri, esasında Raz'ın otorite iddiası için de dile getirilebilir. Bununla birlikte, bu itirazın iki teori açısından sonuçları farklıdır. Üzerinde pek durmayacak olsak da bu farkı dile getirmekte fayda vardır.

Joseph Raz'ın teorisinin önemli sonuçlar çıkardığı husus otorite iddiası değil, meşru otorite kavramıdır. Hem Raz hem de Alexy açısından hukukun zorunlu olarak ahlaki bir iddiada bulunması söz konusudur. Bununla birlikte, hukukun dışlayıcı normatif gücünün açıklanmasında önemli rol oynayan kavram otorite iddiası değil, meşru otorite kavramıdır. Bir başka deyişle, Raz'ın teorisinde hukukun otorite iddiasının yanlış olmasının sonucu hukuk kurallarının dışlayıcı normatif güce sahip olmamasından ibarettir. Alexy'nin teorisi ise doğruluk iddiasından doğruluk argümanına ve en nihayetinde de adaletsizlik argümanına ulaşarak doğruluk iddiasının

gereğini yerine getiremeyen hukuk kurallarının belli şartlar altında geçersiz olacağı sonucuna ulaşır.

MacCormick'e göre hukukun bir şey iddia ettiğini söylemek kategori hatasıdır. Nitekim söz ediminde bulunma kapasitesine sahip olan bir "hukuk" mevcut değildir¹²³⁵. MacCormick, Raz ve Alexy'nin hukukun metaforik olarak iddiada bulunduğunu düşündüğünü belirtir. Ancak, ona göre bu metafor faydalı değildir. Metafor hukukun niteliği hakkında doğru olmayan bazı imalar bulunmaktadır¹²³⁶.

MacCormick'e göre hukuk normatif bir düzendir ve normatif düzen bir durumdur (*state of affairs*). Durumların niyeti olmaz, iddiada ve diğer söz edimlerinde bulunamazlar¹²³⁷. Bununla birlikte, yasama, yürütme ve yargı organı gibi devletin üst kademelerinin işlemlerinin büyük bir kısmı söz edimleri kategorisine dâhildir. Bu nedenle de MacCormick'e göre hukukun otorite veya doğruluk iddiası bu söz edimlerinde konumlandırılmalıdır¹²³⁸. Raz ve Alexy'nin içine düştüğü hata ise yasa yapma, karar verme ve kanunları yürütme faaliyetinde bulunanların eylemlerini (iddiada bulunma kapasitelerini) kişileştirilmiş bir hukuka yansıtma¹²³⁹. Bu yansıtmanın kimi bağlamlarda gerekli ve makul olabileceğini düşünen MacCormick, hukuktaki otoritelerin (yasama, yürütme ve yargı) eylemlerinin yansıtılacağı kişileştirilmiş fenomenin hukuktansa devlet olduğunu düşünmektedir. Bunun nedeni ise yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinde bulunanların eylemlerinin genellikle hukuk adına değil de devlet adına yürütüldüğünün düşünülmesidir¹²⁴⁰. MacCormick'in bu iddiası devletin bir tüzel kişiliğinin bulunduğu ve devletin hukuki açıdan gerçek kişi olmasa bile, zaten hukuken kişileştirilmiş bir tüzel kişi olduğu düşünüldüğünde daha da anlamlıdır. MacCormick, devlet adına hareket edenlerin eylemlerinin (ve elbette bu eylemlerin niteliklerinin) hukuka ancak Hans Kelsen'in tartışmalı hukuk-devlet özdeşliği kabul edildiğinde atfedilebileceğini düşünür¹²⁴¹. MacCormick'in bu özdeşliğe karşı çıkmasının en önemli nedeni, Kelsenci görüşe göre her devletin bir hukuk devleti (*law-*

¹²³⁵ MacCormick, "Why Law Makes No Claims", *op. cit.*, s. 59.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*, s. 60.

¹²³⁸ *Ibid.*, s. 62.

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ *Ibid.*, s. 62.

¹²⁴¹ *Ibid.*, ss. 62-63. Kelsen'in devlet-hukuk özdeşliği konusundaki görüşleri için bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, ss. 181-183.

state) olmasıdır. Oysa ona göre hukuk devleti siyasi bir başarıdır, mantıksal bir totoloji değil¹²⁴².

Yasama faaliyeti ve “iddia” konusunda MacCormick’in nihai kararı şu şekildedir:

“Genel olarak yasama işlemi olma iddiasındaki bütün işlemler yasama işlemine katılanlar tahtında, bunlardan her birinin yasama organındaki ilgili rolü oynamaya anayasal olarak yetkilendirildiği yönünde dolaylı (veya bazen gerçekten de doğrudan) bir iddia içerir”¹²⁴³

İstisnai bazı durumlar dışında demokratik kurumları destekleyen ve bu kurumlara oy vermek suretiyle katılanların, aynı fikirde olmadıkları yasama işlemlerine dahi saygı duymak için güçlü sebepleri olduğunu kabul eden MacCormick¹²⁴⁴, yine de hukuk yaratma faaliyetine ilâştirilebilecek ahlaki otorite iddialarının, kanunlara üstün (*preemptive*) veya dışlayıcı ahlaki otorite sağlamayacağını belirterek Raz’ı eleştirir¹²⁴⁵. Ona göre, özellikle Kantçı bir bakış açısı benimseyen bazı yasama organı mensupları ahlaki sorunları vatandaşlar yerine çözdükleri iddiasını kesin bir dille reddedeceklerdir¹²⁴⁶.

MacCormick’in eleştirisi hayli kısadır. Bu nedenle de iddialarının bir kısmını detaylı biçimde incelememiş olabilir. Ancak, ilk bakışta MacCormick’in yasa yapıcının iddiasının hukuka yansıtılmasına itirazının Raz’ın otorite ve hukuk kurallarının dışlayıcı sebep teşkil etmesi konusundaki nihai sonucunu etkilemeyeceğini söyleyebiliriz. Raz, hukukun bir iddiası olduğunu düşünmekte hatalı olabilir. Ancak, MacCormick’in eleştirisinden bu hatanın hukuk kurallarının kimi durumlarda dışlayıcı sebep niteliği taşıyabileceği sonucunu etkilemeyecektir. Öncelikle kısaca Raz’ın tezini hatırlayalım.

Raz, meşru bir otoritenin koyduğu kuralların muhatapları açısından dışlayıcı sebep teşkil edeceğini düşünür. Bir başka deyişle, otorite vatandaşların sahip olduğu birincil sebepleri değerlendirip, onlar yerine tartma işlemini gerçekleştirdikten sonra bir

¹²⁴² MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, *op. cit.*, s. 63.

¹²⁴³ *Ibid.*, s. 64.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, s. 65.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, s. 64.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, s. 65.

kural koyar¹²⁴⁷. Bu durumda muhatabın doğru eylemin belirlenmesi sırasında otoritenin direktifi tarafından dışlanan eylem sebeplerine dayanarak hareket etmekten kaçınması gerekir¹²⁴⁸. Elbette, meşru otorite olmanın belli bir şartı vardır. Buna göre, eğer bir muhatap sahip olduğu sebepleri otonomi ilkesi kapsamında kendi değerlendirip bu değerlendirmeye göre hareket ettiğinde, otorite olma iddiasındaki kişi veya kişilerin değerlendirmesine uyduğu zamana kıyasla, daha iyi uyacaksa, ortada meşru bir otorite olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, Raz'ın teorisinde hukuk kurallarına dışlayıcı güç bahşedecek olan, hukukun veya hukuku yaratanların herhangi bir iddiası değil, bu iddianın doğru bir iddia olmasıdır. Otorite konumundakiler hiçbir iddiada bulunmasa ve MacCormick'in ifade ettiği gibi muhataplar yerine karar verdiklerini reddetse dahi, muhatabın kendisinden daha uzman olan otoritenin direktifini dışlayıcı sebep olarak kabul etmesi rasyonel olabilir.

Belki şöyle düşünülebilir: Ancak, eğer iddia kurala değil, kuralı yapana aitse; neticede dışlayıcı gücün kurala değil, kuralı yapana, atfedilmesi gerekir. Hatırlanacağı üzere, Raz'ın çalışmaları boyunca tekrar etmediği, ancak önemle vurguladığı bir husus vardır: Dışlayıcı sebep teşkil eden hukuk kuralının kendisi değil, böyle bir kuralın tesis edilmiş olmasıdır¹²⁴⁹. Bir başka deyişle, otoritenin iradesinin ürününe, yani bir norma atfedilen dışlayıcı bir güç bulunmamaktadır. Dışlayıcı güç otoritenin belli yönde bir kural tesis etmiş olma *olgusuna* atfedilir. Nitekim ancak olgular eylem sebebi teşkil edebilir¹²⁵⁰. Dolayısıyla, iddianın hukuka değil, hukuku yapana ait olması ve bu iddianın doğru olması durumunda hukuk kuralının değil, hukuku yapanın “dışlayıcı güç” sahibi olacak olması, Raz'ın teorisini çürüten değil, aksine destekleyen bir düşüncedir.

Esasında MacCormick Alexy'nin teorisine ilişkin önemli bir eleştiri getirmez. Söylediği daha çok doğruluk iddiasının hukuka değil, hukuku yapanlara ait bir iddia olduğudur. Ancak, bu tespitin Alexy'nin teorisi açısından önemli sonuçları olabilir. MacCormick'e göre, sağlam temelli bir hukuk anlayışının Radbruch formülüne benzer bir kıstas içermesi gerekir. Adaletin temel gerekliliklerine aykırı olan kuralların hukuk

¹²⁴⁷ Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., s. 47.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, s. 59.

¹²⁴⁹ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 51, dipnot.

¹²⁵⁰ Raz, *From Normativity to Responsibility*, op. cit., s. 18.

olarak kabul edilmemesi *gerekir*¹²⁵¹. Ancak, bu iddia kendi başına belirsiz ve tartışmalı bir iddiadır. Çağdaş hukuk sistemleri insan hakları hukukunun sağladığı olanaklarla hukuk kurallarının adalete uygun olmasının gereklerini pozitif hâle getirmiştir¹²⁵². Raz gibi, her söz ediminin kendi doğruluğuna ilişkin dolaylı bir iddia taşıdığını belirten MacCormick, en nihayetinde saklı saikler aracılığıyla veya zor yoluyla belli bir nüfusu koydukları kurallara uymaya zorlayabilen hukuk yapıcılarının bu ürünlerinin, ağır biçimde kusurlu hukuk kuralları olarak kabul edilmesi *gerektiğini* düşünür. Ancak, buradaki doğruluk iddiası hukuka değil, hukukun yapıcısına aittir¹²⁵³.

MacCormick'in eleştirisinden Alexy'nin çalışması için çıkarabileceğimiz asıl önemli sonuç, Bulygin ve Alexy arasındaki tartışmaya ilişkindir. Hatırlanacağı gibi, Bulygin hukuk yapıcılarının her zaman koydukları kuralların ahlaken doğru olduğunu iddia etmediğini vurgulamıştı. Alexy'nin bu eleştiriye cevabı ise öznel ve nesnel doğruluk iddiaları arasında bir ayrıma gitmek yönünde olmuştur. Buna göre, her ne kadar öznel olarak bir hukuk kuralını koyan kişi, kuralın ahlaken doğru olduğunu iddia etmiyor olsa da, o kişinin hukuk sistemi içindeki rolünden dolayı, işlemine iliştilen nesnel bir doğruluk iddiası vardır. Alexy'nin bu iki iddia arasındaki farka ilişkin düşüncelerini deşifre etmek zordur. Ancak, iki farklı alternatif ve MacCormick'in doğruluk iddiasının hukuka veya hukuk sistemine değil, hukuku ve hukuk sistemini tesis edenlere ait olabileceği yönündeki düşüncesini dikkate alarak bir tartışma yürütmek niyetindeyiz.

İlk alternatif şunu söylemektedir: Her ne kadar bir hukuk kuralının yaratıcısı hukuk normunun ahlaken doğru olduğunu iddia etmese de, söz konusu hukuk kuralı bir hukuk sistemi bünyesinde var olduğu için ve hukuk sisteminin bütünü doğruluk iddiası taşıdığı için, söz konusu doğruluk iddiası kurala hukuk sistemi tarafından iliştilir¹²⁵⁴. MacCormick'in bakış açısından tekil bir kurala iliştilen doğruluk iddiası bir hukuk kuralına ait olamayacağı gibi, hukuk sistemine de ait olamaz. Neticede hukuk sistemi de geçerlilik ilişkisiyle birbirlerine bağlanmış normlardan müteşekkil bir (normatif) durum olarak söz ediminde bulunma kapasitesinden yoksundur. Dolayısıyla, burada belki de

¹²⁵¹ MacCormick, "Why Law Makes No Claims", *op. cit.*, s. 67.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ Bkz. Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *op. cit.*, s. 145.

hukuk sistemini yaratan, sistemin temelini atan kurucu iktidarın iddiasından bahsetmek gerekir. Bu anlamda kurucu iktidar anayasanın ve anayasa temelinde ihdas edilen diğer normların doğru olduğu iddiasında bulunmak durumundadır. Asli kurucu iktidarın anayasaya dayanarak ihdas edilecek diğer kuralların doğruluğuna dair bir iddiası ile vatandaşın bir hukuk sistemindeki kanunların doğruluğu hakkındaki iddiası arasında bir fark yoktur. Raz'ın eleştirilerinin gösterdiği gibi doğruluk iddiası bilinçli bir söz ediminde bulunan kişiye ait olmak durumundadır. Hukuk normu açısından önemli olan normu ihdas edenin doğruluk iddiasıdır. Asli kurucu iktidarın yalnızca anayasanın adil ve ahlaken doğru olduğunu iddia edebileceğini, yaratmadığı normlar hakkındaki doğruluk iddiasının, bir esnafın yeni borçlar kanununun ahlaken doğru olduğu iddiasından farksız olacağını söyleyebiliriz. Bu durumdaysa, doğruluk iddiasında bulunmayan hukuk kuralının bir sisteme ait olmak dolayısıyla sistem lehine dile getirilen doğruluk iddiasını nasıl taşıyabileceği anlaşılamaz. Nitekim hukuk sistemindeki bütün normlar açısından doğruluk iddiasında bulunabilecek bir hukuk yetkilisi mevcut değildir.

Ancak, belki de Alexy'nin öznel-nesnel iddia ayrımını yanlış yorumluyoruz. Alternatif yorum özel kişi olarak beyanda bulunan yargıç ile resmî görevi kapsamında beyanda bulunan yargıcın iddiaları arasındaki farka odaklanır. Bu alternatif lehinde zayıf da olsa metinsel destek bulabiliriz¹²⁵⁵. Buna göre, her ne kadar bir yargıç, özel hayatında belli bir kararının ahlaken doğru olmadığını iddia edebilirse de, resmî görevini yerine getirirken verdiği kararda dolaylı bir doğruluk iddiası mevcuttur. Belki de kararı okuyan kişiler, yargıcın ahlaken doğru bir karar verdiğini iddia ettiğini kararın yazılışından ve argümantasyonundan çıkarabilir. Bu anlamda Alexy resmî bir karar verecek olan yargıcın bu görevini icra ederken kararının ahlaka uygun olduğunu iddia etmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bu noktada MacCormick'in hukukun söz ediminde bulunma yetisinden mahrum olduğu yönündeki eleştirisine aykırı bir durum söz konusu değildir. İddia her iki durumda da hukukun yaratıcısı olan kişiye, söz ediminde bulunabilme kapasitesine sahip olan birine aittir. Ancak, önemli soru şudur: Bu iki iddia birbiriyle çeliştiğine göre ve hâkimin resmî görevi dolayısıyla ileri sürdüğü iddia MacCormick'in eleştirisi doğrultusunda hukuka veya hukuk sistemine

¹²⁵⁵ *Ibid.*

atfedilemeyeceğine göre, iddialardan birinin samimi bir iddia olmaması gerekir¹²⁵⁶. Samimi olmayan iddianın mutlaka yargıcın özel hayatında dile getirdiği iddia olduğunu göstermeden -ki kanımızca bunu önceden ve duruma özgü olgu ve şartları dikkate almadan belirlemek mümkün değildir- hukuk yapıcısının tesis edilen normun ahlaken doğru olduğunu düşünmesinin kavramsal bir zorunluluk olduğunu göstermek mümkün olmayacaktır¹²⁵⁷.

Kanımızca, MacCormick'in hukuk kural ve normlarının söz ediminde bulunma kapasitesinden yoksun olduğu, dolayısıyla doğruluk iddiasının veya hukukla ilişkilendirilebilecek diğer iddiaların, bu kuralların yapıcısına atfedilmesi gerektiği yönündeki düşüncesi, Alexy'nin teorisi açısından tamiri güç eksiklikleri gün yüzüne çıkarmaktadır. Ancak, bu sonuca Alexy'nin MacCormick'e yanıtını incelemekten ulaşmak elbette doğru olmaz.

Alexy, onun hukuk teorisi hakkında çıkarılan bir ciltte yer alan eleştirilere yanıt vermek için sınırlı bir alana sahiptir. Dolayısıyla, MacCormick'e verdiği yanıt da oldukça kısadır. Yine de bu yanıtta elimizden geldiğince bizim açımızdan anlamlı sonuçlar çıkarmaya çalışacağız. Alexy MacCormick'in genel olarak doğruluk argümanını benimsediği, ancak doğruluk iddiasının hukuk tarafından değil, hukuku yaratanlar tarafından ileri sürüldüğünü düşündüğünün altını çizer¹²⁵⁸.

Alexy dar anlamıyla yalnızca konuşma ve davranma kapasitesine sahip olan öznelerin iddia edebileceğini bilir¹²⁵⁹. Bununla birlikte, hukukun iddia etmesinden bahsetmenin niçin faydalı olmadığını anlamadığını belirtir. Ona göre, hukukun iddiasından bahsedebilmemizin nedeni, bir katılımcı olarak hukuki bir tartışmaya

¹²⁵⁶ Bu kısımda Alexy'nin doğruluk iddiasının normu yaratan yetkili veya yetkililer tarafından samimi şekilde dile getirilmesi gerektiğini varsayıyoruz. Samimi olmayan doğruluk iddiasının Alexy'nin teorisi açısından yeterli olduğu olasılığını aşağıda John Gardner'ın Alexy'ye eleştirilerini inceleyeceğimiz kısımda değerlendireceğiz.

¹²⁵⁷ Burada "hukukun ideal boyutu" ile ilgilenen katılımcının iddiasında samimi olması gerektiğini varsaydık. Doğruluk iddiasının samimiyetsiz bir biçimde dile getirilmesinin Alexy'nin özneler-nesnel doğruluk iddiası ayrımında nasıl bir rol oynayabileceğini, aşağıda Gardner'ın eleştirilerini ele alacağımız kısımda değerlendireceğiz.

¹²⁵⁸ Robert Alexy, "Thirteen Replies", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 334.

¹²⁵⁹ Bkz. Robert Alexy, "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", in *The Law in Philosophical Perspectives*, ed. Luc J. Witgens, Dordrecht: Springer Science + Business + Media, 1999, s. 24.

argüman sunmak isteyen kişinin zorunlu olarak doğruluk iddiasında bulunması gerekmesidir¹²⁶⁰. Alexy'ye göre doğruluk iddiasının nesnel anlamı da buradan kaynaklanmaktadır¹²⁶¹. Ancak, hukuki bir tartışmaya argüman sunmak isteyen kişinin doğruluk iddiasında bulunmasının zorunlu olduğunu varsaysak bile¹²⁶², iddianın objektifliğinden ne kastedildiğini ve niçin bu durumda iddiada bulunan kişiden hukukun kendisine atfedilebilecek bir doğruluk iddiası olduğunu anlamak güçtür. Bir hukuk sisteminde kararların nasıl verildiğinin ötesine geçerek hukukun ne olduğu konusunda yapılacak her tartışmada belli bir iddianın dile getirilmesinin zorunlu olması, söz konusu iddianın neticede bir gerçek kişi veya gerçek kişiler bütünü (örneğin parlamentoyu oluşturan milletvekillerinin belli bir çoğunluğu) tarafından dile getirildiği gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla, ileri sürülmesinin zorunlu olduğunu varsaydığımız iddia ile hukuk normu arasındaki bağlantı hiçbir zaman sağlanamaz. Bu ise, iddianın yanlışlığının kendi başına alındığında normun değil, normu koyan kişi veya kişilerin hatalı, yanlış veya kusurlu olduğuna işaret eder. Alexy'nin doğruluk iddiasını hukuk normuyla ilişkilendirme çabasının nedeni, zorunlu bağlantıyı hukuk normu ve ahlak arasında kurmak istemesidir, hukuk normunun koyucusu ve ahlak arasında değil.

d. Marvel Cooke ve Sağduyunun Dışlandığı Eleştirisi

Marvel Cooke “*Law’s Claim to Correctness*”¹²⁶³ başlıklı yazısında Robert Alexy'nin evrensel ahlak fikrine dayanan doğruluk iddiası anlayışının detaylı bir eleştirisini getirmiştir. Cooke yazısında aynı zamanda Habermas-Alexy arasındaki tartışmayı ve Habermas'ın eleştirilerini de konu edinmiştir. Biz burada kısaca Cooke'un Alexy'nin hukuk-ahlak ilişkisini incelerken hukukun aynı zamanda ahlaki ve sağduyuya ilişkin normativiteyle de ilişki içinde olduğunu göz ardı ettiği yönündeki eleştirisine odaklanmak istiyoruz. Bunun nedeni sağduyu kaynaklı sebeplerin hukuki normativiteyi açıklama çabamızda önemli bir yer teşkil edecek olmasıdır.

¹²⁶⁰ Alexy, “Thirteen Replies”, *op. cit.*, s. 334.

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² Aşağıda bu iddianın olmasa bile, özel yaşamında aynı iddiayı dile getiren kişinin de niçin hukuki bir tartışmaya argüman sunduğunu, dolayısıyla öznal-nesnel doğruluk iddiası ayrımının bu şekilde kurulamayacağını göstermeye çalışacağız.

¹²⁶³ Bkz. Marvel Cooke, “Law’s Claim to Correctness”, in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 225-247.

Cooke’a göre, adalete ilişkin değerlendirmelerin ahlaki, etik ve pragmatik boyutları olduğunun farkında olan Alexy¹²⁶⁴, evrensel ahlaki doğruluk ile hukuk arasındaki zorunlu bağlantıyı gösterebilmek adına adalet düşüncesini ahlaki boyutuna indirgeme hatasına düşmektedir. Oysa adalete ilişkin değerlendirmelerin farklı boyutları olduğunun bilincinde olan bir düşünürün doğruluk iddiasını yalnızca ahlaki doğrulukla değil, pratik aklın maddi birliğiyle (*substantial unity*) açıklaması beklenirdi¹²⁶⁵. Bir başka deyişle, pratik aklın perspektifinden ahlaki olarak adil olan hukukun diğer unsurlar açısından adaletsiz olması mümkünken, doğruluk iddiasının içeriğini teşkil eden adalet düşüncesinin yalnızca ahlaki yönle özdeşleştirilmesi doğru değildir.

Cooke’a göre bu özdeşleştirmenin yanlış olmasının iki temel sebebi vardır. Bunlardan ilkinde göre, Alexy’nin hukukun doğruluk iddiasını yalnızca ahlaki pratik akılla özdeşleştirmesi, Alexy’nin pratik aklın maddi birliği düşüncesi ile çelişmekte, onu bu ikinci düşüncüyü terk etmeye zorlamaktadır¹²⁶⁶. Bir başka deyişle, Cooke’a göre “gerekli” eylemin belirlenmesinde ahlaki, etik ve pragmatik değerlendirmelerin birlikte rol alması gerekir ve bu düşünce değerlidir. Dolayısıyla, Alexy’yi bu düşüncüyü terk etmek zorunda bırakacak bütün hamleler hatalıdır¹²⁶⁷.

Alexy bu güçlüğü, ahlaki değerlendirmelerin, yani ona göre adil olanın, iyi ve uygun olandan öncelikli olduğunu göstererek aşmaya çalışır¹²⁶⁸. Ancak, Cooke’a göre öncelik, sırası belirlenenlerin birbirinden kolaylıkla ayırt edilebildiği durumlarda mümkündür. Genel pratik söylemde ise birbirine önceliği belirlenmeye çalışılan bu unsurlar iç içe geçmiştir. Bu nedenle de adil olanın diğer kategoriler karşısında öncelikli olduğundan bahisle etik ve pragmatik değerlendirmelerin göz ardı edilmesi doğru değildir¹²⁶⁹.

Adaletle özdeşleştirilen doğruluk iddiasının ahlaka indirgenmesinin ikinci sakıncası hukukun doğruluk iddiasının pozitif ve bağlam aşan (*context-transcending*)

¹²⁶⁴ Alexy’nin “hukuki gerekçelendirme”de ahlaki, etik ve pragmatik hususların birlikte değerlendirildiği görüşü için bkz. Robert Alexy, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, C. 12, S. 4 (Aralık 1999), s. 377.

¹²⁶⁵ Cooke, “Law’s Claim to Correctness”, *op. cit.*, s. 231.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, s. 232.

¹²⁶⁷ *Ibid.*

¹²⁶⁸ Bkz. Alexy, “The Special Case Thesis”, *op. cit.*, ss. 378-379.

¹²⁶⁹ Cooke, “Law’s Claim to Correctness”, *op. cit.*, s. 232.

yönleri arasındaki bağa ilişkin en akla yatkın açıklamayı olanaksız hâle getirmesidir¹²⁷⁰. Cooke’a göre kurumsallaşmış pozitif hukuk demokratik süreçle dönütlü bir ilişki (*feedback relation*) içindedir. Eğer hukukun bağlam aşan boyutu yalnızca ahlaki açıdan ele alınırsa, bu yönün ahlak dışında endişeleri de olan demokratik süreç tarafından hukuk sistemine nasıl dâhil edildiği açıklanamayacaktır¹²⁷¹. Cooke’a göre doğruluk iddiası teorisi şunu ifade etmelidir: Bir hukuki karar, etkilediği herkes tarafından evrensel gerekler, somut durumun gerekleri ve amaca uygunluk (*expediency*) arasında kurduğu denge bakımından kabul edilebilirse doğrudur¹²⁷².

Cooke’un burada bahsettiği doğruluk “her şey dikkate alındığında” doğru olmaya ilişkindir. Özellikle bağlayıcılık kavramının iki farklı anlamına değinirken bahsedeceğimiz gibi, hukuk kurallarının norm niteliğinin açıklanması için yalnızca ahlak ile arasında bir bağ kurmaya çalışmak yerinde olmaz. Sağduyu da hukuk kurallarının norm niteliğini açıklamada rol oynayabilir. Cooke’un eleştirilerine Alexy’nin teorisinin pratik akla ilişkin sağduyu gibi diğer kaynakları göz ardı ettiğini göstermesi bağlamında katılıyoruz.

e. John Gardner: Hukukun İddia Edebilirliği ve İddiasının İçeriği

Bu kısımda Gardner’ın Alexy’nin teorisiyle ilgili eleştirileri (ki bunlardan ilki olumludur) “Hukuk İddia Edebilir Mi?”, “Doğruluk İddiasına Karşı” ve “Zorunlu Bağlantı Tezine Karşı” başlıkları altında ele alınacaktır. Son olarak “Alexy’nin Yanıtı” başlığı altında Alexy’nin Gardner’ın eleştirileri hakkındaki yorumlarını aktarıp tartışacağız.

(1) Hukuk iddia edebilir mi?

John Gardner’ın “*How Law Claims, What Law Claims*” başlıklı makalesinde bizi burada ilgilendiren iki husus vardır. Bunlardan ilki, MacCormick’in eleştirileri

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² *Ibid.*, s 233.

kapsamında tartıştığımız, hukukun iddiada bulunma kapasitesidir. John Gardner, hukukun iddia etmesinden bahsetmenin bir hata olmadığını düşünmektedir. İkinci olarak, Gardner'ın spesifik olarak Alexy'nin doğruluk argümanına getirdiği eleştiriyi ve Alexy'nin bu eleştiriye cevabını ele alacağız. Öncelikle iddia etme kapasitesine ilişkin sorununu ele alalım. Neticede, eğer hukukun iddiada bulunabileceği gösterilebilirse, Alexy'nin doğruluk argümanına karşı yukarıda getirdiğimiz bazı eleştiriler anlamsız kılınabilir.

Gardner'ın hukukun iddiada bulunma kapasitesine ilişkin tartışması esasen Dworkin'in Raz eleştirisine dayanır. Öncelikle otorite iddiasına ilişkin Dworkin'in eleştirisini ele alacağız. Dworkin Raz'ın "hukukun meşru otorite iddia ettiği" ile ne kastettiğini belirlemeye çalışır. Felsefede kimi zaman bu tür bir kişileştirmenin belli tür önermelerin anlamı veya içeriğini belirlemek için kullanıldığını ifade eder¹²⁷³. Örnek vermek gerekirse, fiziğin evrenin fiziksel yapısını açıklama iddiası taşımasının anlamı, bu yapıyı doğru şekilde açıklayamayan hiçbir önermenin fizik biliminin bir önermesi olamayacağı anlamına gelir¹²⁷⁴. Dworkin'e göre, eğer Raz'ın hukukun meşru otorite iddiasında bulunduğu düşüncesi bu şekilde anlaşılırsa, meşru olmayan otoritenin normlarının hukuk olamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Bu ise ahlakın hukukun geçerliliği açısından zorunlu bir şart olamayacağı değil, bilakis, meşru otorite testini geçemeyen hiçbir hukuk kuralının geçerli olamayacağı anlamına gelir¹²⁷⁵.

Devam etmeden önce bu akıl yürütmedeki bir soruna işaret edelim. Dworkin, fiziğin evrenin fiziksel yapısını açıklama iddiasında olmasının, bu iddiayı yerine getiremeyen hiçbir önermenin fiziğin önermesi olamayacağı şeklinde anlaşılacağını ileri sürüyor. Oysa bir önermenin fiziksel bir önerme olması için "doğru" bir önerme olmasına gerek yoktur. Fiziğin evrenin fiziksel yapısını açıklama iddiasında olması Dworkin'in belirlediğinin aksine "bu iddiayı taşımayan hiçbir önermenin fizik biliminin bir önermesi olamayacağını" ifade eder. İki yorum arasında çok büyük bir fark vardır. Hatalı bile olsa, bir teori fiziksel bir teori olabilir. Benzer şekilde, otorite meşruiyet iddiasında yanılabilir dahi otorite tarafından yaratılan bir hukuk normu geçerliliğini koruyabilir. Eğer hukuk Dworkin'in iddia ettiği gibi önermelerden müteşekkilsen,

¹²⁷³ Ronald M. Dworkin, "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, C. 115, S. 6 (Nisan 2002), s. 1666.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ *Ibid.*

meşruluk iddiasının gereğini yerine getiremeyen bir hukuki önerme “hukuki” olmaktan çıkmaz. Bir önerme olmaktan da çıkmaz. Dolayısıyla, hukukun meşru otorite iddiasında bulunduğu öncülünden, ahlaken meşru olmayan önermelerin hukuki önerme olamayacağı sonucuna ulaşılamaz. Neyse ki Dworkin bu yanlış yoruma dayanmaktansa, Raz’ın “otorite iddiası”ndan kastına ilişkin bir alternatif aramaya koyulur.

Dworkin Raz’ın hukukun otorite iddiasından hukuk yetkililerinin meşru otorite iddiasında bulunduğunu kastediyor olabileceğini not eder¹²⁷⁶. Örneğin, Raz’ın şu ifadesine rastlıyoruz:

“Hukukun otorite iddiası hukuki kurumların resmî olarak ‘otorite’ olarak belirlenmesinden, kendilerine tabi olanlara yükümlülük yükleme hakkına sahip olduklarını düşünmelerinden, kendilerine tabi olanların onlara sadakat yükümlülüğü altında olduğunu iddia etmelerinden ve kendileri tabi olanların hukuka uyulmasını talep ettiği şekilde uymaları gerektiğinden anlaşılır.”¹²⁷⁷

Dworkin hukuk yetkililerinin sıklıkla bu tür bir iddiada bulunmasının ayrı, bu iddiada bulunmadıkları sürece hukukun “hukuk” olarak nitelendirilememesinin ayrı hususlar olduğunu vurgular. Hatta ona göre pek çok yetkili söz konusu iddiada bulunmamaktadır¹²⁷⁸. Bir toplumda hukukun mevcut olup olmadığı, o toplumun “otoritelerinin” karar verirken ve hukuku uygularken belli iddialarda bulunup bulunmadığına bağlanamaz¹²⁷⁹. Bu nedenle de Dworkin Raz’ın kişileştirmesini, hukuk yetkililerinin iddiasını hukukun kendisine taşımasını anlamlandıramaz¹²⁸⁰. Raz’ın bu yoruma alternatif olarak önerdiği durum hukukun meşru otoriteye sahip olduğunun düşünüldüğü durumlardır. Raz her hukuk sisteminde *de facto* otoritenin söz konusu olduğunu varsayar¹²⁸¹. Bundan ya her hukuk sisteminin meşru otorite sahibi olduğunu iddia ettiğini, ya meşru otoriteye sahip olduğunun düşünüldüğünü ya da bu ikisinin birlikte gerçekleştiği sonucunu çıkarır¹²⁸².

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, ss. 215-216.

¹²⁷⁸ Dworkin, “Thirty Years On”, *op. cit.*, s. 1666.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, ss. 1666-1667.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, s. 1667.

¹²⁸¹ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, s. 215. Bu varsayımı hukuk sisteminin genel etkililiğinin o hukuk sisteminin varlığı için ön şart olduğu görüşüyle ilişkilendirmek mümkündür. Genel etkililik şartı için bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 212.

¹²⁸² Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, s. 215.

Bu noktada Raz’a itiraz etmek de mümkündür. Çünkü “her hukuk sisteminde *de facto* otoritenin olduğu” düşüncesi makul olsa da, bu öncülden her hukuk sisteminin ya meşru otorite iddia ettiği, ya meşru otorite sahibi olduğunun kabul edildiği ya da ikisinin bir arada gerçekleştiği sonucu çıkarılamaz. Bu sonucun çıkarılabilmesi için yönetilenlerin otoritenin meşru olduğunu kabul etmediği ve otoritenin meşru otorite iddiasında olmadığı durumlarda *de facto* otoritenin mevcut olamayacağının gösterilmesi gerekir. Ancak, en azından istatistiksel olarak, *de facto* otoritelerin genellikle bir şekilde meşru otorite olduklarını iddia ettikleri düşünülebilir.

Dworkin Oliver Wendell Holmes’a atfen hukuka tabi olanlar hukukun meşru otorite sahibi olmadığını düşünse dahi hukukun mevcut olabileceğini düşünür¹²⁸³. Holmes’un görüşüne göre, hukuk kuralları muhataplarının sahip olduğu sıradan eylem sebeplerinin yerini almaz, bunun yerine pratik değerlendirme neticesinde belli bir sonuca ulaşılmasını daha olası hâle getirecek ek sebepler sunar¹²⁸⁴. Örneğin, belli bir eylemin yaptırma bağlanmış olması, muhatapların söz konusu eyleme ilişkin değerlendirmesinde eylem aleyhine sağduyu kaynaklı bir sebep sağlar. Hem hukuk uygulayıcılarının hem de vatandaşların Holmes’un görüşünü benimsediğini varsayarsak, hukukun doğasını ve niteliğini bu doğrultuda açıklamak zorunda olur muyuz? Vatandaşların ve hukuk uygulayıcılarının görüşü değiştiğinde, hukukun doğasının değişeceğini, hukukun tekrar doğacağını mı varsaymalıyız? Holmes’un ve onunla birlikte hukuk uygulayıcıları ve vatandaşların haksız olduğunu, hukuka uymanın, onların görüşünden bağımsız olarak, ahlaki bir gereklilik olduğunu söylemek daha doğru olmaz mı¹²⁸⁵? Dworkin’in bu ikinci alternatifte ilişkin sorularını bu şekilde özetleyebiliriz. Dworkin’in analizi devam etmektedir. Ancak, biz Gardner’ın eleştirisine esas olan kısmı aktarmakla yetiniyoruz.

Gardner’a göre Dworkin’in bu analizdeki pek çok hatasından ilki hukuk adına ileri sürülen resmî iddiaların hukuk uygulayıcısının hukuk hakkındaki düşüncesine bağlı olduğunu sanmaktır. Her ne kadar Raz “*Ethics in the Public Domain*”de hukuk uygulayıcılarının (*officials*) hukuku nasıl “gördüğünden” (*regard*) bahsetse de, başka bir

¹²⁸³ Dworkin, “Thirty Years On”, *op. cit.*, s. 1667.

¹²⁸⁴ Bkz. Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Boston University Law Review*, C. 52, S. 2 (1972), ss. 212-213.

¹²⁸⁵ Dworkin, “Thirty Years On”, *op. cit.*, s. 1667.

yerde hukukun ahlaki otorite sahibi olduğunu iddia etmekle bu otoriteye sahip olmadığına inanmanın çelişkili olmadığını ifade etmiştir¹²⁸⁶. Bunun nedeni iddiaların doğru ve yanlış olabileceği gibi, samimi ve samimiyetsiz de olabilmesidir¹²⁸⁷.

Raz'ın otorite iddiasının bu savunusu ilginçtir. Açıkçası samimiyetsiz iddiaların iddia olma niteliği, doğruluk iddiasının hukuk kurallarına atfedilebilir olup olmadığı açısından da önemlidir. Yukarıda resmî görevi nedeniyle kararının doğru olduğunu iddia etmek zorunda olan, ancak özel yaşamında söz konusu kararın ahlaken yanlış olduğunu beyan eden hâkimin durumunda, bu iddialardan birinin samimiyetsiz olması gerektiğine dikkat çekmiştik. Bir başka deyişle, kişinin iddia ettiğinin doğruluğuna inanmadığını ve samimiyetsiz olan iddia pekâlâ resmî iddia olabileceği için, söz konusu iddianın “doğruluk iddiası” olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmüştük. Belki de bu görüşümüzde fazlaca aceleci davrandık.

Samimiyetsiz bir biçimde, doğruluğuna inanılmadan dile getirilen bir söz ediminin “iddia” niteliği taşıyıp taşımadığı ilginç bir sorundur. Samimiyetsiz söz edimlerinin iddia olarak kabul edilebileceği düşüncesi, ifade edilen, ancak doğruluğuna inanılmayan söz edimlerini açıklamakta eksik kalacaktır. Örneğin, Türkiye'nin en iyi basketbol takımının Anadolu Efes olduğunu iddia eden bir kimsenin, aslında en iyi takımın Fenerbahçe olduğuna inanıyorsa, “En iyi takımın Anadolu Efes olduğunu *gerçekten* iddia etmedim” şeklinde bir açıklamada bulunması anlamlıdır. İddiada iddia edilen önermenin doğru olduğuna yönelik inanç beslenmesi gerektiğini düşünmekte anlamlı bir taraf vardır. Öte yandan, iddiaların ancak samimi bir biçimde, yani içeriğinin doğruluğuna ilişkin inançla dile getirilebileceğini savunmanın da açıklayamadığı durumlar olabilir. Türkiye'nin en iyi basketbol takımına ilişkin açıklamada bulunan kişinin çok yakın bir arkadaşını düşünelim. Bu arkadaş açıklamada bulunan arkadaşına “Bu iddianın samimi olmadığını biliyorum” dediğinde, söz konusu açıklamayı yine de bir “iddia” olarak kabul etmiyor mu? Arkadaşın burada bildiğini ifade ettiği husus iddia sahibinin iddianın doğruluğuna inanmadığı değil mi? Belki de iki durumda kullanılan “iddia” sözcükleri farklı anlamlara sahiptir.

¹²⁸⁶ John Gardner, “How Law Claims, What Law Claims”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 31. Raz'ın söz konusu iddiası için bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., ss. 147-148.

¹²⁸⁷ Gardner, “How Law Claims, What Law Claims”, op. cit., s. 31.

Esasında söz edimleri teorisinde samimiyetin (*sincerity*) başarılı bir biçimde söz ediminde bulunabilmenin şartlarından biri olduğu, samimiyetsiz biçimde söz ediminde bulunan kişinin ediminin “kusurlu” olduğu ifade edilir¹²⁸⁸. Bizi ilgilendirense bu kusurun söz konusu edimi “o edim” olmaktan çıkarıp çıkarmayacağıdır. İddialara ilişkin olarak samimiyetsizliğin söz edimini iddia olmaktan çıkarmayacağı düşünülmektedir¹²⁸⁹. Bu nedenle iddiaların samimiyetsiz de olsa birer iddia olabileceğini kabul ederek, Alexy’nin doğruluk iddiasının öznel veya nesnel olarak dile getirilmesine ilişkin açıklamalarına döneceğiz. Bu kabulün, ilgili yerde yaptığımız açıklamayı değiştirip değiştirmeyeceğini ele alacağız.

Hatırlanacağı gibi, eğer iddiada bulunabilenlerin yalnızca söz ediminde bulunma kapasitesine sahip olan varlıklar olduğu ve hukukun iddia edemeyeceği kabul edilirse, samimiyetsiz biçimde nesnel doğruluk iddiasında bulunan yargıcın bu iddiasından yola çıkarak hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, MacCormick’in eleştirisi kabul edildiğinde -ki biz bu eleştiriyi kabul etmemek için bir sebep göremedik- Alexy’nin teorisinde hukuk uygulayıcısının doğruluk iddiası ile hukuk normu arasındaki köprünün nasıl kurulacağı sorunlu hâle gelmektedir. Alexy, hukuk normlarının iddia edemeyeceğinin farkında olduğunu, ancak katılımcı rolünü üstlenen kişinin zorunlu olarak doğruluk iddiasında bulunduğu sürece kararı verenin veya iddada bulunanın iddiasının karara veya argümana yansıtılabileceğini düşünür. Bu bağlamda, özel hayatında verdiği kararın doğru olmadığını iddia eden bir yargıç, Alexy’ye göre bir katılımcı olarak var olduğu yargılama sürecinde zorunlu olarak bu iddiada bulunacaktır. Biz ilgili kısımda katılımcının doğruluk iddiasının samimi olması gerektiğini varsaymıştık. Burada bu iddianın samimi olmayabileceği olasılığını değerlendirmek ve yukarıda vardığımız sonucun değişip değişmediğini görmek durumundayız.

Bu noktada önemli hususun doğruluk iddiasında bulunmasının zorunlu olduğu ifade edilen katılımcının perspektifi olduğunu düşünüyoruz. Hatırlanacağı üzere, katılımcı hukukun ne olduğunu ortaya çıkarmaya çalışan, bu yöndeki tartışmalara

¹²⁸⁸ Örn. bkz. Daniel Vanderveken, “Illocutionary Logic and Self-Defeating Speech Acts”, in *Speech Act Theory and Pragmatics*, editörler: John R. Searle, Ferenc Kiefer ve Manfred Bierwisch, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980, ss. 256-257.

¹²⁸⁹ Stephen J. Barker, *Renewing Meaning: A Speech-Act Theoretic Approach*, Oxford: Clarendon Press, 2004, s. 46.

argüman sunan kimsedir. Bu anlamıyla katılımcı hukukun ideal, yani ahlaki kriter ve değerlendirmeleri de içeren boyutuyla ilgilenir. Kanımızca, bu durumda katılımcının ahlaki doğruluk iddiasının samimiyeysiz bir iddia da olabileceğini kabul etmek katılımcının tanımıyla çelişki teşkil edecektir. Ahlaki boyutuyla hukuku ele alan katılımcı, ulaştığını iddia ettiği sonuca dayanarak verdiği kararın ahlaki olarak doğru olduğunu samimi bir biçimde dile getirmiyorsa, hukuku ahlaki boyutuyla ele almamış demektir. Bu durumda ise bir katılımcı olduğundan bahsedilemez. Hemen belirtelim ki katılımcının samimi bir biçimde hukukun ne olduğu konusunda yanılması mümkündür. Ancak hukukun ne olduğu konusundaki çıkarımına dayanarak verdiği kararın ahlaken doğru olduğunu samimi bir biçimde iddia etmiyorsa, hukukun ne olduğu konusunda yanılmıyor, hukukun ne olduğuyula ilgilenmiyor demektir. Dolayısıyla, Raz'ın teorisi açısından ciddi bir sorun yaratmadığı Gardner tarafından ifade edilen “samimiyeysiz iddia” kavramı, Alexy'nin teorisi açısından kabul edilebilir değildir. Sonuç olarak, yukarıda yaptığımız eleştiri, yani öznal-nesnel doğruluk iddiası ayrımının Alexy'nin teorisi açısından kabul edilemeyecek olan iki farklı sonuca yol açacağı düşüncesi hâlâ geçerlidir.

Gardner'ın Dworkin eleştirisine geri dönelim. Dworkin'in ilk hatasıyla ilgili bir başka husus Holmes'un hukukun ahlaki yükümlölük yarattığı iddiasını, samimi olarak, ancak bu iddiada bulunduğunun bilincinde olmadan dile getirebilecek olmasıdır. Gardner'a göre insanlar pek çok durumda belli bir şeyi iddia ettiğini bilmeden o şeyi iddia etmektedir. Bir başka deyişle, Holmes'un hukuk hakkında aslında inanmadığı bir iddiada bulunabilmesi için mutlaka samimiyeysiz olmasına gerek yoktur¹²⁹⁰.

Gardner'a göre, Dworkin'in ikinci hatası hukuk uygulayıcılarının hukuk adına yeknesak bir iddiada bulunup bulunmadığını anlamının tek yolunun ampirik bir değerlendirme olduğunu düşünmesidir. Oysa hukuk adına ahlaki iddialarda bulunmayan bir hukuk uygulayıcısının “hukuk uygulayıcısı” sıfatı altında hareket etmediği düşünülebilir¹²⁹¹. Dolayısıyla, belli bir hukuk uygulayıcısının hukuk adına ahlaki bir iddiada bulunmaması, hukuk uygulayıcılarının hukuk adına otorite iddiasında

¹²⁹⁰ Gardner, “How Law Claims, What Law Claims”, *op. cit.*, s. 31.

¹²⁹¹ *Ibid.*

bulunmasının zorunlu olmadığını değil, söz konusu kişinin söz konusu anda “hukuk uygulayıcısı” sıfatıyla hareket etmediğini gösterir.

Kanımızca bu argüman döngüseldir. Bize söylediği şudur: Hukuk uygulayıcıları hukuk adına zorunlu olarak otorite iddiasında bulunur ve her kim bu iddiada bulunmazsa hukuk uygulayıcısı değildir. Kuşkusuz hukuk uygulayıcılığının hukuk adına ahlaki iddialar öne sürmek zorunda olmak dışında başka kriterleri de vardır. Açıklanması gereken husus, hukuku uygularken otorite iddiasında bulunmayan kişinin niçin “hukuk uygulayıcısı” sıfatıyla hareket etmediğidir. Gardner’ın argümanından bu durumun sebebini anlamak pek mümkün değildir.

Gardner Dworkin’in üçüncü ve son hatasının hukuk uygulayıcılarının iddialarının ancak metaforik biçimde ve hukukun uygun olmayan bir biçimde kişileştirilmesi neticesinde atfedilebileceğini düşünmesi olduğunu belirtir¹²⁹². Bu eleştirisini açıklamak için “toplu öznellik” (*concerted agency*) kavramına başvurur. Buna göre, iki tür toplu öznellik söz konusu olur. Birine örnek olarak spor takımları verilebilir. Burada takımın eylemi takımı oluşturan oyuncuların ortak eylemlerinin sonucudur. Bununla birlikte, şirket veya yasama organı gibi toplu öznellik örneklerinde durum farklıdır. Bir şirket ancak kendisini oluşturan üyelerinin belli bir kısmı belli bir eylemi gerçekleştirirse bir eylemde bulunmuş olur¹²⁹³. Gardner’a göre belli hukuk uygulayıcıları tarafından ileri sürülen otorite iddiasının hukuka atfedilmesi, hukuk uygulayıcılarının iddiasının özünü başka türlü açıklayamayacağımız için gereklidir. Nitekim hukuk adına iddiada bulunmak, belli kişileri hukuk uygulayıcısı yapan niteliklerden biridir¹²⁹⁴.

Gardner’ın bu son argümanına da itiraz edilebilir. Buna göre, toplu öznellik temelinde hukuk uygulayıcılarının eylemi hukuka değil, MacCormick’in ifade ettiği gibi, devlete atfedilmelidir¹²⁹⁵. Neticede hukuk uygulayıcılarının unsurunu teşkil ettiği şey hukuk değil, devlettir. Bu bağlamda, Dworkin’in hukukun uygun olmayan bir biçimde kişileştirildiği eleştirisinin hâlâ geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Daha önce de

¹²⁹² *Ibid.*, s. 32.

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ *Ibid.*, s. 33.

¹²⁹⁵ MacCormick’in iddiası için bkz. MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, *op. cit.*, s. 62.

vurguladığımız gibi, devletin bir kişi olarak görülmesi, hukuktan bir kişi olarak bahsetmekten daha anlamlıdır. Neticede devlet bir anlamda (tüzel) kişidir. Bununla birlikte, Kelsenci bir devlet-hukuk özdeşliği savunulmadıkça hukuk uygulayıcılarının iddialarının hukuka değil, olsa olsa devlete atfedilebileceğini kabul etmek durumundayız.

(2) Doğruluk iddiasına karşı

Gardner'ın Alexy'nin doğruluk iddiasına odaklanan eleştirisi “X egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir” şeklindeki anayasal hüküm ile yargıcın “şüpheli müebbet hapse mahkûm edilmiştir ki bu yürürlükteki hukukun yanlış bir yorumudur” şeklindeki kararındaki kusurları ele alır. Gardner'a göre, yargıcın kararında kavramsal değil, pragmatik bir sorun bulunmaktadır. Kavramsal bir sorun olmamasının nedeni, bu örnekteki iddianın hukukun iddiası olmamasıdır¹²⁹⁶. Gardner, yargıcın bu örnekte neyin hukuk olduğu, yani bir şüpheliyi mahkûm ederken yargıcın hukuki yetki ve yükümlülüklerinin ne olduğuna ilişkin bir iddiada bulunduğunu vurgular¹²⁹⁷. Bu ise hukukun iddiası olamaz. Çünkü hukuki bir yetki veya yükümlülük hukukun bir yetki veya hükümlülük olduğunu iddia ettiği şeyden başka bir şey değildir¹²⁹⁸. Bir başka deyişle, yargıcın kararı Alexy'nin iddia ettiği gibi hukukun iddiasıyla çelişmez.

Bununla birlikte, “adaletsiz cumhuriyet” örneği farklıdır. Nitekim burada hukuki yükümlülük veya yetkilerin ne olduğundan ziyade bu hukuki yükümlülük ve yetkilerin ahlaki niteliğine ilişkin bir değerlendirme söz konusudur¹²⁹⁹. Bu noktada Gardner, bir hukuk kuralının (veya sisteminin) ahlaken yanlış olduğunu iddia etmeden adaletsiz olduğunun iddia edilebileceğini belirtir¹³⁰⁰. Bunun nedeni adaletle ilgili bütün değerlendirmelerin ahlaki olmasına rağmen, ahlakla ilgili bütün değerlendirmelerin adaletle ilgili olmaması; kısacası, ahlakın adalet fikrini kapsamasıdır¹³⁰¹.

¹²⁹⁶ Gardner, “How Law Claims, What Law Claims”, *op. cit.*, ss. 38-39.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, s. 38.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*, s. 39.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ *Ibid.*

Gardner, Alexy'nin adalet fikrinin ahlaki doğruluğun hukuk sistemlerine uygulanmış özel görünümü olarak anlaşılabilceğini, ancak bu düşüncenin hatalı olacağını, çünkü hukuk uygulayıcılarının kimi zaman adaleti merhamet veya sağduyu uğruna feda ettiğini ve bunu hukuk adına yaptıklarını belirtir¹³⁰². Ona göre, en nihayetinde “adaletsiz cumhuriyet” fikrinin kavramsal olarak sorunlu olmasının nedeni hukukun ahlaki doğruluk iddiasında bulunması değil, ahlaki otorite iddiasında bulunmasıdır¹³⁰³. Bunun en güzel örneği de hukuk uygulayıcılarının yerleşik içtihadın otoritesiyle bağlı olduklarını belirtmelerine rağmen verdikleri kararın ahlaki içeriğini sorgulayabilmeleridir¹³⁰⁴. Benzer şekilde, hukuk kuralı doğrultusunda karar veren mahkemeler kimi zaman hukuk kuralının ahlaken doğru olmadığını, ancak kuralı değiştirme veya ihmal etme yetkisine sahip olmadıklarını vurgulayabilmektedirler. Gardner'ın dikkat çektiği ve bizim örneğini verdiğimiz durumlarda hâkimlerin yine de kararın ahlaken doğru olduğunu vurguladıklarını düşünmek mümkün müdür?

Sanıyoruz Alexy'nin bu örneklere verebilecek bir yanıtı vardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi Alexy bir normun ahlaka aykırılığı nedeniyle geçersizliğinin tartışma konusu edildiği durumlarda hukuki belirlilik değeriyle adalet değerinin tartılacağını söyler¹³⁰⁵. Bu tartma işleminde, adalet aşırı düzeyde ihlal edilmediği sürece hukuki belirlilik değeri galip gelecektir¹³⁰⁶. Dolayısıyla, bir kanunu ahlaki açıdan eleştirmekle birlikte kanuna dayanarak karar veren hâkim belirlilik ile adalet değerlerinin çatışmadığı daha ideal bir senaryoya işaret etmektedir. Bununla birlikte, hâkim yine de doğruluk iddiasında bulunabilir: Somut duruma ilişkin olarak belirlilik değerine dayanarak karar vermek “her şey dikkate alındığında” ahlaken doğrudur. Sonuç olarak, Gardner'ın bu son eleştirisinin başarılı olmadığını söyleyebiliriz.

(3) Zorunlu bağlantı tezine karşı

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ *Ibid.*, ss. 39-40.

¹³⁰⁴ Bkz. *ibid.*, ss. 40-41.

¹³⁰⁵ Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, *op. cit.*, s. 52.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

Gardner'ın Alexy tarafından benimsenen “zorunlu bağlantı tezi”ne (*necessary connection thesis*) yönelik eleştirisi oldukça kısa ve öz dür. Gardner ilk olarak, Raz gibi, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bağlantı bulunduğunun hiçbir pozitivist tarafından reddedilmediğini vurgular. Buna göre, ahlakta da hukukta da “yetki”, “yükümlülük” ve “hak” gibi normatif kavramlara yer verilmesi iki alan arasında zorunlu bir bağlantı göstermeye yeterlidir¹³⁰⁷.

Gardner'a göre asıl sorun, hukukun ahlaki bir iddiada bulunması zorunluluğunun Alexy tarafından hukuki pozitivizm aleyhine bir zorunluluk olarak yorumlanmasıdır. Eğer hukuk ahlaken doğru olduğu iddiasındaysa, buradan zaten ahlaka aykırı hukukun olabileceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim bir iddia tanımı itibarıyla doğru olabileceği gibi yanlış da olabilmelidir¹³⁰⁸. İkinci olarak, eğer bir şey iddiada bulunabiliyorsa ve bunu doğrudan kendisi yapamıyorsa, onun adına konuşacak ve iddiada bulunacak kişilere ihtiyacı vardır. Hukukun durumu da böyledir. Oysa ahlakın kendi adına konuşabilecek “yetkilileri” bulunmaz ve bu nedenle iddiada da bulunamaz. Gardner'a göre bu ikinci husus da hukuki pozitivizmin hukuk ve ahlak ayrılığı tezini kuvvetlendirmektedir¹³⁰⁹. Bu durumda Gardner, Alexy'nin “hukuki pozitivizm”e bir cevap olarak gördüğü teorinin aslında hukuki pozitivizmin Alexy'ye cevabı olarak yorumlanmasının daha yerinde olacağını düşünür¹³¹⁰.

Alexy'nin teorisi elbette ahlaka aykırı hukuk kurallarının varlığına müsaade etmektedir. Hatta Alexy'nin teorisine göre bir hukuk kuralı hiçbir ahlaki doğruluk iddiasında bulunmamasına rağmen geçerli kabul edilebilmektedir. Sorun, adalete aşırı derecede aykırı olan hukuk kuralı veya ilkenin hukuk normu olma niteliğini kaybettiği noktada ortaya çıkmaktadır. Alexy'nin bir hukuk kuralı tarafından ileri sürülmesi dahi şart olmayan doğruluk iddiasından, hukuk kuralının adalete belli bir eşiği geçecek düzeyde aykırı olmasının kuralın geçersizliğine yol açtığı sonucuna “sıçramayı” tam olarak nasıl gerçekleştirildiği belirsizdir. Bu nedenle de Gardner, Alexy'nin teorisinin geri kalanının niçin hukuki pozitivizmle çatıştığını anlayamamıştır.

¹³⁰⁷ Gardner, “How Law Claims, What Law Claims”, *op. cit.*, ss. 41-42.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, s. 42.

¹³⁰⁹ *Ibid.*

¹³¹⁰ *Ibid.*

(4) Alexy'nin yanıtları

Alexy doğrudan ve dolaylı iddialar arasında yaptığı bir ayrım ile işe başlar. Buna göre, hukukun yanlış bir yorumuna dayanarak sanığın mahkûmiyetine karar veren yargıcın durumundaki sorun yargıcın dolaylı olarak iddia ettiği ile doğrudan iddia ettiği arasındaki çatışmadır. Mantıksal anlamda bir çelişki olan ve Alexy'ye göre edimsel çelişki teşkil eden bu örnek, bu şekilde anlaşıldığında ortada kavramsal bir sorun olduğu görülecektir¹³¹¹.

Alexy'nin bu açıklamasıyla ilgili olarak söyleyebileceğimiz şey, diğer bazı iddiaları açısından dile getirdiklerimizi tekrarlamaktan ibarettir. Gardner'ın bu örnekleri vermesinin nedeni zaten hukuk ve doğruluk iddiası arasındaki zorunlu kavramsal bir bağ bulunmadığını göstermektir. Dolayısıyla, ortada kavramsal (zorunlu) değil, pragmatik bir sorun olduğuna yönelik bir eleştirinin “zorunlu kavramsal bağ”a dayanılarak savuşturulması mümkün olmamalıdır.

Alexy “adaletsiz cumhuriyet” örneğine ilişkin Gardner'ın eleştirilerine yanıt verirken cevabın adalet kavramına bağlı olduğunu belirtir. Buna göre, eğer adalet ahlaki doğruluğun özel bir görünümü (*special case*) olarak kabul edilirse, adalet kavramının kendi içindeki kriterlerin çatışabileceğini ve bu çatışmanın dengeleme ile çözülebileceğini belirtir¹³¹². Gardner'ın hoşgörü, insanlık ve merhamet gibi değerler uğruna adaletin feda edilebileceği yönündeki görüşünü ele alan Alexy, insanlık, merhamet ve hoşgörü gibi değerleri içermeyen bir adalet anlayışının çok dar olacağını ve bu dar adalet anlayışının hukukun doğruluk iddiasıyla çelişeceğini belirtir¹³¹³.

Alexy'nin aksiyolojik geçerlilik anlayışıyla ilgili sorunlarımızı ve bu anlayışa karşı itirazlarımızı yukarıda elimizden geldiğince aktarmaya çalıştık. Buna göre, en büyük sorunumuz Alexy'nin teorisinin hukukun geçerliliği ile ahlaki doğruluğu

¹³¹¹ Robert Alexy, “Comments and Responses”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 319-320.

¹³¹² *Ibid.*, ss. 320-321.

¹³¹³ *Ibid.*, s. 321.

arasındaki ilişkiyi, yani adalete belli bir düzeyin üzerinde aykırılık teşkil eden hukuk kurallarının geçersizliğini temellendirememiş olmasıdır. Bunun yanında, teoriye yöneltlen eleştirilere karşı döngüsel argümanlara başvurulması, hukuk yapıcılarının iddialarından, hukuk kuralının içeriğine doğru ikna edici olmayan bir sıçramanın gerçekleştirilmesi Alexy'nin doğruluk argümanını ve dolayısıyla geçerlilik anlayışını benimsememizin önüne geçmektedir. Bu noktadan sonra genel olarak aksiyolojik geçerlilik anlayışının ne anlamda kabul edilemeyeceğini, neyi gösterebildiğimizi ve neyi göstermeyi amaçlamadığımızı ele alan kısa bir değerlendirmeye devam etmek isteriz.

İncelenen üç önemli hukuk teorisine göre hukuki geçerlilik anlayışının eksik bulduğumuz yanlarını dile getirmeye çalıştık. Ancak, kabul etmek gerekir ki burada söylediklerimiz aksiyolojik geçerlilik anlayışının hiçbir şekilde doğru olamayacağını göstermeye yetmez. Biz ancak, çağdaş pozitivizm karşıtı akımın önemli temsilcileri olduğunu düşündüğümüz bu üç düşünürün teorisindeki geçerlilik anlayışına ilişkin bazı eksikliklere işaret etmiş olabiliriz.

Bununla birlikte, pozitivist olmayan bu teorilerin üçünün de dikkate değer bir noktaya işaret ettiğini kabul etmek gerekir. Hukuk kuralının gayriahlaki olmasının o hukuk kuralı üzerinde bir etkisinin olmasını sezgisel olarak doğru buluruz. Yukarıda hukuki pozitivizmin gayriahlaki hukuk kurallarının en azından ahlaken eleştirilebilir olduğunu kabul ettiğini vurguladık. Peki ama bu kadar mı? İçeriği itibariyle bütün ahlaki ilkeleri hiçe sayan bir hukuk kuralını eleştirmekle mi yetineceğiz?

Radbruch, Fuller ve Alexy farklı perspektiflerden bu soruya yanıt aramışlardır. Ancak, bu üç düşünürün teorisinin talebi kanımızca “fazla”dır. Talep ettiklerini temellendirecek kadar güçlü argümanlara sahip değildir. Bununla birlikte, işaret ettikleri yöne doğru bir adım atmamız mümkündür. Hukuki normativiteyi eylem sebepleri temelinde açıklamayı amaç edindiğimize göre, muhatabın belli bir hukuk kuralına uymak (veya hukuk uygulayıcıları açısından bu hukuk kuralını uygulamak) yönünde sahip olduğu sebepler, aksi yönde sahip olduğu eylem sebepleri tarafından yenilirse, muhatabın hukuk kuralına uymaması gerekir.

Varsayalım ki somut durumdaki hukuk kuralı Raz'ın otoritatif direktifleri için aranan şartları taşıyor. Bu durumda muhatap, eğer şartları mevcutsa¹³¹⁴, hukuk kuralına uymak yönünde bir eylem sebebine sahip olabileceği gibi, kuralın içeriğinin gayriahlaki olması nedeniyle, hukuk kuralının gösterdiği eylemi yerine getirmemek yönünde ahlaki bir eylem sebebine de sahip olacaktır. Öyleyse, ahlaki sebebin ağır bastığı durumlarda hukuk kuralı ihlal edilmelidir. Benzer bir akıl yürütme adalete aykırı bir hukuk kuralını uygulamak durumunda bulunan hâkim için de gerçekleştirilebilir. Eğer hâkimin bir hukuk kuralını uygulamak yönünde sahip olduğu eylem sebebi ile uygulamamak yönünde sahip olduğu eylem sebepleri tartıldığında, uygulamamaya yönelik sebepler ağır geliyorsa, pekâlâ hâkimin söz konusu kuralı uygulamaması gerektiği söylenebilir.

Radbruch ve Alexy'nin teorilerinde bir hukuk kuralının ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması için geçersiz kılınması gerekir. Bu düşünürler tarafından ihmal gibi bir yöntem öngörülmemektedir. Hukuk uygulayıcıları ise geçersiz kılamadıkları normları uygulamalıdır. Bunun nedeni, hukukun uygulanmasında belirlilik gibi önemli bir değer söz konusu olmasıdır. Dolayısıyla, Radbruch veya Alexy'ye göre, ancak hukuk kuralından kaynaklanan ağır adaletsizliklerden kaçınmak mümkün olacaktır. Bizim anlayışımızda ise kaçınılabilecek adaletsizliklerin büyüklüğünün önceden kestirilmesi mümkün değildir. Nitekim bir hukuk kuralından kaynaklanacak olan adaletsizlik aşırı düzeyde olsa bile, hukuk kuralını uygulamak için sahip olunan sebepler belirlilik ile sınırlı olmadığından, hukuk kuralını uygulamak için daha güçlü bir sebebimizin bulunması mümkün olabilir. Bazı diğer durumlardaysa hukuka uymak yönünde olan sebep de zayıf olduğundan, küçük adaletsizliklerden kaçınmak da mümkün olabilir.

Bu noktada incelemeye konu teorilerin talebinin gereğinden daha radikal olduğunu söyleyebiliriz. Eylem sebeplerine dayanan herhangi bir anlayış, adalete aykırı hukuk kuralına uymamanın kimi şartlar altında niçin gerekli olabileceğini açıklayabilir. Ancak, ahlaka aykırı kuralın geçersiz olabileceği düşüncesi kanımızca açıklanamamaktadır. Nitekim eylem sebeplerine dayanan bir anlayış ihmal veya ihlal

¹³¹⁴ Bu şartları incelemek zaten çalışmamızın bu kısmının konusudur. Dolayısıyla, bu şartların ne olduğuna burada yer vermiyoruz.

edilen hukuk kuralının yine de bir eylem sebebi olmasını gerektirir. Nitekim gerek dışlayıcı sebep nedeniyle dışlanma, gerekse diğer kefedeki eylem sebeplerinin ağır gelmesi durumunda dışlanan veya yenilen sebeplerin birer eylem sebebi olmaya devam edeceğini daha önce belirtmiştik. Geçersiz kılınan hukuk kuralı ise artık muhatabı açısından eylem sebebi teşkil etmeyecek veya kimsenin bu norma uymak için davranış sebebine sahip olacağı söylenemeyecektir.

Pratikte adalete aşırı düzeyde aykırı normun ihmali ve geçersiz kılınması arasında bir fark olmadığı düşünülebilir. Argüman şöyledir: “Neticede bir kuralın hâkim tarafından bir olaya uygulanması söz konusu kuralın içeriği açısından adaletsizlik teşkil edecekse, başka bir olaya uygulanması da adaletsizlik teşkil edecektir. Dolayısıyla, hiçbir zaman uygulanamayacak bir hukuk kuralının geçerli kabul edilmesi anlamlı değildir”. Bu argümana karşı şunu öne sürebiliriz. İlk olarak, çoğu durumda hukuk kuralının veya hukuki bir uygulamanın içeriği itibariyle ahlaka aykırı bir yönü yoktur. Ancak, bu kuralların somut olaya uygulanması “ilk bakışta adil ve tarafsız” görünen kural ve uygulamaların adaletsiz sonuçlara yol açmasına neden olabilmektedir. Hâl böyle olunca, ihmal ve geçersizlik durumlarının pratikte bir fark yaratmayacağı söylenemez. Belki, bu itirazı Radbruch’un düşüncesi doğrultusunda baştan itibaren adaletsizlik yaratmayı amaçlayan hukuk kurallarıyla sınırlandırmak mümkün olabilir. Bu tür kuralların uygulandıkları her an adaletsizliğe yol açacağı iddia edilebilir. Ancak, Radbruch formülü yalnızca baştan itibaren adaletsizliğe yönelmiş normları değil, somut durumda uygulanması tahammül edilemeyecek düzeyde adaletsizliğe yol açacak normları da konu edinmekte, bu kuralların da geçersiz kılınması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, yine de ihmal ve geçersiz kılma durumlarının pratikte bir fark yaratmayacağını söyleyemeyiz.

III.SİSTEMSEL GEÇERLİLİK

Aksiyolojik geçerlilik anlayışına ilişkin üç önemli teori bize aradığımız geçerlilik anlayışını sunamadı. Adaletsiz bir sonuca yol açmamak için ahlaka aykırı hukuk normunun “uygulanmaması”, hukuk uygulayıcısının karar verirken bu norma dayanmaması yeterli olabileceken, belli bir eşiğin üzerinde aykırılık içeren normun

geçersiz olacağı iddiası sağlam bir temel üzerine oturtulmamıştır. Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkinin kavramsal olarak zorunlu olduğuna dair ikna edici argümanlar sunulamamıştır. Bu nedenle belki de hukuk normunun geçerliliğine dair farklı bir perspektife yönelmemiz gerekir.

Bu yeni perspektif hukuk normunun geçerliliğini olgu temelinde, aşkın, meta-pozitif kriterlere yer vermeden açıklamaya çalışır. Bu anlamda genellikle pozitivist hukuk teorilerinin benimsediği sistemsel geçerlilik (*systemic validity*) anlayışı karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi, sistemsel geçerlilik anlayışını benimseyen teoriler hukuki normativiteyi kurmaya ilişkin zayıf bir teşebbüste bulunmakta, bu nedenle, olgusal geçerlilik anlayışının aksine, çalışmamız açısından detaylı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir.

Bu bölümdeki amacımız, tıpkı aksiyolojik geçerlilik anlayışı için yaptığımız gibi, sistemsel geçerlilik anlayışını değerlendirmek ve hukuki normativitenin açıklanması açısından bu anlayışın ne ölçüde faydalı olduğunu ortaya koymaktır. Bir başka deyişle, aradığımız geçerlilik anlayışının yalnızca hukuk pratiğinde “geçerlilik” ifadesi ile kastedileni karşılaması yeterli değildir. Bu anlayışın aynı zamanda hukuki normativiteyi açıklama konusunda eylem sebeplerine dayanan teorilerle bağdaşır nitelikte olması gerekir.

Sistemsel geçerlilik en kısa biçimiyle bir hukuk normunun bir hukuk sistemine ait olması nedeniyle geçerli olduğu düşüncesidir¹³¹⁵. Bu anlamda sistemsel geçerliliğe aidiyet olarak geçerlilik ismi de verilebilir. Bunun yanında sistemsel geçerlilik anlayışına pozitivist geçerlilik¹³¹⁶ veya asıl geçerlilik¹³¹⁷ (*actual validity*) isimleri de verilmektedir. Biz sistemsel geçerlilik ifadesini kullanmaya devam edeceğiz.

Sistemsel geçerlilik anlayışının yukarıdaki tanımını bize geçerliliğin şartını söylemekte, ancak geçerli olmanın ne anlama geldiği konusunda sessiz kalmaktadır. Giovanni Sartor bu durumu yadsımaz. Neticede ona göre, geçerliliğin sonucu hakkında

¹³¹⁵ Bkz. Joseph Raz, “Legal Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 63, S. 3 (1977), s. 345.

¹³¹⁶ Raimo Siltala, *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 182.

¹³¹⁷ Mortimer Sellers, “The Actual Validity of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, C. 37, S. 1 (1992), s. 286.

bir tartışma yoktur. Tartışma, geçerliliğin şartlarına ilişkindir. Buna göre geçerlilik bağlayıcılık anlamına gelmektedir¹³¹⁸. Biz bağlayıcılık kavramının da muğlak olduğunu düşünüyoruz¹³¹⁹. Dolayısıyla, yeterli bir geçerlilik anlayışının yalnızca geçerliliğin şartlarına değil, sonuçlarına dair de bir şeyler söylemesi gerekir.

Sistemsel geçerlilik anlayışı bir hukuk normunun geçerliliğinin şartlarını belirlerken hukuk normu, hukuk sistemi ve aidiyet unsurlarına yer verir. Bu tanımla sistemsel geçerlilik, hukuk sisteminin bütününe değil, sisteme ait bir normun geçerliliğini açıklar. Bununla birlikte, aşağıda göreceğimiz gibi, sistemsel geçerlilik anlayışını benimseyen teorisyenler hukuk sisteminin geçerliliğine ilişkin de bazı tespitlerde bulunmaktadır. Öncelikle, “aidiyet” ile kastın ne olduğuna değinelim.

Alchourrón ve Bulygin’e göre hukuk kuralının hukuk sistemine aidiyeti üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, sistemi kapatan temel bir norm aracılığıyla ait olmaktır¹³²⁰. Buna göre, temel norm veya Tanıma Kuralı gibi hukuk sisteminin temelinde yer alan normlar aracılığıyla, hukuk normlarının geçerlilik zinciri tek bir noktaya dek takip edilebilir hâle gelir. İşte, geçerliliğinin kaynağı bu noktaya kadar takip edilebilen bütün normlar belli bir hukuk sistemi oluşturur. Bir hukuk normunun İngiliz hukuk sistemine mi, yoksa Türk hukuk sistemine mi ait olduğunu, bu normun geçerlilik zincirini takip ederek ulaştığımız nihai norma göre tayin edebiliriz. İkinci olarak yetkili makam tarafından ihdas edilen bir norm olmak suretiyle hukuk sistemine ait olmaktan bahsedilebilir¹³²¹. Buna göre, bir hukuk sistemine ait olduğundan bahsedilebilecek olan hukuk normunun, hangi makam tarafından hangi usul ve şartlara dayanarak tesis edileceği önceden aynı sistemin bir başka normu tarafından belirlenmiştir. Hukuk normu ancak söz konusu prosedüre uyularak ihdas edilmesi durumunda hukuk sistemine ait olur¹³²². Son olarak, Alchourrón ve Bulygin, sistemin temelindeki norm ve yetkili makam tarafından ihdas edilen normun mantıksal

¹³¹⁸ Sartor, “Legal Validity as Doxastic Obligation: From Definition to Normativity”, *op. cit.*, ss. 585-586.

¹³¹⁹ Bununla birlikte, önceki bir çalışmamızda geçerliliğin sonucunun pek tartışmalı olmadığını kabul etmiştik. Bkz. Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *op. cit.*, ss. 679-680.

¹³²⁰ Bkz. Massimo La Torre, “Professor Weinberger’s Lectures on Jurisprudence”, *Ratio Juris*, C. 5, S. 1 (Mart 1992), s. 123.

¹³²¹ *Ibid.*

¹³²² Bununla birlikte, bu anlayışla ilgili bir sıkıntı olduğunu, kimi durumlarda hukuk sisteminin öngördüğü usule uyulmadan tesis edilmiş olan hukuk normlarının da geçerli kabul edildiğini göreceğiz. Bu durumun bir çelişki yaratıp yaratmadığını aşağıda inceleyeceğiz.

sonuçlarının da hukuk sistemine ait olan normlar olacağını belirtir¹³²³. “Çocuklar ebeveynlerine karşı saygılı olmalıdır” şeklinde bir normun geçerli olduğunu gösterdiğimizde “Çocuklar annelerine karşı saygılı olmalıdır” şeklinde bir normun da geçerli olduğunu, sisteme ait olduğunu göstermiş oluruz. Nitekim bu ikinci norm geçerliliği gösterilen ilk normun doğrudan mantıksal sonucudur.

Sistemsel geçerlilik anlayışı hukuku toplumsal bir olgu olarak ele alır. Ancak, tek başına bu ifade bize pek bir şey söylememektedir. Hukukun bir toplumda uygulandığı, hukuku ihlal edenlerin yaptırımlara maruz kaldığı, vatandaşların hukuk kurallarına uyduğu söylenerek hukukun toplumsal olgu olma yönü vurgulanabilir. Ancak benzer gözlemler ahlak açısından da geçerlidir. Ahlak da toplumda uygulanır, insanlar ahlaki normlara uyar veya ahlaksız eylemler toplumsal tepkiyle karşılanabilir¹³²⁴. Bu noktada hukuku ahlaktan ayıran, hukukun kaynağının toplumsal olgular (hukuk yaratan eylem) tarafından yaratılmasıdır¹³²⁵. Toplumsal olgu tezini çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, nihai olarak ulaştığımız geçerlilik anlayışının hukuki pozitivizme uygun olup olmadığını değerlendirirken ele alacağız.

A. WRÓBLEWSKI’NİN SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞI

Pek çok pozitivist yazarın sistemsel geçerlilik için öngördüğü farklı kriterler vardır. Ancak, sistemsel geçerliliğin ön şartlarının en detaylı ve kapsayıcı incelemelerinden biri Jerzy Wróblewski tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, Hart ve Kelsen’in teorilerindeki sistemsel geçerlilik anlayışını ele almadan önce Wróblewski’nin kriterlerine değinmek isteriz.

Öncelikle belirtelim ki, Wróblewski geçerlilik için yalnızca sistemsel geçerliliği ele almayıp, aksiyolojik ve olgusal (doğal hukukçu ve hukuki realist) geçerlilik anlayışlarına da değinir¹³²⁶. Bununla birlikte, genel olarak geçerlilikten ne anlaşıldığını sistemsel geçerlilik anlayışına göre belirler ve aksiyolojik ya da sosyolojik geçerlilik

¹³²³ La Torre, “Professor Weinberger’s Lectures on Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 123.

¹³²⁴ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 151.

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ Bkz. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, *op. cit.*, ss. 78, 79.

anlayışlarının yalnızca istisnaen geçerli olacağını belirtir¹³²⁷. Ona göre, hukuk normları bir sistemin Tanıma Kuralı tarafından belirlenen kriterlere uygunluğu dolayısıyla geçerli olan önermelerdir¹³²⁸. Bununla birlikte, geçerliliğin anlamı, yani sonuçları konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Wróblewski'ye göre bir normun geçerli olduğunun belirtilmesinin bir hukuk normunun muhatabının söz konusu norma uymak yönünde bir yükümlülüğünün olduğu anlamına geldiği varsayılabilir¹³²⁹.

1. Sistemsel Geçerliliğin Şartları

Bir hukuk kuralının sistemsel açıdan geçerli olabilmesinin üç şartı olduğundan bahsedebiliriz: 1a) Kural söz konusu hukuk sisteminde geçerli olan diğer kurallara göre ihdas edip yürürlüğe girmiş olmalı veya 1b) kural hukuk sisteminde geçerli olan kuralların sonucu olmalı; 2) kural yürürlükten kaldırılmamış olmalı; 3a) Kural sistemde geçerli olan diğer kurallarla çatışmamalı veya 3b) eğer çatışıyorsa ya i) hukuk kuralları arasındaki çatışma kurallarına göre kuralın geçersiz sayılmıyor olması ya da ii) kuralın söz konusu çatışmayı ortadan kaldıracak şekilde yorumlanıyor olması gerekir¹³³⁰. Aşağıda bu şartları tek tek değerlendirecek ve gerekli yerlerde tartışma ve açıklamalara yer vereceğiz.

Burada öncelikle “kural” ifadesinin tercih edilmesine dair bazı açıklamalarda bulunmak gerekir. Normal şartlar altında geçerlilik bir norma atfedilebileceği gibi kurala da atfedilebilir. Neticede kurallar ve ilkelerin normların alt kategorileri olduğunu

¹³²⁷ Wróblewski'nin sistemsel geçerliliğin asıl olduğu, olgusal ve aksiyolojik geçerlilik anlayışlarının ancak sınırlı biçimde kabul edilebileceğine dair görüşü için bkz. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 76. Dikkat çeken: Juha Raitio, “What is Meant by Legal Certainty and Uncertainty”, *Rechtstheorie*, C. 37, S. 4 (2006), ss. 399-400.

¹³²⁸ Jerzy Wróblewski, “Problems of Objective Validity of Norms”, *Rechtstheorie*, C. 14, S. 1 (1983), s. 19.

¹³²⁹ *Ibid.* Bununla birlikte, aşağıda göstermeye çalışacağımız gibi, kanımızca bir normun geçerliliğinin sonucunun, muhatapların söz konusu norma uymak konusunda bir yükümlülüğünün bulunması olduğu iddiası gereğinden fazla güçlüdür. Aşağıda yükümlülük kavramının anlamına, bu anlamın “belli bir eylemi gerçekleştirmek için sebebi olmak”tan farklarına değinecek ve geçerliliğin sonucu için niçin bu ikinci anlayışın benimsenmesi gerektiğini açıklamaya çalışacağız.

¹³³⁰ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 77. Esasen Wróblewski beş şarttan bahsetmektedir. Ancak, bu şartların hepsi kümülatif değildir. Dolayısıyla, şartları kümülatif biçimde ifade edebilecek bir formülasyonu tercih ettik.

söyleyebiliriz¹³³¹. Ancak, Wróblewski tarafından yalnızca kural ifadesinin tercih edilmesi kural/ilke ayrımı temelinde şaşırtıcı olabilir. Sanıyoruz “kural” ifadesi bu kısımda ilkeleri de kapsayacak şekilde, “norm” anlamında kullanılmaktadır. Aksi hâlde sistemsal geçerliliğin ilkelerin geçerliliğini açıklayamadığı ileri sürülebilir. Hatta Alexy’nin teorisine dayanarak, sistemsal geçerliliğin hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağa atıfta bulunmadan geçerliliğini açıklayabildiği normların yalnızca kurallar olduğu, ahlaki ilkelerin hukuk sistemindeki geçerliliğinin pozitivist geçerlilik anlayışıyla açıklanamayacağı düşünülebilir. Biz bu kısmın kalanında “kural” ifadesinin ilke ve kurallardan oluşan bütün normları kapsayacak şekilde kullanıldığını varsayacağız. Bizim anlatımımızda da kural ifadesi, özel bir ayrıma gidilmediği yerlerde, normları ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

“1a” şartına baktığımızda, yürürlüğe girmiş olmanın (*coming into force*) bir hukuk kuralının sistemsal geçerliliğinin şartı olduğunu görmekteyiz. Bu doğru mudur? Yürürlüğe girmemiş bir hukuk kuralının geçerli olduğundan bahsedilemez mi? Eğer hukuk normunun geçerliliğinden kastımız yukarıda belirttiğimiz üzere onun “varlığı” ise, hukuk kuralının geçerliliğini yürürlüğüne bağlamak doğru görünmemektedir. Nitekim yürürlük bir hukuk kuralının varlığının değil, uygulanabilirliğinin şartıdır. Dolayısıyla, uygulanabilirlik ile varlık ayrılabilirdiği sürece, yürürlüğü geçerliliğin ön şartı olarak görmek gerekli olmayacaktır. Görüşümüzü Türk hukuk sisteminden bir örnekle açıklayalım.

Türk hukuk sisteminde bir kanuna karşı kanun henüz yürürlüğe girmemişken Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilir. Bunun sebebi olarak kanunun geçerli olması, yani var olması için yürürlüğün şart olmaması, kanunların yürürlükten önce Parlamento’nun ihdasıyla geçerlilik kazanması gösterilmektedir¹³³². Bu görüş Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Mahkemeye göre “*Kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM’ce kabulüyle... varlık kazandıkları...*”¹³³³ açıktır. Dolayısıyla, en

¹³³¹ Dworkin, "Model of Rules", *op. cit.* s. 25; Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *op. cit.*, s. 295.

¹³³² Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, ss. 655-656.

¹³³³ Bkz. 21 Şubat 2014 tarihli ve E. 2014/46, K. 2014/38 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4b6f8a47-13e3-47d4-a2a8-7bc4c3c7a607?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 3 Nisan 2020 (karar Resmi Gazete’de bulunamamıştır).

azından, Wróblewski'nin ilk şartıyla Türk hukuk uygulamasının ve doktrininin geçerlilik anlayışı arasında bir uzlaşmazlık bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki kanunların yürürlük öncesi, TBMM tarafından kabul edilmekle varlık kazanacağı düşüncesi herhangi bir pozitif hükme dayanmamakta, benimsenen geçerlilik anlayışının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yürürlüğün sistemsal geçerlilik için ön şart teşkil edip etmediğine karar vermeliyiz.

Bir normun var olduğundan, yani geçerli olduğundan bahsetmek, söz konusu norma uymak için muhataplarının en azından belli bir sebebi olduğu veya normun varlığının bizatihi eylem sebebi teşkil ettiğini ifade etmektir. Kimsenin uymak için en ufak bir sebebinin olmadığı bir ihdas fiilinin neticesini norm olarak görmek mümkün değildir¹³³⁴. Şu an için bu görüşümüzün doğru olduğunu varsayalım. Parlamento tarafından kabul edilip yayınlanmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemiş olan bir kanuna uymak için herhangi bir kimsenin herhangi bir sebebi olabilir mi?

İlk bakışta bu soruya kolaylıkla hayır yanıtı verilebilir. Nitekim verili bir anda muhataba uygulanabilir olmayan bir kanun onun açısından “olması gereken” teşkil edemez. Dolayısıyla, muhatabın söz konusu kanuna uygun davranması için geçerli bir sebebi de olamaz. Hatta muhataba uygulanabilir olan ve henüz yürürlüğe girmemiş bir kanunun bulunduğu durumlarda, muhatabın yürürlüğe girmemiş olan kanuna uygun davranması hukuken yanlış olabilir. Ancak, öyle bazı durumlar vardır ki bir kanun henüz yürürlüğe girmemiş olsa bile muhatapların bu kanuna uymak için sebebi olabilir.

45 gün sonra yürürlüğe girecek olan ve bugün Resmî Gazete’de yayınlanan Güneş Panellerin Yasaklanmasına Dair Kanunun 4. maddesi şu şekilde olsun: "Apartman, konut, mesken ve benzer yerlerin çatılarına güneş panelleri yerleştirilmesi yasaktır. İşbu kanun yürürlüğe girmeden önce yerleştirilmiş olan güneş panelleri yürürlük tarihine kadar sökülecektir. Aykırı davrananlara 100.000 TL idari para cezası kesilir”. Bu örnekte, henüz yürürlüğe girmemiş olan bir kanun dolayısıyla muhatap daha önceden bulunmayan bir eylem sebebine sahip olur. Nitekim her ne kadar söz konusu

¹³³⁴ Henüz çalışmamız bu iddianın doğruluğunu göstermemiştir. İlerleyen kısımlarda temel bir gerçek olduğunu düşündüğümüz bu hususu detaylandıracağız. Üstelik muhatapların hukuk kurallarına uymak için sahip olduğu eylem sebeplerinin ahlaki olabileceği gibi sağduyu kaynaklı da olabileceğini ileri süreceğiz.

kanun henüz uygulanabilir olmasa da, muhatabın evinin çatısındaki güneş panelini *kanun yürürlüğe girmeden* sökmesi gerekecektir. Kanun yürürlüğe girdikten sonra evinin veya apartmanının çatısında güneş paneli bulunduran bütün muhataplar kanuna aykırı davranmış olacağına göre, bu muhataplar zaten kanuna ancak yürürlüğe girmeden önce uyabilir. Dolayısıyla, bu muhatapların gelecekteki ihlal eylemini önlemek adına, söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önce bir eylemi gerçekleştirmek yönünde eylem sebebine sahip olacaktır. Eğer bir kuralın bağlayıcı yönü kural henüz yürürlüğe girmeden ortaya çıkabiliyorsa, yürürlüğü mutlaka geçerliliğin ön şartı olarak görmemek gerekir.

Wróblewski'nin yürürlük şartına ilişkin şu sonuca varabiliriz: Daha önce de belirttiğimiz gibi sistemsel geçerlilik anlayışı bir hukuk sisteminde belli bir normun geçerliliği için hangi şartlar öngörülmüşse o şartları esas alır. Bu nedenle, yürürlük pozitif hukuk düzeni tarafından bir geçerlilik şartı olarak öngörülmediği sürece, sistemsel geçerlilik anlayışına göre yürürlükte olmayan normların geçerli olmayacağı söylenemez.

“1a” şartına ilişkin bir başka tartışmaya değinelim. Tanımlananın tanımda yer alması mantıkta *idem per idem* safsatası olarak adlandırılır¹³³⁵. Hukuk sisteminin, hukuk sistemini teşkil eden normların dışında bir geçerliliğinin olup olmadığı tartışmalıdır. Joseph Raz, bir hukuk sisteminin geçerliliğinden kastın o hukuk sistemindeki normların geçerliliği olduğunu belirtir¹³³⁶. Dolayısıyla, Raz’a göre hukuk sisteminin hukuk normlarının geçerliliğinden ayrı bir geçerliliği yoktur. Diğer görüş “dışsal geçerlilik” (*external validity*) kavramına dayanarak, hukuk sisteminin bütününün, sistemdeki hukuk normlarından bağımsız bir geçerliliği olduğunu ifade eder¹³³⁷. Grabowski’ye göre bir normun sistemsel geçerliliğinin şartı olarak “hukuk sisteminde geçerli olan bir normun” öngördüğü kriterlere uygunluğun aranması sistemsel geçerliliğin tanımını *idem per idem* safsatasıyla sakatlamaktadır¹³³⁸. Nitekim bu durumda sistemsel

¹³³⁵ Zygmunt Ziemiński, *Practical Logic*, çev. Leon Ter-Oganian, Dordrecht: Springer, 1976, s. 62.

¹³³⁶ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 148; Raz, “Legal Validity”, op. cit., s. 341; Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 127.

¹³³⁷ Alexander Peczenik, “The Structure of a Legal System”, *Rechtstheorie*, C. 6, S. 1-2 (1975), s. 4; Aulis Aarnio, *The Rational As Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht: R. Reidel Publishing, 1987, s. 34.

¹³³⁸ Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, op. cit., s. 285.

geçerliliğin tanımında sistemsel geçerliliğin kendisine yer verilen döngüsel bir tanımla karşılaşmaktayız. Yukarıda gördüğümüz gibi, Wróblewski'nin "1a" şartına göre, bir hukuk kuralı ancak sistemde geçerli olan bir başka hukuk kuralının koyduğu kriterlere göre ihdas edilirse sistemsel geçerliliğe sahip olur. İddiaya göre söz konusu şarta sistemsel geçerliliğin tanımında yer verilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, vurgulayalım ki sistemsel geçerliliği tanımlamaya çalışmadığımız sürece "1a" şartına ilişkin bir sorun çıkmaz. Nitekim bir normun sistemsel açıdan geçerli olup olmadığını tespit ederken hukuk uygulayıcılarının veya mahkemelerin uygulayacağı testte, söz konusu normun geçerlilik kriterini belirleyen normun da geçerli olduğunun araştırılmasında mantıksal bir hata yoktur. Hata, sistemsel geçerliliğin tanımında bu teste yer verilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

Grabowski'nin önerisi, sistemsel geçerliliğin tanımı için olası diğer seçeneğe yönelmektir. Bir başka deyişle, sistemsel geçerlilik sistemde geçerli olan normun değil, geçerli bir hukuk sisteminin belirlediği kriterleri esas almalıdır¹³³⁹. Ancak, bu hamlenin sorunu çözeceğinden emin değiliz. Bunun için birbiriyle ilişkili şu iki argümanı ileri sürebiliriz: 1) "Hukuk sistemi" içerdiği hukuk kurallarından bağımsız olarak geçerlilik kriterleri belirleyemez. Hukuk sisteminin içeriğinde normlardan başka bir şey yoktur ve sistem normlar aracılığıyla işler. 2) Eğer ilk tespitimiz doğruysa, bu durumda tanımda hukuk sistemindeki bir kuralın geçerliliğinden bahsetmemek yalnızca tanımdaki safsatayı gizlemeye yarayacaktır. Nitekim eğer en nihayetinde sistemsel geçerlilik kriterleri geçerli hukuk sistemindeki kurallar tarafından belirlenecekse, safsatadan kurtulmak için söz konusu kuralların geçerliliğinin önemli olmadığı gösterilmelidir. Bir başka deyişle, hukuk sistemindeki geçersiz kurallar tarafından da bir başka normun geçerlilik kriterlerinin belirlenebileceği gösterilmelidir. Ancak, bu mümkün değildir. Her şeyden önce, bir kuralın varlığı, onun geçerli olduğu anlamına gelir. Geçersiz bir kural, olmayan kuraldır ve olmayan kuralla hiçbir geçerlilik kriteri belirlenemez. Dolayısıyla, kanımızca sistemsel geçerliliğin tanımında "hukuk sistemindeki geçerli bir kural" yerine "geçerli bir hukuk sisteminin belirlediği kural" ifadesinin tercih edilmesi, *idem per idem* safsatasının gizlenmesinden başka bir işe yaramaz.

¹³³⁹ *Ibid.*

Eğer bu analiz doğruysa, sistemsel geçerliliğin tanımının yapılması mümkün değildir. Nitekim tanımı safsataya yol açmadan yapmak için, tanımlananın tanımlayıcı niteliklerinden birini ihmal etmek gerekecektir. Neyse ki Grabowski'nin hatası en başta tanımlananın tanımında tanımlanana yer vermenin her şart altında *idem per idem* teşkil edeceğini iddia etmektir. Mantıksal safсата, ancak “A, A’dır” veya “A, A’nın zorunlu niteliklerinin toplamıdır” şeklinde, tanımın iki tarafının aynı şeyi ifade etmesi hâlinde söz konusu olur. Ralph Wedgwood’un isabetle belirttiği gibi, bazı bağlamlarda kavramsal analizlerin döngüsel olması, analiz edileni analize eşitlemez. Bu nedenle de ortaya “Bütün kuzular memelidir, eğer kuzu memeli ise” şeklinde mantıksal gerçekler (*logical truth*) ortaya çıkmaz. Bu noktada Wróblewski'nin şartını ve bu şarttaki sorunu tekrar ele alalım.

Her şeyden önce şu soruyu soralım: Hem tanımlanan olan hem de tanımda geçen “sistemsel geçerlilik” ifadesinin tanımlanan olarak ve tanımda geçtiği hâliyle farklı şeyleri ifade etmesi mümkün müdür? Eğer bu ikisi farklı biçimde ifade edilebilirse, döngüsel bir tanımdan bahsedemeyiz. Varsayalım ki geçerliliğini açıklamaya çalıştığımız norm N_1 , geçerlilik kriterlerini belirleyecek olan norm da N_2 olsun. Tanımı da yalnızca “1a” şartını dikkate alarak şu şekilde yapalım: N_1 'in sistemsel geçerliliği, N_1 ile aynı hukuk sisteminde sistemsel olarak geçerli olan N_2 'nin belirlediği kriterlere uygun olarak ihdas edilmesi anlamına gelir. Unutulmaması gereken husus, sistemsel geçerlilik kavramının belli bir normun geçerliliğine ilişkin olmasıdır. Tanımladığımız N_1 'in sistemsel geçerliliğidir. Bu sistemsel geçerlilik N_2 'nin belirlediği kriterlere uygun ihdas edilmeye bağlıdır. Ancak, N_2 sistemsel olarak geçerli değilse, N_1 'in geçerlilik kriterlerini belirleyemez. N_2 'nin sistemsel geçerliliği ise sistemsel olarak geçerli olan N_3 'ün belirlediği kriterlere bağlıdır. Dolayısıyla, kanımızca tanımlanan sistemsel geçerlilik ile tanımda geçen sistemsel geçerlilik birbirinden ayrıştırılabilir olduğundan, ortada döngüsel bir tanım bulunmamaktadır.

Şu örneği ele alalım: Ayşe'nin annesi, Ayşe'yi doğuran ve bir anneden doğmuş olan kadındır. Tanım genel olarak anneliği değil, Ayşe'nin annesini tanımlamaktadır. Dolayısıyla, tanımlananda bahsedilen ile tanımda geçen (Ayşe'nin anneannesi) aynı anlama gelmediği sürece, ortada mantıksal bir gerçeğe indirgenebilecek bir safсата olmadığını söyleyebiliriz. Bu anlamda, Wróblewski'nin şartlarından yola çıkarak

yapılabilecek olan bir sistemsal geçerlilik tanımının genel olarak sistemsal geçerliliğin değil, belli bir normun sistemsal geçerliliğinin tanımı olduğunu vurgulamak, mantıksal safsatadan kaçınmak için yeterli olacaktır. Bu nedenle de Wróblewski'nin şartlarından yola çıkarak yapılacak bir tanımda değişiklik yapılması gerektiğini düşünmüyoruz.

Bununla birlikte, bir “kural” olabilmek için geçerli olmak şart olduğuna göre, “hukuk sisteminde geçerli olan bir başka kural”dan bahsetmenin totoloji teşkil edeceği düşünülebilir. Kanımızca bu iddia doğrudur da. Bununla birlikte, Wróblewski'nin tanımında *idem per idem* safsatası olduğunu düşünsek bile, “geçerli kural” yerine “kural” ifadesine yer vermek, tıpkı “geçerli bir hukuk sisteminin belirlediği kriterler”den bahsedilmesi hâlinde söz konusu olduğu gibi, sorunu gizlemekten başka bir işe yaramayacaktır. Nitekim geçerlilik kriterlerini belirleyen kuralın da sistemsal açıdan geçerli olup olmadığı sorgulanmak zorundadır. Kanımızca, sistemsal geçerlilikteki “geçerlilik” testinin birden fazla aşama içerdiğini açıkça ifade etmesi bakımından “geçerli kural” ifadesini totoloji eleştirisine rağmen korumakta fayda vardır.

“Hukuk sisteminde geçerli olan bir başka kurala göre geçerli olmak” ifadesinden kaynaklanan başka bir sorun vardır. Geçerlilik kriterleri doğrudan anayasa veya söz konusu hukuk sisteminin en üstün normu tarafından belirlenen bir kuralı düşünelim. Bu kuralın geçerlilik kriterleri sistemsal olarak geçerli olan bir norm tarafından mı belirlenmektedir? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Nitekim anayasalar veya hukuk sistemlerinin en üstün normları sistem tarafından belirlenen kriterlere göre geçerlilik kazanmazlar. Kelsen anayasaların varsayımsal temel norm dolayısıyla geçerli olduğunu vurgulamakta ve bu anayasaların geçerliliği için etkililik şartını öngörmektedir¹³⁴⁰. Ancak, temel norm hukuk sistemine dâhil değildir. Bu durumda Wróblewski'nin sistemsal geçerlilik anlayışıyla Kelsen'in anlayışı arasında küçük bir fark tespit etmiş oluyoruz. Kelsen'e göre bir hukuk sistemindeki bütün normların geçerlilik kriterleri yine sistemsal kriterlere göre geçerli olan bir norm tarafından belirlenemez.

Öte yandan, sistemsal geçerliliğin bu tanımı Hart'ın teorisi açısından da sorunludur. Aşağıda inceleyeceğimiz Tanıma Kuralının hukuk sistemine ait olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, sisteme ait olan bu kuralın geçerliliği sistemsal kriterlere

¹³⁴⁰ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 212.

uygunluğuyla belirlenmez. Hatta Hart’a göre Tanıma Kuralının geçerliliğinden bahsetmek dahi mümkün değildir. Toplumsal bir kural olarak Tanıma Kuralı ancak var olabilir¹³⁴¹.

Bu tür eleştirilerden kaçınmak için bir normun sistemsel geçerliliğini genel olarak sistemde geçerli olan bir başka norm tarafından belirlenen kriterlere uygunlukla ifade edebiliriz. Nitekim gelecek bölümde bağdaştırma projemizin hukuk sisteminin bir bütün olarak geçerliliği hakkında ne söylediğine değinirken göreceğimiz gibi, hukuk sistemindeki bazı normların geçerliliği sistemsel geçerlilik anlayışıyla açıklanamaz. Bu nedenle de bu normların geçerliliği açısından farklı bir anlayışın benimsenmesi gerekir.

“1b” şartına göre, belli bir hukuk kuralı eğer sistemin öngördüğü kriterlere uygun biçimde ihdas edilmediyse, ancak sistemde geçerli bulunan kuralların sonucu olmakla geçerli olabilir. Bu şartın ne ifade ettiği ilk bakışta belirsiz olabilir. Sanıyoruz burada söz konusu olan, somut olayda olması gerekeni ifade eden normatif önerme hukuk sisteminde yer alan bir kural tarafından açıkça formüle edilmemiş olmasına rağmen, bu önermeye bir veya daha fazla kuralın birlikte yorumundan bu sonuca ulaşılabiliyor olmasıdır. Örneğin, “Rektörlük binasına öğrencilerin girmesi yasaktır” ve “Aksi açıkça belirtilmedikçe ‘ğrenci’ ibaresi lisans öğrencilerini ifade eder” şeklindeki iki hükümden “Yüksek lisans ve doktora öğrencileri rektörlük binasına girebilir” şeklindeki normatif önermeye ulaşmak mümkündür. Ancak, hukuk sistemindeki hiçbir kural bu normatif önermeyi açıkça ifade etmemektedir.

İkinci şart sistemsel geçerlilik için kuralın yürürlükten kaldırılmamış olması gerektiğini ifade etmektedir. Burada öncelikle henüz yürürlüğe girmemiş olmak ile yürürlükten kaldırılmak arasındaki farka dikkat çekmek isteriz. Henüz yürürlüğe girmemiş olan bir normun belli şartlar altında eylem sebebi teşkil edebileceğini yukarıda göstermeye çalıştık. “Yürürlükten kaldırılma” ise esasen yalnızca bir kuralın yürürlüğünün durdurulması anlamına gelmemekte, yürürlükten kaldırılma ile bir kuralın şekli varlığı da sona erdirilmektedir. Dolayısıyla, bir dava münasebetiyle yürürlüğü durdurulan hukuki kural veya işlem geçerliliğini korumaya devam etmekte, yürürlükten kaldırılan norm veya işlemse geçerliliğini kaybetmektedir. Bu nedenle esasında Türk

¹³⁴¹ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 110.

hukuk dilindeki “yürürlükten kaldırmak” ifadesinin yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır¹³⁴². Bununla birlikte, hiç kimsenin yürürlükten kaldırılan bir kurala uymak için sebebinin olmayacağı da açıktır. Dolayısıyla, yürürlükten kaldırılan bir kuralın geçerli olmayacağını ifade etmekte bir sakınca yoktur.

Yürürlük konusuyla ilgili bir başka şüphe şu noktada ortaya çıkabilir: Hukuk sisteminin işleyişinde öyle zamanlar vardır ki, mahkemeler artık yürürlükte olmayan bir kurala dayanarak karar verirler. Örneğin, bir kanunun anayasaya uygunluğu değerlendirilirken, söz konusu kanunun ihdas edildiği andaki anayasal normlara bakılır. Bu anayasal normlar kanunun anayasaya uygun ihdas edilip edilmediğinin değerlendirildiği anda artık yürürlükte olmasalar dahi, hâkim söz konusu kanunun geçmişte yürürlükte olan anayasal usule uyulmadan çıkarılmasını gerekçe göstererek iptal kararı verebilir. Bu durumda artık yürürlükte olmayan bir anayasa normunun mahkeme açısından eylem sebebi teşkil ederek, mahkemenin kararına dayanak oluşturduğu düşünülebilir. Öyleyse, yürürlükten kaldırılan bir normun artık eylem sebebi teşkil edemeyeceği (ya da norma uymak için muhatapların bir sebebinin olmayacağı) söylenebilir mi?

Burada “kuralın varlığının” eylem sebebi teşkil etmesiyle, kural olmadığı hâlde eylem sebebi teşkil eden olgular arasında bir ayırım yapmak gerekir. “Bir kanunun ihdas edildiği anda yürürlükte olan anayasal kurallara göre geçerli olması”, bir kural olmadığı hâlde, bir olgu olarak hâkim açısından eylem sebebi teşkil eder. Daha önce belirttiğimiz gibi, olgular kendi başlarına normatif değere sahip değildir. Onları eylem sebebi hâline getiren husus mutlaka bir normdur. Dolayısıyla, “kanunların geçerliliği ihdas edildikleri anda yürürlükte olan anayasal kurallara göre değerlendirilmelidir” şeklinde ifade edebileceğimiz bir norm dolayısıyla, “geçerliliği sorgulanan kanunun ihdas edildiği andaki anayasal kurallara uygun olması” olgusu hâkim açısından eylem sebebi teşkil eder. Bu noktada kural ortadan kalkmıştır. Kuralın içeriğinden yola çıkılarak ulaşılan sonuç eylem sebebi teşkil etse dahi, bu durum kuralın mevcut olduğu, yani geçerliliğini koruduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

¹³⁴² İngilizcede yürürlüğe girmek için genellikle “*entry into force*” ifadesi kullanılmaktayken, bir normun başka bir norm tarafından geçersiz kılınmasını ifade etmek için “*repeal, abrogate*” gibi farklı fiiller kullanılmakta, Türkçede söz konusu olabilecek kavramsal karışıklığın böylece önüne geçilmektedir. Belki Türkçede de “ilga” ifadesinin daha doğru olduğu iddia edilebilir.

Üçüncü ve son şart ise şunu ifade etmektedir: Sistemsel açıdan geçerli olan kural, sistemdeki diğer geçerli kurallarla çatışmamalı; eğer çatışıyorsa hukuk sisteminin çatışma kurallarına göre geçersiz kabul edilmemeli veya geçeriz olmamasını sağlayacak bir biçimde yorumlanabilmelidir. Bu noktada aklımıza Kelsen'in hukuk sisteminde çözülemeyecek bir çatışmanın olamayacağı yönündeki düşüncesi gelmektedir¹³⁴³. Hukuk sistemindeki kuralların çatışması durumunda bu kurallardan bir tanesini geçersiz kılmak gerekecek, ya da geçersiz kılınabilecek olan kuralı, eğer mümkünse, diğer kurala aykırı olmayan bir biçimde yorumlamak gerekecektir. Başka bir kuralla çatışan kuralın hiyerarşik olarak üst norm konumunda olması Wróblewski'nin deyiimiyle, söz konusu kuralın hukuk sistemine göre geçersiz kabul edilmediği durumlara örnek teşkil eder. Bu durumda çatışma mevcut olsa dahi, geçersiz olduğu iddia edilebilecek olan kural hiyerarşik asttır. Bununla birlikte, kimi durumlarda çatışan normlardan bir tanesinin çatışmayı ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmak suretiyle geçerliliğini koruduğu da olur. Örneğin, İngiliz hukukunda Avrupa Birliği hukuku normlarıyla çatışan iç hukuk düzenlemeleri Avrupa Birliği hukuku normlarına aykırı olmayacak şekilde yorumlanmaktadır¹³⁴⁴. Sorulması gereken soru hiyerarşik üstüyle çatışmasına ve bu çatışmanın hiyerarşik ast konumundaki normun geçersiz kılınmasıyla çözülmesi gerekmesine rağmen geçersiz kılınmayan normun geçerli olup olmadığıdır. Böyle bir normun Wróblewski'nin deyiimiyle geçersiz kabul edilmediği söylenebilir mi? Varsayalım açıkça anayasa ile çatışan bir kanun siyasi gerekçelerle anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmedi. Bu kanunun sistemsel açıdan geçerli olduğunu söyleyebilecek miyiz? Peki ya aykırılık usuli hususlarda ortaya çıkmışsa? Anayasanın öngördüğü çoğunlukla kabul edilmemiş olmasına rağmen anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmeyen kanun sistemsel açıdan geçerli midir? Bu durumda söz konusu kanunun "hukuk sistemi tarafından belirlenene kriterler"e göre ihdas edildiği, yani sistemsel açıdan geçerli olduğu nasıl iddia edilebilecektir?

Sanıyoruz Wróblewski anayasaya aykırı olduğu iddia edilebilecek olan kuralın, yetkili mahkeme tarafından iptal edilinceye kadar geçerli olacağını düşünmektedir. Söz konusu kanun ve anayasa hükmü arasında içerik çatışması olduğunda, bu varsayımın sistemsel geçerlilik anlayışı açısından sorun yaratmayacağını söyleyebiliriz. Ancak, söz

¹³⁴³ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 408.

¹³⁴⁴ Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 4. B., Londra: Cavendish, 2002, s. 217.

konusu olan anayasanın öngördüğü usule uyulmadan ihdas edilme olduğunda, anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmeyen kanunun geçerli olduğunu kabul etmek, sistemsal geçerliliğin “1a” şartıyla bağdaşmayacaktır. Nitekim söz konusu kanun, anayasa mahkemesinin bu konudaki kararı ne yönde olursa olsun, hukuk sisteminin öngördüğü biçimde ihdas edilmemiştir. Bu durumun tersini düşünmek de mümkündür. Sistemin öngördüğü kriterlere göre ihdas edilmiş olan bir kanun anayasa mahkemesi tarafından hatalı bir biçimde iptal edilebilir. Bu durumlar göz önüne alındığında Wróblewski’nin şartlarında bazı değişikliklere gitmemiz gerekir. Görüyoruz ki, bir norm diğer normlarla çatışmadığı zaman da, “hatalı” bir yorum neticesinde mahkemeler tarafından yürürlükten kaldırılabilir ve hukuk sistemi içinde bu mahkeme kararını geçersiz kılmanın bir yolu olmayabilir.

Bize göre Wróblewski’nin üçüncü şartı sistemsal geçerlilik anlayışı açısından gereksizdir. Nitekim diğer normlarla çatışan bir norm geçerliliğini yitirmeyebileceği gibi, diğer normlarla çatışmayan, üst normlarına aykırı olmayan biçimde ihdas edilmiş bir norm da geçersiz kılınabilir. “Yürürlükten kaldırılmamış olma” şartına yer verildiği takdirde, “çatışan normlar” sorununa sistemsal geçerlilik anlayışının şartları arasında yer vermeye gerek yoktur. Böyle bir şartın mevcudiyeti, hukuk pratiğinde geçerli olan sistemsal geçerlilik anlayışıyla uyuşmamakta, hukuk sisteminin işleyişini yeterince doğru biçimde tasvir edememektedir. Netice itibariyle, Kelsen’in anayasa mahkemelerin “negatif kanun koyucu” olduğunu söylemesinin¹³⁴⁵ nedeni, bu mahkemenin kanunları yürürlükten kaldırabiliyor oluşudur. İlga ile mahkemeler tarafından geçersiz kılınma arasında bunların geçersiz kılınan veya ilga edilen norm bakımından sonuçları açısından bir fark yoktur. Dolayısıyla, yürürlükten kaldırılmamış olma şartına yer verilmesi sistemsal geçerlilik anlayışının doğru bir tasviri için yeterli olacaktır.

2. Sistemsal Geçerliliğe Göre Hukuk Sistemi İnşaları

Wróblewski’ye göre, sistemsal geçerlilik üç farklı hukuk sistemi anlayışına yol açar. Bunlardan ilkinde göre bir hukuk sistemi yalnızca kural koyucu tarafından konan

¹³⁴⁵ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., ss. 268-269.

kurallardan müteşekkildir¹³⁴⁶. Sistemdeki normlar bu kuralların dolaysız anlamından yola çıkarak anlaşılır. Buna “ihdas edilmiş hukuk sistemi” (*system of enacted laws*) de denir¹³⁴⁷. Yazara göre bu anlayış oldukça sınırlıdır ve ne hukuk dogmatikliğinde ne de pratiğinde benimsenmiştir. Bununla birlikte bu dar sistemsel geçerlilik anlayışının bile esasen katı biçimde tanımlanmadığı, nitekim norm çatışmalarının çözülmesi için mahkemelerin yorum yapması gerekeceği söylenebilir¹³⁴⁸.

Sistemsel geçerliliğe göre inşa edilen ikinci hukuk sistemi anlayışı, doğrudan kural koyucu tarafından ihdas edilen kuralların yanı sıra bunların “şeklî sonuçlarının” (*formal consequences*) da hukuk sistemine dâhil olduğunu ileri sürer. Bu anlamda ikinci anlayış ilkinde göre daha geniştir. Yorum ve şeklî mantık ilkelerinin uygulanması yoluyla ihdas edilmiş kurallardan çıkarılan sonuçları da içerdiğinden bu sisteme “mantıksal olarak geliştirilen hukuk sistemi” de denir¹³⁴⁹. Yazara göre bu anlayış hem hukuk dogmatikliğinde hem de pratiğinde benimsenmiştir¹³⁵⁰.

Üçüncü anlayış ise ilk iki kategorinin, yani ihdas edilmiş kurallar ve bunların mantıksal sonuçlarının yanı sıra bu kuralların ve sonuçlarının “yorumsal neticelerini” (*interpretative consequences*) de içerir. Wróblewski’ye göre bu kategorinin sınırları ilk iki kategoriye göre daha belirsiz olsa da, bu anlayış da hukuk dogmatikliği ve pratiğinde kabul görmüştür¹³⁵¹. Bu üç yaklaşım biçimi sistemsel geçerliliğin şartlarında gördüğümüz “ihdas edilmiş kuralların kabul gören sonuçları”ndan ne anlaşılacağını belirler¹³⁵².

Wróblewski’nin analizi ve bu analizinin eleştirisi neticesinde sistemsel geçerlilik kavramını şu şekilde anlamalıyız: Sistemsel geçerlilik, bir normun hukuk sisteminde geçerli bir başka norm tarafından öngörülen kriterlere göre ihdas edilmesi ve yürürlükten kaldırılmamış olması veya söz konusu normun sistemsel açıdan geçerli olan

¹³⁴⁶ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 77.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*, ss 77-78.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, s. 78.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.*

bir başka normun mantıksal veya yorumsal sonucu olması gerektiğini ifade eder. Bununla birlikte, bir sonraki başlık altında “hukuk sisteminde geçerli bir başka norm tarafından öngörülen kriterlere uygun olarak ihdas edilme” şartının da değiştirilmesi veya belli bir biçimde yorumlanması gerektiğini iddia edeceğiz.

B. SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞINA YÖNELTİLEN GENEL ELEŞTİRİLER

Sistemsal geçerlilik anlayışına genel olarak yöneltilen ve cevaplanması gereken önemli iki eleştiri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sistemsal geçerlilik kriterlerine göre ihdas edilmemesine rağmen geçerli olan sistem içi normlara işaret eder. Diğer ise yabancı hukuk sistemi, uluslararası hukuk normları vb. sistem dışı normların bir hukuk sistemindeki geçerliliğine dikkat çeker. Burada sırasıyla bu eleştirilere değinmek ve sistemsal geçerlilik anlayışıyla bu ayırksı durumların açıklanıp açıklanamayacağını tartışmak niyetindeyiz.

Sistemsal geçerlilik kriterlerine aykırı biçimde ihdas edilmiş olmasına rağmen, yetkili mahkeme tarafından bu kriterlere aykırı bulunmadığı için geçerliliğini koruyan normlara Grabowski dikkat çekmektedir. Grabowski anayasaya aykırı şekilde ihdas edilmesine rağmen, anayasa mahkemesi tarafından hukuka uygun görülerek iptal edilmeyen bir normun durumuna değinir. Yazara göre, anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmeyen normun geçerli olduğu kabul edilse de, böyle bir normun hukuk sistemine ait olmadığı açıktır¹³⁵³. Nitekim belli bir normun bir hukuk sistemine ait olup olmadığı esasında herhangi bir otoritenin bu konudaki belirlemesine değil, hukuk sistemindeki aidiyet kriterlerini sağlayıp sağlamamasına bağlıdır¹³⁵⁴.

José Juan Moreso, geçerlilik kriterlerini belirleyen normlara aykırı biçimde ihdas edilmiş olmasına rağmen, anayasa mahkemesi gibi yüksek mahkemeler tarafından geçersiz kılınmayan ve bu nedenle de diğer hukuk uygulayıcıları tarafından

¹³⁵³ Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, op. cit., s. 290.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, s. 291.

uygulanması gereken normlara aykırı normlar (*irregular norms*) ismini vermektedir.¹³⁵⁵. Yazara göre uygulanabilirlik ve geçerlilik farklı kavramlardır. Yetkili mahkemenin bir aykırı normun geçerli olduğuna dair tespiti, söz konusu normu geçerli kılmaz. Bununla birlikte, uygulanabilir (*applicable*) kılabilir¹³⁵⁶.

Grabowski, sistemsal geçerlilik kriterlerine aykırı biçimde ihdas edilmiş olmakla birlikte, yetkili mahkeme tarafından iptal edilmeyen normların, geçerliliğin hukuk sistemine aidiyetle ilişkilendirilmesinin doğru olmayabileceğini gösterdiğini düşünür¹³⁵⁷. Bu durumun bizim Wróblewski'ye dayanarak yaptığımız sistemsal geçerlilik tanımı açısından teşkil ettiği sorun şu şekilde ifade edilebilir: Yukarıda sistemsal geçerliliği basit biçimiyle hukuk sisteminde geçerli olan başka bir norm tarafından öngörülmüş kriterlere uygun biçimde ihdas edilme ve yürürlükten kaldırılmamış olma şeklinde tanımladık. Ek şart olarak öngördüğümüz “yürürlükten kaldırılma” hem normun ilgasını hem de geçersiz kılınmasını kapsayacak şekilde kullanılmaktaydı. Geçerlilik normunun öngördüğü usul ve esaslara aykırı olmakla birlikte, yetkili mahkeme tarafından geçersiz kılınmayan normlar ise muhatapları açısından bağlayıcılıklarını korumaktadır. Dolayısıyla, sistemsal geçerlilik tanımımızda bir eksiklik bulunmaktadır. Bizim yukarıda benimsediğimiz anlayış bu normların geçerliliğini açıklayamamaktadır.

Moreso kanımızca haklı olarak geçerlilik (*validity*) ve uygulanabilirlik (*applicability*) kavramlarının farklı olduğunu vurgulamaktadır. Bu kavramların farklı olduğu, hukuk sisteminde karşımıza çıkan pek çok duruma dikkat çekerek gösterilebilir. Her şeyden önce, yukarıda da tartıştığımız gibi, hukuk sisteminde geçerli normların yürürlüğe girmemiş olması mümkündür. İhdas edilmekle birlikte henüz yürürlüğe girmemiş olan bir norm geçerli olmasına rağmen uygulanabilir değildir. Keza, Avrupa Birliği (AB) üyesi olan devletlerin hukuk sisteminde, geçerli bir biçimde ihdas edilmiş olan bir iç hukuk normu, aynı konuya ilişkin bir AB tüzüğü ile çatıştığı zaman, uygulama önceliği AB tüzüğüne ait olmakta, iç hukuktaki uyuşmazlıklara iç hukuk

¹³⁵⁵ José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht: Springer, 1998, s. 111.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, *op. cit.*, s. 291.

normu değil, AB tüzüğü uygulanmaktadır¹³⁵⁸. Bu durumda da iç hukuk normu sistemselsel geçerlilik kriterlerine göre ihdas edilmiş geçerli bir norm olsa da, uygulanabilir bir norm olmamaktadır. Benzer bir durumun aykırılık niteliği taşımayan çatışmalarda da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uyarınca ihmal edilen önceki tarihli norm, geçerli olmasına rağmen uygulanabilir değildir.

Bununla birlikte, Moreso'nun aykırı normların geçerli olmamasına rağmen uygulanabilir olduğu yönündeki tespiti kanımızca hatalıdır. Geçerlilik bir normun varlığı anlamına geldiği için, aynı zamanda bir normun uygulanabilirliğinin ön şartını oluşturur. Var olmayan bir norm uygulanamaz da. Aşağıda göreceğimiz gibi, sistemselsel geçerlilik anlayışına yönelen ikinci genel eleştiri, belli bir sistemin belirlediği kriterlere göre uygulanabilir olmamakla birlikte, bu sistemin göndermesiyle mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcıları tarafından uygulanabilir hâle gelen “yabancı kaynaklı” (yabancı hukuk normu, uluslararası hukuk normu, Avrupa Birliği hukuku normu gibi) normlara ilişkindir. Moreso'nun “geçerli değil ama uygulanabilir” kategorisinin belki bu tür normlar için uygun olduğu düşünülebilir. Nitekim burada “geçerli değil” tespiti “belli bir hukuk sistemine göre geçerli değil” anlamına gelir. Bu tespitin en nihayetinde doğru olup olmadığına aşağıda değineceğiz. Oysa aykırı normlar açısından gündeme getirilen geçersizlik, bu normların başka bir hukuk sistemine göre geçerli olması söz konusu olmadığı için, ancak bu normları ihdas etme iradesinin norma vücut vermediği, ortada bir norm olmadığı şeklinde yorumlanabilir. Hâliyle ortada norm yoksa, normun bağlayıcılığı veya uygulanabilirliğinden de bahsedilemez.

En nihayetinde sistemselsel geçerlilik anlayışına yöneltilen bu eleştiriyi nasıl bertaraf edebiliriz? Sistemselsel geçerliliğin tanımını aykırı normları geçerli kılacak şekilde değiştirmek akla gelen ilk çözümdür. Buna göre sistemselsel olarak geçerli olan norm 1) hukuk sistemindeki bir başka hukuk normu tarafından öngörülen kriterlere uygun biçimde yaratılmış ve 2) yürürlükten kaldırılmamış olan veya 3) hukuk sistemindeki bir başka norm tarafından öngörülen kriterlerden en az birine aykırı biçimde ihdas edilmiş olmakla birlikte bu aykırılığa dayanarak normu yürürlükten

¹³⁵⁸ AB tüzükleri ve iç hukuktaki bazı normlar arasındaki ilişkinin normatif hiyerarşiye değil uygulama önceliğine işaret ettiği hakkında genel olarak bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 95-108.

kaldırmakla görevli ve yetkili organ tarafından yürürlükten kaldırılmamış olan normdur. Ancak, bu değişiklik sistemsel geçerlilik anlayışını kurtarmaya yetmez. Üçüncü unsurun bu şekilde sistemsel geçerlilik tanımına dâhil edilmesi sistemsel geçerliliği tehlikeli biçimde olgusal geçerliliğe ve hukuki realizme yaklaştıracaktır. Çünkü hukuk sistemindeki normlar onlar için öngörülen geçerlilik kriterlerine aykırı biçimde ihdas edilseler bile, bu konuyu tespit edip söz konusu normları iptal etmeye yetkili organ tarafından iptal edilmedikçe geçerli olabiliyorlarsa hukuk sisteminde belirlenen kriterlere göre ihdas edilme şartının hiçbir önemi kalmaz.

Dolayısıyla, yanıtı başka bir yerde aramak gerekir. Grabowski, ele aldığımız itirazın savuşturulabilmesi için yargı organının hata yapamayacağının iddia edilebilmesi gerektiğini, ancak bu düşüncenin hukukbilim açısından savunulabilir olmadığını düşünür¹³⁵⁹. Biz alternatif bir savunma geliştirilebileceği kanaatindeyiz¹³⁶⁰.

Hukuk sistemleri genellikle bir normun nasıl ihdas edileceğine ilişkin birden fazla kriter öngörür. Yetkili bir organ belirlenir. Bu organın karar alma usulüne ilişkin şartlar öngörülür. Kimi zaman normun geçerlilik kazanması ihdas eden organdan ayrı bir organın ret kararı almamasına bağlanabilir. Örnekleri çoğaltabiliriz. Genel itibariyle bu şekilde belirlenen sistemsel geçerlilik kriterlerine göre ihdas edilmiş olmak hukuk sistemine aidiyetin ve geçerliliğin ön şartıdır. Ancak, bu kriterlerden hangilerine aykırılığın başkaca bir işleme gerek olmaksızın normun var olmaması anlamına geleceği, hangi aykırılıkların ise “hukuka uygunluk” karinesinin korumasından yararlanacağını da yine hukuk sistemi belirler. Bu şartların bazılarını aykırılık doğrudan normun geçersizliği sonucunu yaratmayabilir. Hâliyle bu gibi durumlarda bir normun bu şartlar dolayısıyla hukuk sistemine ait olduğunu söylemenin bir anlamı kalmaz. Nitekim normlar bu şartlar olmadan da yine *hukuk sistemine göre* geçerli birer norm olarak ihdas edilebilmektedirler.

Örnek olarak Türk hukukunda kanunları ele alacağız. Anayasanın 87. Maddesi Türk hukuk sisteminde kanun çıkarmaya yetkili olan organı Türkiye Büyük Millet

¹³⁵⁹ Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, op. cit., s. 291.

¹³⁶⁰ Bu savunmayı hazırlamamda fikir ve eleştirileriyle katkı sunan Salih Taşdöğen’e teşekkür etmek isterim.

Meclisi (TBMM) olarak belirlemiştir. Anayasanın 96. maddesi genel olarak TBMM'nin karar alma usulünü düzenlemektedir. Buna göre, Anayasada başkaca bir hükmün olmadığı durumlarda TBMM toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Karar yeter sayısı üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. Dolayısıyla, TBMM bir kanunu 151 milletvekilinin olumlu oyundan az olmamak üzere, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile ihdas edebilecektir.

Türk hukukunda kanunların anayasaya uygunluğu Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre kanunların şekil bakımından denetimi son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlıdır. Dolayısıyla, Anayasada kanunlar açısından öngörüldüğü söylenebilecek diğer şekil unsurlarının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceğini söyleyebiliriz. Anayasanın 153. maddesinin 3. fıkrasına göre Anayasa Mahkemesinin kanunlar hakkında vereceği iptal kararı Resmi Gazete'de yayınlandığında iptale konu kanunlar yürürlükten kalkacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararları *ex nunc* (ileriye dönük) etkiye sahiptir¹³⁶¹.

Bu hükümlerden şu sonuçları çıkarmamız mümkündür:

1) Kanunların ihdas usulüne ilişkin karar yeter sayısı şartı, esasen bir kanunun Türk hukuk sistemine göre geçerli olmasının şartlarından biri değildir. Nitekim bu şarta uyulmadan TBMM tarafından bir kanun çıkarılmış olsa bile kanun geçerlilik kazanacak, yürürlüğe girecek ve ancak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi hâlinde *ileriye dönük bir biçimde* yürürlükten kalkacaktır. Bu nedenle söz konusu şart, aslında Türk hukukunda kanunların hukuk sisteminin bir parçası olması için gerekli bir şart değildir.

Burada şu itiraz öne sürülebilir: Eğer bir kanun bu şarta aykırı biçimde ihdas edilmişse Anayasa Mahkemesinin bu normu iptal etmesi, geçersiz kılması gerekir. Anayasa Anayasa Mahkemesini bu normları iptal etmekle görevlendirmiştir. Dolayısıyla, söz konusu şart bir kanunun geçerli kalabilmesinin şartıdır. Kanımızca bu

¹³⁶¹ Doktrinde kanımızca haklı olarak en azından belli durumlarda Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütmesinin yararlı olacağı vurgulanmaktadır (Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 17. B., İstanbul: Beta, 2014, ss. 263-264; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. B., İstanbul: Beta, 2014, ss. 564-565). Bununla birlikte, Anayasa'daki açık hüküm iptal kararının ancak ileriye yürüyebileceğini göstermektedir.

görüş hatalıdır. Her şeyden önce, bir kanunun ihdas usulüne ilişkin şartlara uyulmadan çıkarılması söz konusu kanunun geçerli kalmasının bir şartı olarak görülürse, anayasaya aykırılığı sebebiyle hiçbir zaman Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olmamış bir kanunun geçerli kalabilmesini açıklamak mümkün olmayacaktır. Benzer bir akıl yürütme iptal davasına konu olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeyen, ancak Anayasa tarafından belirlenen ihdas usulüne (son oylama çoğunluğu) uyulmadan çıkarılmış olan kanunlar açısından da gerçekleştirilebilir. Eğer ihdas usulüne ilişkin anayasal kurallar kanunların geçerli kalabilmesinin şartı olsaydı, iptal davası sürecinin ardından bu tür normların geçerli kalabilmesinin mümkün olmaması gerekirdi. Dikkat edilecek olursa, bir başka kanun tarafından yürürlükten kaldırılan kanunun geçerliliğini yitirdiğini tereddüde mahal vermeden söyleyebiliyoruz. Oysa son oylama açısından Anayasada öngörülen çoğunluğa aykırı biçimde kabul edilmiş bir kanunun geçerli kalıp kalmayacağı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verip vermemesine bağlanmıştır.

Bu noktada cevaplanması gereken bir başka soru şudur: Öyleyse Anayasada yer alan karar alma çoğunluğuna ilişkin hüküm veya hükümler kanunların geçerliliğine ilişkin hiçbir şey ifade etmemekte midir? Bu hükümler normatif açıdan anlamsız mıdır? Kanımızca bu son soruya rahatlıkla olumsuz yanıt verilebilir. Söz konusu kural kurucu iktidar tarafından öngörülmüş ve meşruiyetini korumak isteyen bir Anayasa Mahkemesinin uyması gereken bir kuraldır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kuralı dikkate alıp, bunlara uygun kararlar vermek için geçerli eylem sebepleri bulunmaktadır¹³⁶². Anayasa, belirlediği kriterlere aykırı ihdas edilen kanunları

¹³⁶² Her şeyden önce Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk düzeni tarafından öngörülen görev ve görevleri yerine getirmeyi kendi rızalarıyla kabul ettiklerini söylemek gerekir. Elbette, bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin son oylama çoğunluğuna uyulmadan kabul edilmiş bir kanunu iptal etmemek için geçerli sebepleri olabilir. Belki de söz konusu sebeplerin ahlaki bir önem taşıdığı durumlarda rızalarıyla kabul ettikleri bir görevi yerine getirmek yönünde sahip oldukları ahlaki sebeple, ahlaki bir değere sahip olan bir normu iptal etmeme yönünde sahip oldukları ahlaki sebep çatışabilir. Bu gibi durumlarda, yalnızca hukuki açıdan değil, hâkimlerin tabi oldukları bütün normatif gereklilikler açısından, eğer iptal etmeme yönünde sahip oldukları ahlaki sebepler baskın geliyorsa, her şey dikkate alındığında (*all things considered*) söz konusu kanunun iptal edilmemesinin gerektiği iddia edilebilir. Ancak, bütün bu tespitler kanunların ihdasında son oylama çoğunluğuna ilişkin kuralların normatif anlamda önemsiz olduğu anlamına gelmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu kuralları dikkate almak için geçerli bir sebepleri her zaman olacaktır. Bu geçerli sebebin belli durumlarda çatışan sebepler tarafından yenilebileceğini söylemek, ortada artık geçerli bir sebebin bulunmadığını söylemek demek değildir. Anılan anayasal hükümler hâkimlere belli bir yönde eylem sebebi sağladığı sürece, bunların normatif açıdan anlamsız olduğu söylenemez. Bu açıklamalarımız şu an için fazla bir şey ifade etmiyor

geçersiz kılmak üzere Anayasa Mahkemesini görevlendirmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Anayasa Mahkemesinin ilgili normlara uymayarak hukuki yükümlülüğünü ihlal etmesinin incelenen kanunun geçerliliği üzerinde bir etkisinin olması şart değildir. Nitekim Anayasa belli bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını tespit etme yetkisini tamamen Anayasa Mahkemesine bırakmak suretiyle, bu mahkemenin hukuka aykırı olduğu iddia edilebilecek kararlarına da hukuki sonuç bağlamıştır. Tıpkı bazı durumlarda TBMM'nin hukuka aykırı işlemlerine (kanunu ihdas eden işlem) hukuken geçerli sonuçlar bağladığı gibi.

2) İçerik anlamında kanunların geçerliliğine ilişkin öngörülen şartların bütünü için de aynı hususu tekrar edebiliriz. Kanunlar hangi içeriğe sahip olurlarsa olsunlar, isterlerse anayasal hükümlerle doğrudan çelişen hükümler içersinler, geçerli bir biçimde tesis edilmiş olurlar. Bu tür kanunlar ancak Anayasa Mahkemesi önünde iptal davasına konu olur ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirlerse geçerliliklerini yitirirler. Dolayısıyla, Türk hukukunda kanunların anayasaya aykırı olamayacağını düzenleyen 11/2 maddesinin de kanunların sistemsel geçerliliği açısından, normun hukuk sistemine aidiyetini belirleyen bir kriter olduğu söylenemez.

Dikkat edileceği üzere, bütün bu sonuçlara Anayasanın hükümlerinden ulaşmaktayız. Bu sonuçlara ulaşmak için Anayasanın hükümlerine göre bir normun ne zaman geçersiz, ne zaman geçerli olduğunu değerlendirmekteyiz. Örneğin son oylamadaki çoğunluğa ilişkin kuralın kanunların sistemsel geçerliliği için bir şart olmadığına, Anayasanın 153/3 maddesinin mefhum-u muhalifinden ulaşmaktayız.

3) Yukarıdaki tespitlerden Türk hukukuna ilişkin olarak şu sonucu çıkarmak gerekir: Türk hukuk sistemindeki normların kanunlar açısından belirlediği sistemsel geçerlilik kriteri organiktir. TBMM'nin belli bir çoğunluğunun belli bir içeriği kanun olarak ihdas etme iradesi bulunduğu sürece kanun geçerli bir şekilde ihdas edilmiş olacaktır. Bununla birlikte, TBMM tarafından ihdas edilmemiş bir normun “kanun” olarak geçerlilik kazanması mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle, Türk hukuk sisteminde, diğer pek çok hukuk sisteminde de olduğu gibi, parlamento tarafından

olabilir. Diliyoruz bir sonraki kısımda hukukun bağlayıcılığından bahsettikten sonra buradaki açıklama ve iddialarımız daha fazla anlam ifade edecektir.

çıkarılan kanunlara ilişkin bir hukuka uygunluk karinesi¹³⁶³ bulunmaktadır. Ayrıca, anayasaya aykırılık Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilse dahi, Anayasa Mahkemesinin yapabileceği ileriye dönük olarak kanunu yürürlükten kaldırmaktan ibarettir. Söz konusu olan, hukuka aykırılığın tespit edilip iptal kararının verildiği durumlarda dahi, kanunun hiçbir zaman geçerlilik kazanmaması değil, bu geçerliliğin ileriye dönük olarak sonlandırılmasıdır.

Dolayısıyla, genel itibarıyla hukuk sisteminin belirlediği kriterlere uygun biçimde ihdas edilmeyen normların buna rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmemesi nedeniyle geçerli kalabilmesine dayanarak sistemsel geçerlilik anlayışını yetersiz bulan görüş hatalıdır. Bu görüş, sistemsel açıdan bir normun geçerliliği için neyin gerektiği konusundaki düzenlemelerini doğru okuyamamaktadır. Bir hukuk sisteminin bir normun geçerliliği için katı kriterler belirlemediği söylenebilir. Örneğin, Türk hukukunda parlamento tarafından kanun olarak ihdas edilen bir norm, bu normun ihdasında diğer şekli ve maddi anayasal kriterlere uyulup uyulmadığına bakılmaksızın geçerlilik kazanmaktadır. Bu noktada parlamento tarafından “belli bir norm olması amacıyla” ihdas edilmek dışında kanunların geçerliliği için bir kriter öngörüldüğünü söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuka uygunluk karinesi dolayısıyla bir normun geçerli bir şekilde ihdas edilmesinin önüne geçemeyen anayasal gereklilik ve kriterler, normatif açıdan anlamsız değildir. Gerek parlamentonun, gerekse Anayasa Mahkemesinin üyelerinin bu kriterlere uymak için genellikle bir sebebi olacağını söyleyebiliriz. Her şeyden önce, bu kriterlere uyulmadan karar alınması hâlinde kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği düşüncesi, kanunun geçmesini isteyen parlamento üyeleri açısından sağduyu kaynaklı bir sebep teşkil eder. Yukarıda dipnotta açıkladığımız gibi, Anayasa Mahkemesi üyeleri ise bu görevi kabul etmekle birlikte anayasal hükümlerin gereklerine göre karar vermeyi kabul etmiş, âdeta bir vaatte bulunmuş olurlar. Bu vaat üyeler açısından söz konusu anayasal normların dikkate alınması, bu normlar doğrultusunda karar verilmesi için eylem sebebi teşkil eder. Ancak, sırf bu gerekliliklere aykırılık nedeniyle, hukuk sistemine ait olmayan bir normun hukuk sisteminde geçerli olduğu düşünülemez. Bu gereklilikler normun hukuk

¹³⁶³ Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., ss. 1061-1062.

sistemine aidiyeti açısından sağlanması zorunlu şartlar değil, aykırılık durumunda geçerliliklerinin, yani aidiyetlerinin sona erdirilmesi gerektiğini salık veren normlardır.

Sonuç itibariyle ilk itiraz doğrultusunda sistemsel geçerlilik anlayışına dair genel formülasyonumuzda bir değişikliğe gitmek gerekmediğini düşünüyoruz. Kanımızca sistemsel geçerlilik anlayışına ilişkin bu itiraz “geçerlilik kriteri”nin yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Sistemsel geçerlilik anlayışına yönelik ikinci itiraz hukuk sisteminin belirlediği kriterlere göre geçerlilik kazanmamış, hatta bu sistemin yetkilileri tarafından ihdas edilmemiş sistem dışı normların hukuk sisteminde uygulanmasına dayanır. Bu alanda pek çok örnek vermek mümkündür. Joseph Raz’a göre milletlerarası özel hukuk kuralları, bazı dinî grupların yaşamlarının belli alanlarını dinî kurallara göre belirlemesine izin veren hukuk kuralları ve belli etnik grup veya kabilelerin kendi aralarındaki ilişkileri örfi kurallara göre yönetmesini mümkün kılan kurallar, hukuk sistemine ait olmayan kurallara geçerlilik tanırırlar¹³⁶⁴. Andrei Marmor’a göre uluslararası hukuk kuralları da, ulusal hukuk sisteminin bir parçası olmadıkları hâlde, geçerli normlar olarak bu hukuk sistemlerinde uygulanabilmektedir¹³⁶⁵. Burada sayılanlara Kelsen’den hareketle devrim ve darbelerden sonra yapılan anayasalarla eski hukuk düzeninde geçerli olan bazı normların yeni hukuk düzeninde de geçerli olacağının öngörüldüğü durumları eklemek isteriz¹³⁶⁶. Raz’a göre, bir hukuk sistemine aidiyet ile hukuki geçerlilik aynı anlama gelemmez. Burada verilen örnekler, her geçerli hukuk kuralının bir hukuk sistemine ait olmayacağını göstermeye yetmektedir¹³⁶⁷.

Kanımızca belirtilen kuralların hukuken geçerli olduğu, ancak bir hukuk sistemine ait olmadığı tespiti doğru değildir. Bunu her başlık için ayrı ayrı göstermeyi umuyoruz. İlk olarak uluslararası antlaşmaların ulusal hukuktaki geçerliliği hususunu ele alacağız. Burada monizm-düalizm tartışmasına değinilmesi beklenebilir. Biz başka

¹³⁶⁴ Raz, “Legal Validity”, *op. cit.*, s. 342.

¹³⁶⁵ Andrei Marmor, “Exclusive Legal Positivism”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 105.

¹³⁶⁶ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, s. 244.

¹³⁶⁷ Raz, “Legal Validity”, *op. cit.*, ss. 341-342.

bir çalışmamızda bu konuyu ele aldık¹³⁶⁸. Triepel uluslararası hukuk ve iç hukuk kaynaklarının farklılığı, konu bakımından bu iki sistemin örtüşmemesi ve iki hukuk sisteminin muhataplarının farklılığı dolayısıyla düalist bir sistemin benimsenmesi gerektiğini düşünür¹³⁶⁹. Kelsen’e göre, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerine ilişkin monist bir yapının benimsenmesi kaçınılmazdır¹³⁷⁰. Bununla birlikte, uluslararası hukukun temel normunu varsayıp, Kelsen’in önerdiği gibi iç hukuk sistemlerinin geçerliliğini uluslararası örf ve âdet hukukunun “etkililik prensibi”ne dayandırsak dahi¹³⁷¹, ne uluslararası hukuk bir bütün olarak iç hukuk sistemlerine üstün olur, ne de uluslararası hukuk normları ulusal hukuk sistemlerinin yetkilileri tarafından doğrudan uygulanabilir. Nitekim bir kere bu iki sistemin tek bir hukuk sistemi teşkil ettiği ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliği etkililik prensibine dayanılarak gösterildikten sonra, ortada birbirine kategorik biçimde üstün olabilecek iki sistem değil, normları arasındaki üstlük-altlık ilişkisi ayrı ayrı değerlendirilecek tek bir sistem bulunur¹³⁷². Kelsen’in öğrencisi Alfred Verdross da uluslararası hukuk ve iç hukuk sistemlerinin birliği ve ulusla hukuk sistemlerinin nihai geçerliliğini bir uluslararası hukuk normundan almasından hareketle uluslararası hukukun iç hukuka kategorik olarak üstün görülmesinin hatalı olduğunu kabul etmektedir¹³⁷³. İkinci olarak, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğinin uluslararası hukuktan kaynaklanması, uluslararası hukuk normlarının bu ulusal hukuk uygulayıcıları tarafından doğrudan uygulanabilmesini garanti etmeyebilir. Nitekim ulusal yargıç ve hukuk uygulayıcılarının hangi normları uygulayacağı uluslararası hukuk tarafından değil, ulusal hukuk tarafından belirlenmektedir.

¹³⁶⁸ Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 49-70.

¹³⁶⁹ Heinrich Triepel, “İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler”, çev. Orhan Arsal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3, Yıl: 1937, ss. 8-11. Ayrıca bkz. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig: C. L. HIRSCHFELD, 1899, s. 12.

¹³⁷⁰ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 328-329.

¹³⁷¹ Uluslararası hukuk sistemlerinin pozitif geçerlilik kaynağı olarak etkililik prensibi için bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 367. Ayrıca bkz. Jochen von Bernstorff ve Thomas Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, ss. 93-94.

¹³⁷² Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 65-66.

¹³⁷³ Bkz. Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, s. 134’ten aktaran: Bernstorff ve Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, op. cit., s. 98.

Uygulamaya baktığımızda ulusal hukuk sistemlerinin genellikle uluslararası hukuku ve iç hukuku iki ayrı sistem gibi algıladığını ve uluslararası hukuk normlarının iç hukukta geçerli olup uygulanabilmesi için bu normların iç hukuka aktarılmasını şart koştuğu görülmektedir. Bu hukuk sistemlerinde uluslararası hukukun iç hukuka aktarılmasına ilişkin genellikle iki önemli norm bulunur: Bunlardan bir tanesini uluslararası hukuk normunun iç hukuka aktarılması konusunda yetki veren ve “geçerlilik normu” olarak adlandırabiliriz¹³⁷⁴. Bunun yanında, bir de aktarma işlemini gerçekleştiren, geçerlilik normu tarafından belirlenen bir “aktaran norm” bulunmaktadır¹³⁷⁵. Uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki hiyerarşik gücünü belirlerken her şeyden önce geçerlilik normunun özel bir tespiti olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin, Türk hukuk sisteminde geçerlilik normu olan Anayasanın 90. maddesi uluslararası hukuk normlarının kanun gücünde olacağını belirtmektedir. Oysa bu normları iç hukuka aktaran norm parlamentonun değil, Cumhurbaşkanının bir işlemidir¹³⁷⁶. Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanabilmesi çoğu durumda parlamentonun uygun bulma kanunu çıkarmasına bağlıdır¹³⁷⁷. Biz daha önce, geçerlilik normunun özel bir belirlemesi yoksa, iç hukuka aktarılan uluslararası hukuk normlarının aktaran norm seviyesinde olacağını belirtmiştik¹³⁷⁸. Burada sistemsal geçerlilik tartışması açısından önem arz eden hususlardan bir tanesi bu normları niçin aktaran norm seviyesinde gördüğümüze dair açıklamadır. Bununla birlikte, öncelikle aktaran norma gerek olmaksızın uluslararası hukuk normlarının iç hukukta uygulama bulabildiği Alman hukuk sistemindeki duruma değinmek isteriz.

Alman Anayasasının uluslararası hukukun temel ilkelerine ilişkin 25. maddesi “Uluslararası hukukun genel ilkeleri federal hukukun bir cüzü olacaktır” demektedir¹³⁷⁹. Öncelikle kısaca uluslararası hukukun genel ilkelerinden ne anlaşılması gerektiğini

¹³⁷⁴ Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 52, 70.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, s. 52.

¹³⁷⁶ Türk Anayasasının 104/11 maddesi uyarınca uluslararası antlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Ayrıca bkz. Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, op. cit., s. 188.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, s. 195.

¹³⁷⁸ Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., s.70.

¹³⁷⁹ Çeviri bize aittir. Metnin Almancası için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim Tarihi: 9 Aralık 2019.

görelim¹³⁸⁰. Alman Anayasasının ifadesi ilk başta akla Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde geçen ve uluslararası hukukun kaynakları arasında gösterilen “uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri” ifadesini akla getirmektedir. Bir görüşe göre “uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri” ifadesi Statünün aynı maddesinin önceki bentlerinde geçen uluslararası antlaşma ile örf ve âdet hukuku dışında bir kaynağa işaret etmemektedir¹³⁸¹. Dolayısıyla, bu görüşe göre “uygar uluslar tarafından benimsenen hukukun genel ilkeleri”, uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve âdet hukukunda yer alan genel ilkelerden başka bir şey değildir. Antonio Cassese ise “uluslararası hukukun genel ilkeleri” ile “hukukun genel ilkelerinin” farklı olduğunu düşünmektedir. Ona göre “uluslararası hukukun genel ilkeleri” uluslararası antlaşma ve örf-âdet hukuku normlarının genelleştirilmesiyle ulaşılan davranış kurallarıdır¹³⁸². Biz, benzer sözcükler içeren bu iki kavramın, eğer mümkünse ayrılmaları gerektiğini düşündük. Dolayısıyla, “uluslararası hukukun genel ilkeleri” ifadesini Cassese’in önerdiği biçimde algılamak, Statünün 38. maddesinde geçen “hukukun genel ilkelerini” dünya genelinde hukuk sistemleri tarafından iç hukuka ilişkin olarak benimsenmiş olan ilkeler olarak anladık¹³⁸³. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasasında geçen “uluslararası hukukun genel ilkeleri” tabirinin uluslararası örf ve âdet hukukundan kaynaklandığını kabul etmekte ve bunların devletler tarafından benimsenen hukukun genel ilkeleriyle tamamlandığını düşünmektedir¹³⁸⁴. Biz bu iki kavramın birbirinden ayrılabilir olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca, bizi burada ilgilendiren Alman hukukunda bu “uluslararası hukukun genel ilkeleri” ifadesinden ne anlaşıldığından çok, bu ilkelerin iç hukuktaki geçerliliğinin teorik açıdan yorumlanması olduğundan, “uluslararası hukukun

¹³⁸⁰ “Uluslararası hukukun genel ilkeleri”nin ne olduğunu daha önce şu çalışmamızda tartışmıştık: Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 342-245. Burada söz konusu tespitlere özet bir biçimde yer veriyoruz.

¹³⁸¹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6. B., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 99; Martin Dixon, *International Law*, 7. B., Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 43.

¹³⁸² Antonio Cassese, *International Law*, 2. B., Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 188.

¹³⁸³ Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., s. 344. Görüşümüze temel oluşturan kaynaklar için bkz. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 7. B., İstanbul: Beta, 2013, ss. 85-86; Dixon, *International Law*, op. cit., s. 88.

¹³⁸⁴ Walther Fürst ve Hellmuth Günther, *Die Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen*, 2. B., Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978, s. 162; Stefan Talmon, “Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht”, *Juristen Zeitung*, C. 68, S. 1 (2013), s. 12.

genel ilkeleri” ifadesini “uluslararası antlaşmalar ile uluslararası örf ve âdet hukuku normlarından çıkarılan genel ilkeler” olarak anlayacağız.

Burada uluslararası hukukun genel ilkeleri bir bütün hâlinde *geçerlilik normu tarafından* iç hukuka aktarılmaktadır¹³⁸⁵. Bir başka deyişle, Alman Anayasasının 25. maddesi hem uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuktaki geçerliliğini sağlayan “geçerlilik normu” hem de bu normları bir bütün hâlinde iç hukuk sistemine aktaran norm niteliğindedir.

Bizim açımızdan mühim olan, aktaran norm tarafından iç hukukta bağlayıcı kılınan içeriği uygulayan ulusal hukuk yetkililerinin ne yaptığı ve hangi normu uyguladığıdır. Bu bağlamda şu soru sorulabilir: Uluslararası hukukun genel ilkelerini uygulayan yetkililer uluslararası hukuk bağlamında geçerliliğe sahip olan normu mu uygulamaktadır? Yoksa aktarma işlemi ile iç hukukta aynı içeriğe sahip bir başka norm mu uygulanmaktadır?

Öncelikle geçerlilik normu ile aktaran normun farklı normlar olduğu bir sistemdeki, örneğin Türk hukuk sistemindeki durumu ele alalım. Türk hukuk sisteminde aktaran normun Cumhurbaşkanının bir işlemi olduğunu söylemiştik. Bu aktarma işlemi, ekinde yer verdiği uluslararası antlaşmanın onaylandığını belirtmekten başka pek bir şey yapmamaktadır¹³⁸⁶. İç hukuka aktarılan norm ile uluslararası hukuka göre geçerli olan milletlerarası antlaşmanın aynı norm olmadığını kolaylıkla gösterebiliriz. Eğer bu iki norm aynı norm olsaydı, uluslararası antlaşma tadil edildiğinde iç hukukta uygulanan normun da buna göre değişmesi gerekirdi. Ancak, durum bu değildir. Uluslararası antlaşma tadil edildiğinde tadil eden normun da iç hukuk süreçlerine göre onaylanması gerekecektir¹³⁸⁷. Bir başka deyişle, eğer bu iki norm aynı norm olsaydı,

¹³⁸⁵ Fritz Ossenbühl, “Gesetz und Recht: Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat”, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Cilt: 5, editörler: Josef Isensee ve Paul Kirchhof, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, s. 178.

¹³⁸⁶ Yakın tarihli bir örnek için bkz. “Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükûmeti Arasında Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası”nın onaylanmasına ilişkin 1815 sayılı ve 6 Aralık 2019 tarihli Cumhurbaşkanlığı kararı, 30971 sayılı ve 7 Aralık 2019 tarihli Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>, Erişim Tarihi: 9 Aralık 2019.

¹³⁸⁷ Bunun sebebini şu şekilde açıklayabiliriz: Bir normu değiştirmenin yolu başka bir norm ihdas etmekten geçer. Uluslararası antlaşmayı tadil eden norm tadilen edileden farklı bir uluslararası antlaşmadır. Öyleyse bu antlaşmanın da Türk hukuk düzeni tarafından öngörülen sürece göre iç hukuka aktarılması gerekir.

uluslararası antlaşmanın değişmesiyle, iç hukukta uygulama bulan normun da değişmesi gerekirdi. Durum bu olmadığına göre, iç hukukta uygulanan norm uluslararası hukuktaki normdan farklıdır. Bunun önemi şurada yatar: Bir uluslararası antlaşmayı iç hukukta uygulayan yetkililer esasen doğrudan uluslararası hukukun belirlediği kriterlere göre geçerli olan bir normu değil, uluslararası antlaşmayla aynı içeriğe sahip olan aktaran işlemi uygulamaktadır. Ancak yeni bir aktaran işlem vasıtasıyla uygulanan içerik değiştiğinde uluslararası antlaşmanın tadil edilmiş metniyle bağlı olurlar¹³⁸⁸.

Türk hukukunda iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmanın uluslararası hukuktaki uluslararası antlaşma olmadığını gösteren bir başka husus şu şekilde ifade edilebilir: Eğer aktaran normun dışında, geçerli olan bir başka norm mevcutsa, bunlardan birinin geçersizliğinin diğerinin geçersizliğine yol açmaması gerekir. En azından bu geçersizliğin kendiliğinden olmaması gerekir. Örneğin, anayasaya aykırı bir kanunun iptali nedeniyle bu norma dayanan bir yönetmelik kendiliğinden geçersiz olmaz¹³⁸⁹. Bunun nedeni yönetmeliğin kanunun geçerliliğinden ayrı bir geçerliliğe sahip olmasıdır. Oysa bir uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaran Cumhurbaşkanı kararı ilga veya iptal edilirse, ortada iç hukuk açısından geçerli kabul edilebilecek bir uluslararası antlaşmanın bulunduğu bahsedemeyiz¹³⁹⁰. Eğer aktaran normun dışında

¹³⁸⁸ Buradan şu çıkarım yapılabilir: Türk hukukunda uluslararası antlaşmaları onaylayan Cumhurbaşkanı kararları, eğer bizim tespitimiz doğruysa, kanun hükmündedir. Ancak, bunun tek nedeni, Anayasanın 90. maddesinin bu tür kararların içeriğinin kanun gücünde olduğunu belirtmesidir. Onaylanması için uygun bulma kanununun çıkarılması gereken antlaşmalar açısından bu durum pek yadırganmayabilir. Neticede Cumhurbaşkanı kararıyla iç hukuka aktarılabilecek olan içeriğin aktarılması bir kanun tarafından uygun bulunmaktadır. Öte yandan, iç hukuka aktarılmaları için uygun bulma kanununa gerek olmayan uluslararası antlaşmalar açısından, bunları aktaran Cumhurbaşkanı kararına kanun gücü tanınması yadırganabilir. Yine de, kanımızca, pozitif hukukun bizi varmaya zorladığı sonuç budur.

¹³⁸⁹ Benzer bir tartışma için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt: 1, Ekin: Bursa, 2003, ss. 1063-1068. Aksi görüş için bkz. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Kanunla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 3. B., Ankara: Turhan, 2015, ss. 77-78. Bununla birlikte, karşıt görüşün yerinde olmadığını düşündüğümüzü belirtelim. Hukuk kurallarının geçerli olup olmadığı yaratıldığı andaki geçerlilik şartlarını sağlayıp sağlamadığına bakılarak belirlenir. Aksi takdirde, bir anayasanın parlamento tarafından kanun çıkarılmasına ilişkin hükmü her değiştiğinde o zaman kadar önceki hükme dayanarak ihdas edilmiş olan bütün kanunların kendiliğinden geçersiz olacağını düşünmek gerekir. Bu ise hem hukuk kurallarının geçerliliğinin geçmişe dönük değerlendirmelerle yapılması gerektiği yönündeki teorik gerekliliğe hem de devlet ve toplum yaşamına ilişkin sağduyuya ters düşecektir. Bununla birlikte, hukuki dayanağı ortadan kalktığı için bir normun hukuka aykırı hâle gelip gelmeyeceği ayrı bir husustur. Örneğin, dayandığı kanun ortadan kalkan bir yönetmelik hukuka aykırı hâle gelebilir. Ancak, hukuka aykırı hâle gelse bile kendiliğinden geçersiz hâle gelmez. Hukuka aykırı yönetmeliğin iptal edilmesi gerekir.

¹³⁹⁰ İç geçerlilik ve dış geçerlilik kavramları için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin, 1999, ss. 187-189. Yazar iç hukuk normlarının iç ve dış geçerliliğinden bahsetmektedir. Bununla birlikte, aynı şekilde uluslararası hukuk normlarının iç ve dış geçerliliğinden de bahsedilebilir. Bir başka deyişle, bir uluslararası antlaşmanın uluslararası hukuktaki geçerliliği ile ulusal

uluslararası antlaşmanın içeriğine sahip bir başka norm olsaydı, Cumhurbaşkanı kararının geçersizliğinin doğrudan bu normun geçersizliğine yol açmaması gerekirdi.

Dolayısıyla, aktaran işlem ekinde yer verdiği içeriğin onaylandığını söylemeyip, onaylanan içeriğe doğrudan yer verseydi ulusal hukuk sistemindeki yetkililerin uyguladığı hukuk açısından hiçbir fark olmazdı. İngiliz hukuk sistemi bu açıdan ilginç bir örnek teşkil eder. İngiliz hukukunda vatandaşların hak ve yükümlülüklerini etkileyen, vergi veya kamu harcamaları gibi finansal konularda düzenlemeler içeren uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması için kanun çıkarılması zorunludur¹³⁹¹. Kanunlar aktarma işlemini bazen uluslararası antlaşmanın metnine ekte yer vererek, bazense uluslararası antlaşmaya atıfta bulunmadan, bu antlaşmanın hükümleriyle paralel düzenlemeler getirerek gerçekleştirmektedir¹³⁹². Hâliyle uluslararası antlaşmanın tadiliyle ilgili Türk hukukuna ilişkin olarak söylediklerimiz, İngiliz hukuk sistemi açısından da geçerlidir. Yani, uluslararası antlaşmanın tadili ile iç hukukta uygulanacak olan norm kendiliğinden değişmediğine göre, iç hukukta uygulanan norm uluslararası hukuktakinden farklıdır. İngiliz hukukunda iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşma ile kastedilen esasen (ancak kanunla iç hukuka aktarılabilen uluslararası antlaşmalar açısından) kanundur.

Buradan çıkarılacak olan sonuç şudur: Uluslararası antlaşmaların iç hukuka teker teker aktarıldığı sistemler açısından iç hukuka ait olmayan bir normun uygulandığından bahsedilemeyeceği için, bu örneklerin sistemsiz geçerlilik anlayışı açısından bir sorun teşkil etmesi mümkün değildir. Bu durumlarda uygulanan ve ulusal hukuk sisteminin yetkilileri açısından bağlayıcı olan norm, hukuk sisteminin belirlediği kriterlere göre geçerli olan iç hukuk normlarıdır. Bunların içeriği, uluslararası antlaşmanın metnine ekte yer verildiği durumlarda, bu ekin içeriğine atıfla belirlenmektedir. İngiliz hukukunda kimi durumlarda kanunların aktardığı hükmün içeriğine uluslararası

hukuk sistemlerindeki geçerliliği birbirinden ayrılabilir. Benzer biçimde, bir uluslararası antlaşmanın iç hukuk açısından geçersiz olması ve ulusal mahkemeler önünde ileri sürülememesi, söz konusu normun uluslararası hukuk alanındaki geçerliliğini etkilemeyecektir.

¹³⁹¹ John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, 4. B., New York: Pallgrave MacMillan, 2002, s. 102; Anthony W. Bradley ve Keith D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14. B., Essex: Pearson, 2007, s. 325.

¹³⁹² Robert B. Stewart, "Treaty-Making Procedures in the United Kingdom", *The American Political Science Review*, C. 32, S. 4 (Ağustos 1938), s. 666; Sidney William Templeman, "Treaty-Making and the British Parliament-Europe", *Chicago-Kent Law Review*, C. 63, S. 2 (Ocak 1991), s. 482; Andrew Burrows, *English Private Law*, 3. B., Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 20.

antlaşmaya atıf yapmadan yer vermesi de esasen iç hukukta uygulanan uluslararası antlaşmadan kastın aktaran norm olduğu fikrini güçlendirmektedir.

Bununla birlikte, geçerlilik normu ile aktaran normun aynı olduğu, uluslararası hukuk normunun her seferinde ayrıca aktarılmasının gerekmediği durumları -örneğin Alman hukukunda uluslararası hukukun genel ilkelerinin durumu- ayrıca değerlendirmek gerekir. Radonia Cumhuriyeti Anayasasında şu şekilde bir hüküm bulunsun: “Radonia Cumhuriyeti’nin diğer devletlerle akdettiği her türlü uluslararası antlaşma ayrıca bir işleme gerek kalmadan Radonia Cumhuriyeti organları tarafından yürütülebilir ve uygulanabilir”. Bu durumda Radonia Cumhuriyeti’nin akdettiği uluslararası antlaşmalar ile iç hukukta uygulanmakta olan uluslararası antlaşmaların farklı normlar olduğunu söyleyebilir miyiz? Her şeyden önce “antlaşmanın tadiline” ilişkin yukarıda ileri sürdüğümüz argüman burada geçersiz hâle gelmektedir. Radonia Anayasasına göre, uluslararası hukuk nezdinde bir antlaşma tadil edildiğinde, antlaşma tadil edilen içeriği ile iç hukukta doğrudan uygulama bulmaktadır.

Bu ikinci örneğin ilkinden en büyük farkı ilkinin belli bir içeriğin uygulanmasına yönelik olmasına rağmen, bu örnekte şekli bir aktarmanın söz konusu olmasıdır. Yani, anayasa hükmü, içeriklerine değinmeksizin devletin taraf olduğu bütün uluslararası antlaşmalara iç hukukta geçerlilik tanımaktadır. İlki uluslararası hukuka iç hukukta geçerlilik tanımının statik bir yöntemiyken, ikincisi dinamik bir yöntemdir. İkinci yöntem dinamik bir yöntem olduğu için bu yöntemi “belli bir şekilde ihdas edilen normlara iç hukukta geçerlilik sağlanması” şeklinde algılamak mümkündür. İlk yöntemde aktaran normun içeriği ekte verilen uluslararası antlaşmanın içeriğine atfen belirlenirken, ikinci yöntemde iç hukukta uygulanacak olan antlaşma şekli kriterlere göre (Radonia Cumhuriyeti tarafından akdedilmiş olma) belirlendikten sonra doğrudan uluslararası hukuk kurallarına göre geçerli olan normun içeriği dikkate alınmaktadır. Nitekim bu içerik değiştiği anda iç hukukta uygulanması gereken norm da değişmektedir.

Uluslararası hukuk normlarının her norm için ayrı ayrı iç hukuka aktarılması gereken durumlarda iç hukukta uygulanan normun esasen aktarmada bulunan iç hukuk normu olduğunu, bu nedenle sistemsal geçerlilik anlayışına dair itirazın bu durumlar

açısından geçerli olamayacağını belirtmiştik. Neticede aktaran normun geçerlilik kriterleri sistemeldir ve bu normlar iç hukuk sistemine aittir. Aynısını dinamik aktarma olarak adlandırabileceğimiz yöntem için söylemek pek mümkün görünmemektedir. Eğer, bu durumda uygulananın esasında anayasa hükmü olduğu, bu hükmün içeriğinin sistem dışı bir normun içeriğine bakılarak belirlendiği iddia edilirse, anayasal hükmün içeriğinin nasıl değişebildiğini açıklayabilmek gerekecek, bir uluslararası antlaşmayı imzalayan devletlerin yetkililerine “tali kurucu iktidar” sıfatını vermek icap edecektir. Kanımızca, anayasaların değiştiriliş usullerini açıkça düzenlediği düşünüldüğünde, Radonia Cumhuriyeti Anayasasında bulunan hükme denk hükümler içeren sistemlerde devletler adına uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisine sahip olan kişilerin, bilhassa başka devletlerin yetkililerinin, tali kurucu iktidar olarak anlaşılabilmesinin gösterilmesi hayli zordur.

Biz başka bir yol takip edeceğiz. Kanımızca Radonia Cumhuriyetinin Anayasasındaki hükmün yaptığı şey, belli bir sistemde “hukuk yaratan olgu” olarak kabul edilen hukuk yaratma yöntemini iç hukuka aktarmaktır. Bu aktarmayı şu şekilde formüle etmek mümkündür: “Uluslararası hukukta antlaşmaların yapılmasına ilişkin kurallara uygun olarak Radonia Cumhuriyeti tarafından akdedilen uluslararası antlaşmalar Radonia Cumhuriyeti organları tarafından yürütülebilir ve uygulanabilir”. Anayasa bir normun nasıl yaratılacağını doğrudan belirlemek yerine, başka bir sisteme atıfla belirlemektedir. Bu yöntem (o yöntem her neyse) uyularak yaratılan normlar iç hukuk açısından da bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla, bu durumda Radonia hukuk sisteminin uluslararası antlaşmaların geçerlilik kriterlerine ilişkin hiçbir şey söylemediği, uluslararası antlaşmaların Radonia hukuk sistemine dâhil olmadığı hâlde bu sistemde geçerli olduğunu söylemek doğru değildir. Radonia Cumhuriyeti Anayasası bu kriterleri başka bir sisteme atıfla belirlemeyi tercih etmiştir. Zaten, Radonia Anayasasının bir uluslararası antlaşmanın uluslararası hukuk bağlamındaki geçerliliği üzerinde söz sahibi olması mümkün olmadığına, uluslararası hukuktaki antlaşmaların geçerliliğinin uluslararası hukukun yerleşik kurallarına göre belirleneceğine göre, “(içerik olarak) orada geçerli olan burada da geçerli olsun” isteyen bir Anayasanın başka bir yol tercih etmesi de mümkün değildir. Belki uluslararası hukukta antlaşma yapımına ilişkin kuralların görece basit ve değişmez olduğu ve bu kriterlere Anayasada doğrudan yer verilmesinin sakınca yaratmayacağı düşünülebilir. Ancak, Viyana

Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi gibi antlaşma yapımına ilişkin uluslararası antlaşmaların bulunduğu düşünüldüğünde bu düşüncenin yerinde olmayacağı kanısındayız. Kaldı ki iç hukukta geçerlilik tanınmak istenen uluslararası antlaşmaların yanında uluslararası örgütlerin kararları da olabilir¹³⁹³. Bu durumda her örgütün karar alma sürecinin anayasada ayrıca belirlenmesi pratik açıdan imkânsız olacaktır. Üstelik bu uluslararası örgütlerin karar mekanizmalarında meydana gelen her değişikliğin ayrıca anayasa değişikliği ile ulusal hukuka yansıtılması gerekecektir ki bu da “(içerik olarak) orada geçerli olan burada da geçerli olsun” stratejisi için makul bir yol değildir. Sonuç olarak, bir anayasa doğrudan yapabileceğini dolaylı yoldan yaptığı için, anayasanın göndermesiyle belirlenen hukuk yaratan olguların doğurduğu normların sistemin belirlediği kriterlere göre geçerli olmadığını, ancak yine de sistemde geçerli olduğunu söylemenin doğru olmadığını düşünüyoruz.

Bununla birlikte, Radonia Cumhuriyeti’nde geçerli olan uluslararası antlaşmalar ile uluslararası hukukta geçerli olan uluslararası antlaşmanın aynı norm olmadığına ilişkin bir başka gösterge daha mevcuttur. Evet, uluslararası hukukta tadil edilen antlaşma, ulusal hukuk sisteminde tadil edilmiş hâliyle uygulanacaktır. Ancak, en nihayetinde ortada iki farklı norm vardır. Bunun sebebi normların geçerlilik sebeplerinin (*reason for validity*) farklı olmasıdır¹³⁹⁴. Uluslararası hukuktaki antlaşmanın *pacta sunt servanda* ilkesi¹³⁹⁵ veya uluslararası hukukun başka bir normu dolayısıyla geçerli olduğu düşünülebilir. Ancak, Radonia’nın ulusal yetkilileri tarafından iç hukukta uygulanan norm Radonia Cumhuriyeti Anayasası dolayısıyla geçerlidir. Radonia anayasası yalnızca uluslararası antlaşmaları yaratan olguyu (uluslararası hukuk bu olguyu her ne şekilde belirlemişse) ulusal hukuk sistemi açısından da hukuk yaratan bir olgu olarak benimsemektedir. Dolayısıyla, Anayasanın ilgili normu olmasaydı da uluslararası antlaşmanın ulusal hukuk sisteminde aynı şekilde uygulanabileceği, yani Anayasa hükmünün gereksiz bir tekrar olduğu gösterilmedikçe, geçerlilik sebepleri farklı olan, geçerliliğini farklı normlardan alan normların aynı norm olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

¹³⁹³ Örneğin Hollanda Anayasasının 93. maddesi uluslararası örgütlerin içeriği itibarıyla herkesi bağlayabilecek olan kararlarının yayınlanmak şartıyla bağlayıcı olacağını öngörmektedir.

¹³⁹⁴ Geçerlilik sebebi kavramı için bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 193.

¹³⁹⁵ Kelsen uluslararası örf ve âdet hukuku normu olarak gördüğü *pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası antlaşmaların pozitif geçerlilik kaynağı olduğunu düşünür. Bkz. *ibid.*, s. 323.

Netice itibariyle, uluslararası hukuk normlarının iç hukukta uygulanmasına dair tespit ettiğimiz iki durumda da farklı sebeplerle iç hukukta uygulananın iç hukukun doğrudan veya dolaylı yolla belirlediği kriterlere göre geçerli olan normlar olduğunu, bu normların hukuk sistemine ait olduğunu, bu nedenle de sistemsal geçerlilik kriterine karşı uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki geçerliliği üzerinden getirilen eleştirinin bertaraf edilebileceğini düşünüyoruz. Uluslararası hukuk normları kapsamında belirlediğimizi stratejiyi diğer itirazlar açısından da uygulamaya çalışacağız. Yabancı hukukun uygulanmasına dayanan eleştiriye geçelim.

“Milletlerarası özel hukuk”un (*private international law*) konu edindiği “kanunlar ihtilafı” (*conflict of laws*) bir devletin hukuk sisteminin başka bir devletin kanun, yargı kararı veya diğer normlarının uygulanmasını gerektirdiği durumlarda söz konusu olur¹³⁹⁶. Klasik görüşe göre, yabancı devletin hukuk sistemine ne ölçüde ve hangi şartlarda itibar edileceği tamamen yabancı hukuk sistemine atıfta bulunan hukuk sistemine bağlıdır¹³⁹⁷. Diğer görüş “milletlerarası” ifadesinin hakkını vererek, bu disiplindeki kuralların hukuk sistemlerinin özel hukuk ilişkilerine uygulanabilirliğini belirleyen, hukuk sistemlerinin bu konudaki yetkilerini sınırlayan bir alan olduğunu ileri sürer¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ Westel Woodbury Willoughby, *Fundamental Concepts of Public Law*, Littleton: F. B. Rothman, 1995, s. 429.

¹³⁹⁷ Bkz. Geert Van Calster, *European Private International Law*, 2. B., Oxford: Hart Publishing, 2016, ss. 1-2.

¹³⁹⁸ Ludwig von Bar, *Theory and Practice of Private International Law*, 2. B., çev. George Robertson Gillespie, Edinburgh: W. Green & Sons, 1892, s. 1. Bununla birlikte, bu görüşün teorik açıdan savunulmasının güç olduğunu düşünüyoruz. Hans Kelsen’in uluslararası hukukun etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemlerinin zamansal ve yersel geçerliliğini belirlediği yönündeki tespitini kabul etsek dahi, uluslararası hukukun hangi ilke veya normlarının hangi şartlarda bir hukuk sisteminin belli kurallarının bir başka sistemin yargı organında görülmekte olan bir uyumsuzluğa uygulanmasını gerektirdiği açıklanmalıdır. Elbette uluslararası antlaşmalar yoluyla bu yönde hükümlerin öngörülmesi mümkündür. Ancak, bu hükümlerin iç hukuka aktarılmadan, kendi başına bir hukuk sisteminin geçerliliğini yer ve zaman bakımından sınırlandırdığını kabul etmek mümkün değildir. Nitekim daha önce de vurguladığımız gibi, etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemlerine üstünlüğü, uluslararası hukuk normlarının bütününlüğünün ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu tür uluslararası antlaşmaların iç hukukun bir parçası olmalarıyla birlikte ulusal hukuk sisteminin geçerlilik alanını sınırlandıracağını söylemek de iddiayı doğrulamayacaktır. Bu durumda neticede ulusal hukuk sistemindeki bazı normlarının belli durumlarda uygulanmamasını, bunun yerine mahkemelerin kararlarını başka bir hukuk sisteminin kurallarına göre vermesini sağlayan ulusal hukuk sistemine ait bir norm olacaktır. Elbette bu çalışma kapsamında milletlerarası özel hukukun ulusal hukuk sistemlerinin geçerlilik alanını belirleyip belirleyemeyeceği tartışmasını sonuca bağlayamayız. Burada yalnızca, bu iddianın önündeki bir teorik güçlüğü dikkat çekmek istedik.

Bir hukuk sisteminin belli bir konuda veya uyuşmazlığın belli şartlar taşıması durumunda yabancı hukukun uygulanması gerektiğini öngördüğü durumlarda uygulanan şeyin ne olduğuna dair iki temel anlayış vardır. Bunlardan ilki yabancı hukuka olgu yaklaşımı (*the fact approach to foreign law*) olarak adlandırılabilir. Buna göre, uyuşmazlıkta belli bir tarafın dayanmak istediği yabancı hukuk kuralının, hukuk sisteminin bir parçası olarak değil, taraflarca ispatlanacak olgular olarak görülmesi gerekir¹³⁹⁹. Bunun nedeni, bir hukuk sistemindeki mahkemelerin ancak o hukuk sistemine ait, bu hukuk sistemine göre geçerli olan normları uygulayabilecek olmasıdır¹⁴⁰⁰. Daha açık ve doğru bir ifadeyle, yabancı kaynaklı normlar, hukuk sisteminde uygulanacak olan normun içeriğinin tespitine yarayan olgular olarak değerlendirilir¹⁴⁰¹. Bu yaklaşıma göre, mahkemelerin uyguladığı norm, mahkemenin ait olduğu hukuk sisteminin bir normudur. Uygulanacak olan normun içeriği yabancı hukuka bakılmak suretiyle belirlenir.

Bu yaklaşımı konumuzla ilişkilendirecek olursak, söz konusu olan esasında bir hukuk sistemi içinde, o hukuk sisteminin belirlediği kriterlere göre geçerli olmayan, geçerliliği yabancı bir hukuk sisteminden kaynaklanan normların uygulanması değildir. Uygulamanın söz konusu olduğu hukuk sistemindeki bir normun (örneğin, kanunlar ihtilafı durumunda yabancı hukukun uygulanmasını öngören kanun) içeriği, bu normun metnine değil, başka bir olguya bakılarak belirlenir. Normal şartlar altında normu metnin yorumundan çıkarırız¹⁴⁰². Bu gibi durumlarda normu ifade eden metni tespit edebilmek için, başka bir hukuk sisteminin ilgili kanunlarının metnine bakmak

¹³⁹⁹ Gregory S. Alexander, “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *Northwestern University Law Review*, C. 70, S. 4 (1975), s. 605. Yabancı hukuka olgu yaklaşımı yerine yerel hukuk teorisi (*local law theory*) de kullanılmaktadır. Bkz. Peter M. North ve James J. Fawcett, *Cheshire and North’s Private International Law*, 12. B., Londra: Butterworths, 1992 s. 30. Elbette, hukuk sistemlerinin bu konuda farklı yaklaşımlar benimsediğini söylemeliyiz. Örneğin Türk hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 2/1 maddesine göre, yabancı hukuk hâkim tarafından re’sen uygulanacaktır. Hâkim gerek görmesi hâlinde taraflardan yardım isteyecektir. Dolayısıyla, Türk hukukunda yabancı hukuk taraflar tarafından ispatlanması gereken bir olgu olarak görülmemektedir. Biz buradaki analizimiz açısından Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemlerinde ileri sürülen anlayışları esas alacağız.

¹⁴⁰⁰ Alexander, “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *op. cit.*, s. 606.

¹⁴⁰¹ Willoughby, *Fundamental Concepts of Public Law*, *op. cit.*, s. 430; Alexander, “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *op. cit.*, s. 607.

¹⁴⁰² Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, *op. cit.*, ss. 217-218 (iradenin anlamı olarak norm). Ayrıca bkz. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, *op. cit.*, s. 186 (metnin anlamı olarak norm).

gerekmektedir. Dolayısıyla, eğer yabancı hukuka olgu temelli yaklaşım benimsenirse, kanunlar ihtilafının sistemsal geçerlilik anlayışı açısından sorun teşkil ettiğini söyleyemeyiz. Nitekim hukuk sisteminde uygulanan norm, içeriği o sistemin kural koyucuları tarafından belirlenmemiş bir metne bakılmak suretiyle tespit edilen, ancak yine de söz konusu hukuk sisteminin belirlediği kriterlere göre geçerli olup, bu hukuk sistemine ait olan bir normdur.

Bununla birlikte, kanımızca yabancı hukuka olgu temelli yaklaşımın teorik açıdan önemli bir sorunu olduğu söylenebilir¹⁴⁰³. Dikkat edilecek olursa, bu yaklaşıma göre kanunlar ihtilafıyla karşı karşıya olan mahkemenin ait olduğu hukuk sistemindeki bir normun içeriği, bir başka hukuk sisteminin kural koyucusunun belirlediği metinler (olgular) üzerinden belirlenmektedir. Varsayalım ki Radonia Cumhuriyeti'nin bir kanunu yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların vatandaşı olduğu ülkenin hukuk kurallarının uygulanacağını öngörmüş olsun. Eğer yabancı hukuka olgu yaklaşımı benimsenirse, uygulanacak olan yabancı hukukun kurallarını yaratan organlar, uygulamanın söz konusu olduğu hukuk sistemindeki bir kanunun içeriğini belirleyecektir. Elbette bu belirleme kudretini Radonia Cumhuriyeti'ndeki bir kanuna borçludurlar. Ancak, dikkat edilecek olursa, böyle bir durumda yabancı hukuku yaratan organ, Radonia Cumhuriyeti bakımından “kanun koyucu” mertebesinde olmalıdır. Nitekim bu organın belirlediği metinler, Radonia Cumhuriyetinde bir kanunun içeriğini belirlemektedir. Bir hukuk sisteminin, başka bir hukuk sisteminin kural koyucusunu, belli şartlar altında ve belli durumların söz konusu olması hâlinde kanun koyucu olarak belirlemesi, bu organın eylemlerini “hukuk yaratan eylem” olarak görmesi, tek başına teorik açıdan sorunlu olmayabilir. Sorun, bir anayasası olan Radonia Cumhuriyeti'nde, kanun yaratan bir olgunun anayasa değil, bir kanun tarafından öngörülmüş olmasıdır. Eğer, Radonia Cumhuriyeti'ndeki bu kanunu içi boş bir kap olarak görür ve bu kabın başka bir hukuk sistemindeki organın yaratacağı metinle doldurulacağını iddia edersek, bu yabancı organ, sınırlı bir kapsam dâhilinde olsa da, Radonia Cumhuriyeti'nin kanun koyucusu hâline gelir. İngiltere gibi hiyerarşik

¹⁴⁰³ Bizim değineceğimiz sorun anayasa hukuku temellidir. Yabancı hukuka olgu yaklaşımı veya yerel hukuk teorisinin milletlerarası özel hukuk açısından yarattığı en büyük sorunun, bu yaklaşımın milletlerarası hukukun gelişimine katkı sunmaması, yabancı hukukun hangi sınırlar dâhilinde düşünülmesi gerektiğine ilişkin rehberlik etmemesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. North ve Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, op. cit., ss. 30-31.

olarak en üstün normun bir kanun olduğu sistemler dışında, kanunla kanun koyucu otorite öngörülmesinin anayasa hukuku açısından sorunlu olacağı kanısındayız.

Kanunlar ihtilafı durumunda uygulanacak yabancı hukuka dair ikinci yaklaşım “kazanılmış veya müktesep haklar teorisi” (*vested or acquired rights theory*) olarak adlandırılmaktadır. Bu yaklaşım mülkilik esasını dikkate alır. Buna göre, bir hâkimin kendi hukuk sistemine ait olmayan bir normu uygulaması ilkesel olarak mümkün değildir¹⁴⁰⁴. Bununla birlikte milletlerarası özel hukukun uygulanmasının mülkilik ilkesine aykırılık veya istisna oluşturmadığı, çünkü bu durumda bir tarafın hâlihazırda yabancı hukuk tahtında edinmiş olduğu bir hakkın uygulandığı iddia edilir¹⁴⁰⁵. Bir başka deyişle, kazanılmış veya müktesep haklar yaklaşımına göre, kanunlar ihtilafı durumunda uygulanan yabancı hukuk kuralı/normu değil, taraflardan birinin yabancı hukuka göre edinmiş olduğu haktır¹⁴⁰⁶.

Kazanılmış veya müktesep haklar yaklaşımının zamanla etkisini yitirmesine rağmen yabancı hukuka olgu yaklaşımının etkisini sürdürdüğü belirtilmektedir¹⁴⁰⁷. Kazanılmış veya müktesep haklar yaklaşımı ağır eleştirilere tabi tutulmuştur¹⁴⁰⁸. Biz bu eleştirilerden yalnızca bizi en çok ilgilendirene değineceğiz¹⁴⁰⁹. Buna göre, kazanılmış veya müktesep haklar yaklaşımının kanunlar ihtilafı durumunda yabancı hukukun uygulanmadığı, tarafların yabancı hukuk tahtında elde ettiği hakların korunduğu iddiası doğru olamaz. Bunun nedeni hakların kendilerinden menkul olgular olmaması ve belli bir hakkın korunmasının söz konusu hakkın temelinde yatan hukuk sisteminin uygulanması (*give effect*) anlamına gelmesidir¹⁴¹⁰. Kanımızca bu eleştiri yerindedir. Belli bir hukuk düzenine göre var olan bir hakkı korumak, somut durumda vereceği kararda bu hakkın gereklerine dayanmak, yabancı hukuk sisteminin normlarına dayanmakla aynı anlama gelir.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, s. 27.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ North ve Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, *op. cit.*, s. 28; Joseph Henry Beale, “Dicey’s ‘Conflict of Laws’”, *Harvard Law Review*, C. 10, S. 3 (Ekim 1896), s. 169.

¹⁴⁰⁷ Alexander, “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *op. cit.*, s. 608.

¹⁴⁰⁸ Bkz. North ve Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, *op. cit.*, s. 28; Alexander, “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *op. cit.*, s. 608.

¹⁴⁰⁹ Diğer bazı eleştiriler için bkz. North ve Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, *op. cit.*, ss. 28-30.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, s. 28.

Biz uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki geçerliliğine ilişkin yaptığımız açıklamaları esas alarak farklı bir yaklaşım önereceğiz. Nitekim uluslararası hukuk normlarının bir ulusal hukuk sisteminde uygulanması ile yabancı bir hukuk sistemine ait hukuk kuralının yerel hukuk sisteminde uygulanması (eğer bu örneklerde gerçekten bir uygulama olduğundan bahsedilebilirse) pek çok benzerliğe sahiptir. Her şeyden önce, her iki durumda da uygulandığı iddia edilen normun, uygulamanın gerçekleştiği hukuk sisteminden bağımsız bir geçerliliği bulunmaktadır¹⁴¹¹. Ayrıca her iki durumda da sistem dışı olduğu iddia edilen normun uygulaması, uygulamanın söz konusu olduğu hukuk sisteminin belirlediği koşullara tabi olmaktadır¹⁴¹². Son olarak, her iki durumun da sistemsal geçerlilik anlayışının “hukuk sistemine aidiyet olarak geçerlilik” anlamının geçersizliğine işaret ettiği iddia edilmektedir.

Yapmamız gereken kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu durumun uluslararası hukuk normlarının iç geçerliliğine ilişkin ele aldığımız modellerden hangisine dâhil olduğunu belirlemektir. Uluslararası hukuk normlarının iç geçerliliği iki şekilde mümkün oluyordu. İlk ihtimal Alman Anayasasının 25. maddesinin uluslararası hukukun genel ilkeleri açısından yaptığı gibi geçerlilik normu ve aktaran normun aynı norm olması ve iç hukukta geçerlilik tanınacak olan her normun ayrı ayrı iç hukuka aktarılmasının gerekmediği durumlardır. İkinci ihtimal sistem dışı normun iç hukuktaki geçerliliğini belirleyen norm ile aktaran normun farklı olduğu ve sistem dışı içeriklerin uygulanabilmesi için bunların teker teker iç hukuk sistemine aktarıldığı durumlardır. Bunlardan ilkinin söz konusu olması hâlinde geçerlilik normu sistem dışı normu yaratan olgu veya olguları, aktarmanın söz konusu olacağı sistem açısından da hukuk yaratan olgu olarak öngörmektedir. Böylelikle, sistem dışı normların teker teker aktarılmasına gerek olmaksızın, bu normların içeriğinin iç hukukta da uygulama bulması söz konusu olmaktadır. Bu yöneme ilişkin iki hususu vurgulamak gerekir: 1) Her ne kadar hem sistem dışında hem de sistem içinde hukuk yaratıcı olgular aynı olsa da sistem dışında ve içinde uygulanan normlar farklıdır. Bunun nedeni bu iki normun geçerlilik sebeplerinin farklı olmasıdır. 2) Geçerlilik normu, sistem dışı norma geçerlilik tanırken

¹⁴¹¹ Uluslararası hukuk normlarının uluslararası hukuktaki geçerliliği, bu normları uygulayan ulusal hukuk sistemlerinin belirlediklerinden tamamen farklı kriterlere sahiptir.

¹⁴¹² Bir başka deyişle, uluslararası hukuk normunun hangi usullerle onaylanacağı (Türk Anayasası m. 90) veya hangi şartlar altında yabancı hukukun uygulama bulacağı ulusal veya yerel hukuk sistemi tarafından belirlenmektedir.

bu normun uygulanmasını sınırlayabilir, bu normların uygulanmasını sistem dışında geçerli olmayan şartlara bağlayabilir.

İkinci modelin söz konusu olması, yani geçerlilik normu ve aktaran normun farklı olması hâlinde, sistem içine aktarılmış olan sistem dışı normun aktaran normun içeriği olarak yorumlamaktan başka şansımız kalmamaktadır. Bu durumun sebeplerini yukarıda uluslararası hukuk normlarının durumunu ele alırken açıklamıştık. Şimdi sorulacak soru kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu durumlarda bu modellerin hangisinin geçerli olduğudur.

Dikkat edilecek olursa, kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu durumlarda yabancı hukuk sisteminin normlarının teker teker iç hukuka aktarılması gerekmemektedir. Aynı zamanda aktaran norm olan geçerlilik normu, yabancı ülke hukuk sisteminin normlarının hangi şartlar altında uygulanacağını belirlemektedir. Bu şartlar gerçekleştiğinde uygulamanın söz konusu olduğu hukuk sisteminin hâkimleri, uygulayacakları normu yabancı hukuk normlarının içeriğine bakmak suretiyle belirleyecektir. Pek tabii kamu düzeni (*public order*) ve kamu politikası (*public policy*) gibi nedenlerle bu normların uygulanması yabancılık unsuru dışında şartlara bağlanabilir. Mühim olan, geçerlilik normunun belirlediği şartlara tabi olarak uygulanacak olan normun, yabancı hukuk sisteminin organlarının eylemleri neticesinde belirlenmiş olmasıdır. Bir başka deyişle, yabancı hukuk normunun uygulanmasının söz konusu olduğu sistem, belli şartlara tabi olmak şartıyla, yabancı hukuk sisteminin uygulanacak olan norma dair belirlediği geçerlilik kriterlerini hukuk yaratan olgu olarak kabul etmektedir. Eğer yabancı organ, hâkim bir dava sebebiyle yabancı hukuku araştırmaktayken, mahkemenin önündeki bir olaya uygulanacak olan kanunu değiştirirse, iç hukukta herhangi bir aktarma işlemi yapılmaksızın hâkim tarafından uygulanacak olan norm değişecektir. Bununla birlikte, iç hukukta değişen norm, yabancı hukuk normundan farklıdır. Uygulanan norm çoğu zaman aynı içeriktedir. Ancak, iç hukukun belirlediği şartlara bağlı olarak (kamu düzeni) yabancı hukuk normu ile iç hukukta uygulandığı söylenen yabancı kaynaklı normun içeriğinin bile tam olarak aynı olmayacağını söyleyebiliriz. Her şeyden önce bu iki normun uygulanma kapsamı farklı olacaktır. Yabancı hukuk sisteminde çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olan bir içerik, kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu sistemde sınırlı bir uygulama

alanı bulacaktır. Kaldı ki, iç hukukta hâkimin uyguladığı kuralın geçerlilik kaynağı ile yabancı hukuk normunun geçerlilik kaynağı farklıdır¹⁴¹³. Eğer bunlar aynı norm olsaydı, geçerliliklerinin aynı üst normdan kaynaklanması gerekirdi.

Hans Kelsen kanunlar ihtilafı durumunda yabancı hukuk kaynağına yapılan atfı “kısaltılmış yasama” (*abridged legislation*) olarak adlandırmaktadır. Buna göre, atıfta bulunan iç hukuk normu, belli bir içeriği her durum için kendisi belirlemektense bu içeriği sistem dışı bir kaynağa atıfta belirlemektedir¹⁴¹⁴. Bu nedenle, Kelsen’e göre kanunlar ihtilafı durumunda uygulanan norm yabancı hukuka değil, yerel hukuka ait bir normdur¹⁴¹⁵. Bizim söylediklerimiz ve Kelsen’in fikirleri pek çok açıdan paraleldir. Yalnızca tek ve önemli bir konuda Kelsen ile aynı fikirde değiliz: Kelsen kanunlar ihtilafı durumunda iç hukuka yalnızca bir içeriğin aktarıldığını düşünmektedir. Örneğin, Kelsen’e göre:

“Bir Devlet’in mahkemelerini belli durumlarda yabancı hukuku uygulamakla yükümlü kılan kural, yabancı hukuku bu Devlet’in hukukuna aktarma işlevi görür. Böyle bir kural yeni, devrimle kurulmuş bir anayasanın, eski, devrimle yürürlükten kaldırılmış anayasaya göre geçerli olan bazı kanunların geçerli kalmaya devam edeceğini söyleyen kuralla aynı niteliktedir. Bu kanunların içeriği aynı kalır, ancak geçerliliklerinin sebebi değişir. Eski kanunların içeriğini tekrar etmek yerine... bunlar yalnızca... eski kanunların içeriğine atıfta bulunur.”¹⁴¹⁶

Biz iki durum arasında önemli bir farkın bulunduğunu düşünüyoruz. Geçerliliğini yitirmiş bir sistemin eski normlarının içeriği değişmez. Dolayısıyla, bunlara yapılan atfı sistem içi bir normun içeriğinin belirlenmesi olarak yorumlamak mümkün olabilir. Ancak, hâlâ geçerli, normlarının içeriği dinamik olan bir sisteme yapılan atfı farklı yorumlamak gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, özellikle aktarmanın uygulanan her norm için ayrı ayrı değil, topyekün yapıldığı durumlarda, yabancı hukuk sistemindeki organların hukuk yaratan faaliyetlerine göre iç hukukta uygulanan norm değişecektir. Bu durumda, atıfta bulunan hukuk sisteminin yalnızca bir içeriği aktarmakla kalmayıp, yabancı hukuk sistemindeki organların norm yaratan eylemlerini, kendi hukuk sistemi açısından da norm yaratan olgu (*law creating fact*)

¹⁴¹³ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 244.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

olarak tanımış olduğu düşünölmelidir. Bir başka deyişle, aynı olgu (yabancı hukuk sistemindeki organın fiili) iki farklı geçerlilik normu dolayısıyla iki ayrı norm yaratmaktadır.

Sabit içeriklere yapılan atıflarda durum farklıdır. Örnek olarak Kelsen'in değindiğı devrim, darbe gibi bir hukuk sistemini geçersizleştirip, yeni bir hukuk sistemini geçerli hâle getiren olaylardan sonra, yeni anayasanın eski anayasaya göre ihdas edilmiş kanunların geçerliliğini koruyacağından bahsettiğı durumları ele alalım. Bu durumlarda geçerlilik tanınan içeriğin, eski anayasaya göre bu içeriğı değiştirmeye yetkili olan organ tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Söz konusu organ artık ortada yoktur. Eğer bu içerik değışecekse, onu değiştirmeye yetkili olan organ yeni anayasa tarafından yetkilendirilir. Dolayısıyla, eski düzenin kanunlarına yeni düzen tarafından geçerlilik tanındığı durumlarda eski anayasal organın eylemlerinin hukuk yaratan olgu olarak görölmesini gerektirecek bir durum yoktur. Yeni anayasanın yaptığımm, Kelsen'in ifade ettiğı gibi "kısaltılmış yasama" olduğı düşünölebilir. Bununla birlikte, eski düzendeki kanunla, yeni düzendeki kanunun aynı norm olduğı düşünölmemelidir Bunun teorik açıdan iki sebebi vardır: 1) Eski hukuk sisteminin geçerliliğini yitirmesiyle birlikte, o sisteme ait olan bütün normlar geçerliliğini yitirmiştir. Geçerliliğini yitiren norm ölür ve ne yaparsak yapalım aynı norm olarak geri dönemez¹⁴¹⁷. Yapılabilecek tek şey aynı içerikte yeni bir norm ihdas etmektir. 2) Daha önce de belirttiğimiz gibi eski sistemdeki kanunlarla yeni sistemde geçerli olan kanunların geçerlilik sebebi farklıdır¹⁴¹⁸. Geçerliliğini farklı normlardan alan normlar, aynı norm olamazlar.

Netice itibariyle, uluslararası hukuk normları, kanunlar ihtilafı ve devrim-darbe öncesinin kanunlarına yeni hukuk sisteminde geçerlilik tanındığı durumlar, geçerliliğın hukuk sistemine aidiyet anlamına geldiğı düşöncesine dayanan sistemsel geçerlilik anlayışını yanlışlamaz. Bu ilginç ve tartışmalı durumları sistemsel geçerlilik anlayışına sadık kalarak ve teorik açıdan tutarlı bir biçimde açıklamak mümkündür. Aşağıda göreceğimiz gibi, sistemsel geçerlilik anlayışının eksikleri ve sorunları vardır. Ancak, kanımızca bu sorunlar anlayışın iç tutarlılığından değil, geçerlilik kavramının

¹⁴¹⁷ Hukuk teorisinin bu genel ilkesine *abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* (ilga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanunu diriltmez) adı verilir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 1053.

¹⁴¹⁸ Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 244.

bağlayıcılık kavramıyla zorunlu ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu zorunlu ilişkinin ne olduğu, geçerlilik kavramının nasıl bir bağlayıcılık anlayışını zorunlu kıldığı bir sonraki bölümün konusunu oluşturmaktadır. Şimdi iki büyük pozitivist düşünür H.L.A. Hart ve Hans Kelsen'in teorilerinde sistemsel geçerlilik anlayışının nasıl yer aldığını görelim.

C. HANS KELSEN VE H. L. A. HART'TA SİSTEMSEL GEÇERLİLİK

Genel olarak sistemsel geçerliliğin ne ifade ettiğini ve şartlarının neler olduğunu belirledikten sonra, kapsamlı bir hukuk teorisi içinde bu anlayışın nasıl konumlandırıldığını görmek niyetindeyiz. Buradaki amaçlarımızdan bir tanesi, sistemsel geçerlilik anlayışının eleştirisine geçmeden önce, hukuk teorisyenlerinin sistemsel geçerlilik anlayışını nasıl tamamladığı, bir hukuk normunun geçerliliği için sistemsel geçerlilik dışında başkaca şartlar öngörüp öngörmedikleri ve geçerlilik ve bağlayıcılık arasındaki ilişkiyi nasıl açıklayıp yorumladıkları gibi hususları tespit etmektir. Saf hukuk kuramı ve Hart'ın teorisi pozitivist anlayış içinde sistemsel geçerlilik kavramını incelemek için en uygun teorilerdendir. Bunun sebebi, iki düşünürün de Austin'in aksine daha girift ve karmaşık sistemleri açıklayabilen teoriler geliştirmeye çalışmış olması ve hukukun normativitesini yaptırım tehdidinden öte bir bakış açısıyla kurmaya çabalamasıdır. Böylelikle, hukuku egemenin zorlayıcı iradesinden ibaret görmeyen bir pozitivist sistemsel geçerlilik anlayışıyla yetinip yetinemeyeceği ortaya konabilecektir.

Söz konusu olan bu iki düşünürün geçerlilik anlayışını incelemek olduğunda Hem saf hukuk kuramı hem de Hart'ın pozitivistliği oldukça kapsamlıdır. Buradaki amacımız bu kapsamlı teorilerin yalnızca hukuk kurallarının ve hukuk sisteminin geçerliliğine ilişkin kısımlarını incelemektir.

1. Saf Hukuk Kuramında Sistemsel Geçerlilik

Saf hukuk kuramında tekil hukuk kurallarının geçerliliğinin yanı sıra, hukuk sisteminin bütününe geçerliliğinden de bahsetmek gerekecektir. Bir başka deyişle,

yukarıda Aarnio ve Peczinek’e atıfla ifade ettiğimiz gibi, Hans Kelsen hem içsel (*internal*) hem de dışsal (*external*) geçerlilik anlayışlarına değinmekte, bu iki geçerliliğin şartlarını ayrı ayrı belirlemektedir. Gördüğümüz gibi, sistemsel geçerlilik tanım itibariyle yalnızca içsel geçerliliğe, yani tekil hukuk normlarının geçerliliğine uygulanabilir. Öncelikle tekil hukuk kurallarının geçerliliğini ele alacağız.

a. Tekil Hukuk Kurallarının Geçerliliği

Kelsen hukuk normunun geçerliliğinden varlığının, yani bağlayıcı gücünün anlaşıldığını belirtir¹⁴¹⁹. Bağlayıcı güçten kastı ise, kuralın muhatabının kuralın belirlediği şekilde davranmasının gerekmesidir¹⁴²⁰. Geçerli olmayan bir normun var olmadığı, dolayısıyla “geçersiz norm” ifadesinin çelişkili olduğu konusunda Kelsen’e katılmamak güçtür. Ancak, hukuk normunun bağlayıcılığından, yani eylem hakkındaki gereklilikten, anlaşılması gerekenin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Buradaki analizimiz Kelsen’in geçerlilik-bağlayıcılık eşitliğinden önce, söz konusu geçerliliğin şartlarına odaklanacak.

Saf hukuk kuramının saflığı hem yönteminden, yani sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi hukuk dışı alanların yöntemlerini dışlamasından¹⁴²¹, hem de olan ve olması gereken arasında benimsediği katı düalizmden kaynaklanır. Normlar olgulardan türetilmeyeceğine göre, bir hukuk kuralının geçerliliği ancak bir başka normdan kaynaklanabilir¹⁴²². Dolayısıyla, bir normun geçerlilik kriterlerini belirleyen normun da yine bir başka normun belirlediği kriterlere göre geçerli olması gerekir¹⁴²³. Bu noktada sistemsel geçerlilik kavramının tanımında yer alan “hukuk sisteminde geçerli olan bir başka kuralın belirlediği kriterlere uygun biçimde ihdas edilme” şartını görüyoruz.

Bununla birlikte, Kelsen’in sistemsel geçerlilik anlayışı hukuk sistemindeki bütün normlara uygulanamaz. Nitekim belli bir normun geçerliliğini bir başka normun

¹⁴¹⁹ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 10,193. Ayrıca bkz. Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 45.

¹⁴²⁰ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 4-5.

¹⁴²¹ Bu konuda bkz. Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, op. cit., s. 274.

¹⁴²² Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 9; Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 96.

¹⁴²³ Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 123.

belirlediği kriterlere göre tanımlamaya teşebbüs ettiğimizde, bu kriterleri belirleyen normun geçerliliğini de doğrulamamız gerekecektir. Bu normun da başka bir norm tarafından belirlenen kriterlere göre geçerli olması, hukuk normları arasındaki geçerlilik zincirinin sonsuza gitmesine (*infinite regress*) neden olmaktadır. Kelsen'e göre, geçerlilik sorgulaması sonsuza kadar devam etmemelidir¹⁴²⁴. Belli bir noktada, geçerliliği varsayılan bir normda durmak gerekir. İşte bu norm Kelsen'in temel norm ismini verdiği normdur. Temel norm geçerlilik zincirinin ulaştığı nihai normun geçerliliğini tesis eder. Temel normun ise geçerli olduğu varsayılır¹⁴²⁵. Temel norm ve içeriğine ilişkin tartışmalara aşağıda döneceğiz. Burada temel normdan bahsetmemizin nedeni, sistemsel geçerlilik anlayışının tanımından kaynaklanan ve sonsuza giden geçerlilik sorgulamasını sona erdiren bir varsayım (*presupposition*) veya kurgu (*fiction*) olmasıdır¹⁴²⁶.

Kelsen sistemsel geçerliliğin tanımında yer verdiğimiz yürürlükten kaldırılmamış olma şartına doğrudan yer vermez. Ancak, sanıyoruz bunun nedeni yürürlükten kaldırılmamış olmanın bir normun geçerli kalabilmesinin şartı olmadığını düşünmesi değil, hukuk pratiğinde sıklıkla karşılaşılan yürürlükten kaldırmanın açıkça bir normu geçersiz kılmanın yollarından biri olmasıdır. Neticede Kelsen yürürlükten kaldırılmayı bir hukuk normunun geçerliliğinin başka bir norm tarafından sona erdirilmesi olarak tanımlamaktadır¹⁴²⁷. Dolayısıyla, Kelsen'in geçerlilik anlayışının formülasyonunda “geçerli kalabilme”den ziyade “geçerli biçimde ihdas edilme”ye odaklandığını, ancak saf hukuk kuramından yola çıkılarak ulaşılabilecek bir sistemsel geçerlilik anlayışında, yukarıda benimsediğimiz tanımın ikinci şartı olan “yürürlükten kaldırılmamış olma”nın da yer alacağını söyleyebiliriz.

¹⁴²⁴ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, op. cit., s. 162; Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 194.

¹⁴²⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 194.

¹⁴²⁶ Kelsen daha eski tarihli çalışmalarında (örn. *Pure Theory of Law*) temel normun bir varsayım olduğundan bahsetmiş, sonraki çalışmalarında ise (örn. Kelsen, *General Theory of Norms*) ondan bir kurgu olarak bahsetmeye başlamıştır. Bir görüşe göre Kelsen'in ifadesindeki bu değişiklik rastlantı eseri olmayıp, Kelsen'in düşüncesinde temel norma ilişkin esaslı bir değişimi ifade etmektedir. Bkz. Håkan Gustafsson, “Fiction of Law”, *Rechtstheorie*, C. 41, S. 3 (2010), ss. 335-336. Aksi görüş için bkz. Andytas Soares de Costa Matos, “An Alternative Approach to the Basic Norm: Logical-Transcendental Hypothesis, Fiction or Scientific Postulate”, *Jura*, C. 18, S. 2 (2012), ss. 140-141. Biz aşağıda Kelsen'in görüşlerinde gerçekleştiği iddia edilen bu değişime değineceğiz.

¹⁴²⁷ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 106.

Hatırlanacağı gibi, Wróblewski'nin sistemsel geçerlilik anlayışında (daha doğrusu bu anlayışın bizim tarafımızdan rafine edilmiş versiyonunda), geçerliliği araştırılan norm, ancak geçerlilik kriterlerini öngören norm da sistemsel açıdan geçerliyse geçerli olabiliyordu. Kelsen'in geçerlilik anlayışının da bu formüle uygun olduğunu kabul ettiğimize göre, cevaplamamız gereken husus bu sonsuza giden sistemsel geçerlilik anlayışının nerede son bulacağıdır. Hukuki pozitivizmde hukuk insan iradesinin ürünüyse ve belli bir anda insan iradesiyle ihdas edilmiş normlar sonsuz sayıda olamayacağına göre, ya sistemsel geçerlilik anlayışı yetersiz/anlamsızdır, ya da geçerlilik sorgulamasını sonlandırabileceğimiz bir nihai norm olmalıdır.

Kelsen'in temel normu (*basic norm/Grundnorm*) bu noktada devreye girer. Temel norm kavramını anlamadan, Kelsenci sistemsel geçerlilik teorisini anlamak mümkün değildir. Bu nedenle temel normun anlamı ve Kelsenci teoride yerine getirdiği fonksiyonları ele aldıktan sonra, Kelsenci temel norm anlayışının eleştirisine yer vereceğiz.

b. Temel Norm Kavramı ve Eleştirisi

Bu kısımda ilk olarak temel norm kavramını ele alacağız. Temel normun içeriğinden bahsettikten sonra bu kavramın saf hukuk kuramı açısından yerine getirdiği üç fonksiyondan bahsedeceğiz. Bu üç fonksiyon sistemsel geçerliliği belirlenebilir kılma, hukuk sistemindeki normların birliğini sağlama ve hukuki normativitenin temelini oluşturma olarak sıralanabilir¹⁴²⁸. Son olarak temel norm kavramının eleştirisine yer verecek ve bu eleştiriler hakkındaki görüşlerimizi sunacağız.

(1) Genel olarak temel norm

¹⁴²⁸ Rüthers hukuk sistemindeki normların birliğine ilişkin olarak hiçbir tekil normun tek başına mevcut olmadığını ve hukuk sistemine ait diğer normlarla bağlantı içinde olduğunu belirtmekte ve bu durumun hem ulusal düzenler hem de uluslararası hukuk için geçerli olduğunu belirtmektedir (Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, op. cit., s. 82). Burada söz konusu bağın niteliğinin geçerlilik ilişkisi olduğunu da söyleyebiliriz. Ancak, çoklu geçerlilik ilişkileri bir noktada düğümlenmezse, hukuk sisteminin ve sisteme ait normlar tam olarak tespit edilemeyecektir. Dolayısıyla, temel normun hukuk sisteminin birliğini sağlayıcı fonksiyonu teorik açıdan oldukça önemlidir.

Normların geçerlilik zinciri sonsuza kadar sürdürülemez. Doğa bilimlerinde sebep-sonuç zinciri sonsuza dek uzatılabilse de, normların geçerlilik zinciri en üstün olduğu, bir irade tarafından yaratılmadığı varsayılan bir norma dayanmalıdır¹⁴²⁹. Bir hukuk sisteminde belli bir normun geçerliliğini sorgularken o an yürürlükte olan bir anayasa hükmüne ulaşabiliriz. Örneğin, bir düzenleyici işlemin geçerliliği kanuna, kanunun geçerliliği ise anayasanın o anda yürürlükte olan bir hükmüne dayanabilir. Bir anlığına bu anayasa hükmünün tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmiş veya eklenmiş olduğunu varsayarsak, bu hükmün geçerliliğinin kaynağı için de anayasanın anayasa değişikliğine ilişkin hükmü gösterilebilir. Benzer şekilde, anayasa değişikliğine ilişkin hüküm de tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmiş/eklenmiş bir hükümse bu hükmün geçerliliği de anayasanın değiştirilmesine ilişkin değişiklik öncesi hükme dayanabilir. Bu sorgulama en nihayetinde anayasanın değiştirilmemiş, asli kurucu iktidar tarafından yaratılmış ilk hâline kadar sürdürülebilir¹⁴³⁰. Ancak, tarihî anlamda ilk anayasanın geçerliliği, asli kurucu iktidarın bu anayasayı *ex nihilo* ihdas etmesi nedeniyle daha üstün bir pozitif hukuk normuna dayandırılmaz.

Kelsen'in olan-olması gereken ayırımına ilişkin Humecu-Kantçı ikiliği katı biçimde benimsediğini belirtmiştik. Buna göre, saf hukuk kuramı içinde bu ikiliğe herhangi bir istisna üretilmesi mümkün değildir. Öyleyse, asli kurucu iktidarın hiçbir pozitif norma dayanmadan anayasa yapması nasıl açıklanacaktır? Tarihî anlamda ilk anayasanın geçerliliği kurulmadığı sürece, hukuk sistemindeki hiçbir normun geçerli olması mümkün değildir. Kelsen'e göre, eğer bu anayasanın geçerliliği pozitif hukuk normları tarafından tesis edilemiyorsa, kendi geçerliliği varsayılan ve içeriği bu anayasaya geçerlilik atfedecek şekilde tasarlanmış olan bir temel norm varsayılmalıdır¹⁴³¹.

Bu varsayım Kantçı anlamda aşkın-mantıksal bir varsayımdır¹⁴³². Kant metafizik hipotezlere başvurmadan doğa bilimleri tarafından formüle edilen doğa kanunlarında hislerimiz tarafından algılanan olguları yorumlamanın nasıl mümkün olacağını sorgularken, saf hukuk kuramı da Tanrı veya hukuk ötesi otoritelere atıfta bulunmadan

¹⁴²⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 194.

¹⁴³⁰ Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 115.

¹⁴³¹ *Ibid.*, ss. 115-116.

¹⁴³² Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 201.

belli olgularının öznel anlamının nasıl olup da nesnel olarak geçerli hukuk normları olarak yorumlanabileceğini sorar¹⁴³³. Saf hukuk kuramının bu soruya verdiği yanıt temel normdur. Bu sebeple, temel normun hukuk normlarının geçerli olarak yorumlamanın epistemolojik aracı olduğunu söyleyebiliriz¹⁴³⁴.

(2) Temel normun içeriği

Temel normun içeriği konusu tartışmalıdır. *General Theory of Law and State*'de Hans Kelsen temel normun içeriğine ilişkin şunları söylemektedir:

“Temel normun içeriği, yani temel norm tarafından hukuk yaratan asli (*original*) olgu olarak belirlenen belirli tarihsel olgu, tamamen pozitif hukuk olarak kabul edilen materyale, öznel olarak hukuki işlem olma iddiasında bulunan ampirik olarak verili olguların bütününe (*on the wealth of*) bağlıdır.”¹⁴³⁵

Bir görüşe göre, kimi yazarlarca gücün bu şekilde hukuka dönüştürülmesinin¹⁴³⁶ Kelsen'in teorisinin yumuşak karnı olduğu ve saf hukuk kuramının saflığını bozduğunun iddia edilmesi yersizdir. Nitekim hukukun saf kuramının pozitif hukukla bağlantısını kesecek kadar saf olması beklenemez¹⁴³⁷. Kanımızca bu noktada Kelsen'i savunmak mümkündür. Kelsen'in teorisinde belli tutarsızlıklar ve saflığa aykırı durumlar olabilir. Bu tür durumların varlığına biz de geçmişte dikkat çekmeye çalıştık¹⁴³⁸. Ancak, burada söz konusu olan Kelsen'in teorisinin saflığını etkileyebilecek bir husus değildir. Yalnızca temel norm değil, pozitif hukuk normları da gücün hukuka dönüştürülmesine hizmet eder. Anayasa yasama organının gücünü belli bir biçimde kullanarak hukuk yaratabileceğini belirtir, kanunlar idari organların düzenleme yapma yetkisini belirleyerek bunların gücünü sınırlar. Kısacası pozitif hukuk zaten saf gücün hangi şartlarda normatif sonuçlara sahip olabileceğine ilişkindir. Aynı hususun temel

¹⁴³³ *Ibid.*, s. 202.

¹⁴³⁴ Bkz. Gustafsson, “Fiction of Law”, *op. cit.*, s. 325.

¹⁴³⁵ Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, s. 436.

¹⁴³⁶ Bkz. *ibid.*, s. 437.

¹⁴³⁷ Susumu Morimura, “Is the Concept of the Basic Norm Helpful?”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, C. 42 (Şubat 2014), s. 7.

¹⁴³⁸ Örn. bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, *op. cit.*, s. 19; Gülgeç, “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *op. cit.*, ss. 99-100.

norm açısından da doğrulanması niçin saflığı bozan bir durum teşkil etsin? Sanıyoruz bahsedilen eleştirilerin temelinde Kelsen'in olgulara yaptığı vurgu yatmaktadır. Kanımızca Kelsen'in mevzubahis ifadelerinde olgulara vurgu yapılmasının nedeni, bir hukuk sisteminde tarihsel açıdan ilk anayasayı kimin ihdas ettiğinin, olgulara bakılmaksızın belirlenemez oluşudur. Hatta nihai olarak geçerlilik atfedilecek olan normun anayasa olup olmadığı bile ancak olgulara bakılarak anlaşılabilir. Örneğin, İngiliz hukuk sisteminde bir anayasanın olmayışı, hukuk sistemindeki en üstün normun kanun olması gibi hususlar, temel normun henüz varsayılmadığı bir durumda, olgulara bakılarak belirlenebilir. Farz-ı misal İngiliz hukukunda bir düzenleyici işlemin sistemsel geçerliliğini sorgulayan bir hukukçu pozitif normlar arasındaki ilişkilere dayanarak bu normun geçerliliğini Parlamento tarafından çıkarılmış bir kanuna kadar takip ettikten sonra, başvurabileceği başka bir norm olmadığına ancak hukuk sisteminin işleyişine ilişkin olgulara başvurarak karar verebilir. Mahkemeler tarafından kanunların hukuki denetiminin yapılmadığı, Parlamento dışında hiçbir organın kanunları geçersiz kılma, yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olmadığı gözlemlerinde bulunan hukukçu, temel normun içeriğinin kanunların geçerliliğine ilişkin olması gerektiğine ancak bu yolla karar verebilir. Bu anlamda, temel normun içeriği İngiliz hukukundaki kanun yaratma sürecini geçerli bir hukuk yaratma usulü olarak belirlemelidir¹⁴³⁹. Şimdi, eğer gözlemlenen bu olguların temel normun içeriğine işaret etmekle kalmayıp, temel normun geçerliliğini tesis ettiği iddia edilseydi, ortada saflığa aykırı bir durum olduğundan bahsedilebilirdi. Bu durumda doğalcılık yanılgısı söz konusu olacak, olgulardan normlara sıçranmış olacaktı. Ancak, temel norm belli sosyal olgulara dayandığı için değil, olsa olsa “geçerli varsayıldığı” için geçerlidir.

Morimura da Kelsen'in temel normun içeriğinin bir hukuk sisteminin yaratıldığı ve uygulandığı, bireylerin büyük ölçüde uyduğu olgular tarafından belirleneceğini düşünmesinin¹⁴⁴⁰ olan/olması gereken ayrımının bir ihlali olabileceğini ima etmektedir¹⁴⁴¹. Kanımızca burada da olan/olması gereken ayrımına aykırılık bulunduğu bahsedilemez. Yukarıda belirttiğimiz gibi, temel normun içeriğinin

¹⁴³⁹ Bir başka deyişle, Hart'ın Tanıma Kuralı için söylediği gibi İngiliz hukukunun temel normunun da “Parlamento tarafından yaratılan kanunlar geçerlidir ve bu kanunlara uyulmalıdır” benzeri bir içeriğe sahip olabileceğini söyleyebiliriz. Hart'ın ifadesi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 107.

¹⁴⁴⁰ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, s. 120.

¹⁴⁴¹ Morimura, “Is the Concept of the Basic Norm Helpful?”, *op. cit.*, ss. 6-7.

toplumsal olguların gözlemlenmesi yoluyla belirlenmesi temel normun bu olgular dolayısıyla geçerli olduğu anlamına gelmediği sürece doğalcılık yanılgısından bahsedemeyiz.

Pure Theory of Law'da verilen örnek temel norm içeriği “Kişinin tarihî anlamda ilk anayasanın buyruklarına (*prescriptions*) göre hareket etmesi gerekir”den ibarettir¹⁴⁴². Elbette, daha önce de belirttiğimiz gibi, bir normun sistemsal geçerliliğini sorgulayan kişi, birtakım olguların gözlemlenmesi yoluyla tarihî anlamda ilk anayasaya kadar ulaşır. Bu noktaya ulaştıktan sonraysa söz konusu anayasanın geçerliliğini temel norm aracılığıyla tesis eder. Dolayısıyla, esasen *General Theory of Law and State*'te işlenen içerikle, *Pure Theory of Law*'da dile getirilen içerik arasında bir fark olmadığı, ikincisindeki örneğin spesifik olarak bir anayasası olan hukuk sistemlerine uygulanabilir olduğunu düşünüyoruz.

Bununla birlikte, yine *Pure Theory of Law*'daki bir ifade, yalnızca bir hukuk sistemindeki en üstün norma geçerlilik sağlamaktan ve kişilerin bu normun öngördüğü şekilde davranması gerektiğini belirtmekten bir adım daha öteye geçmektedir. Kelsen'in bu ifadesine göre temel norm genel olarak etkili olan bir anayasanın geçerli ve bağlayıcı olduğunu ifade eder¹⁴⁴³. Eğer yalnızca bu ifadeye odaklanırsak, temel normun yalnızca hukuk sistemindeki en üstün norma geçerlilik sağlayan bir varsayım olmadığını, aynı zamanda devrim, darbe vb. yöntemlerle bir anayasanın geçersizleştirilmesi, yürürlükten kaldırılması ve yine sırf etkililik temelinde yeni bir düzenin yaratılmasını düzenleyen, Hart'ın deyişiyle bir değişiklik kuralı olduğunu düşünmek gerekir. Etkililik prensibinin/kriterinin bir temel normun içeriğine dâhil edilip edilmeyeceği önemli bir sorundur. Doğalcılık yanılgısına düşmeden bir hukuk sistemini geçerli olarak yorumlayabilmek için, en üstün pozitif normun geçerli ve bağlayıcı olduğunu belirten varsayımsal bir norma ihtiyacımız olabilir. Ancak, bu normun statik biçimde belli bir norma geçerlilik tanımaktansa, “etkili olan herhangi bir anayasaya” geçerlilik tanınması durumunda, etkililik kriteri için ayrı bir gerekçelendirmeye ihtiyaç duyarız. Nitekim mevcut bir hukuk sistemi, hukuk sisteminin yürürlükten kaldırılıp, yerine başka bir

¹⁴⁴² Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 204.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, s. 212.

hukuk sisteminin benimsenmesi usulünü düzenlemeyen bir temel norm aracılığıyla da geçerli bir hukuk sistemi olarak yorumlanabilir.

Öncelikle etkililik ve etkililik kavramının saf hukuk kuramı açısından önemine değinelim. Etkililik, bir toplumda yürürlükte olan hukuk kurallarına muhatapları tarafından uyulması, uyulmayan durumlarda öngörülen yaptırımların uygulanması olarak tanımlanabilir¹⁴⁴⁴. Buradan iki sonuca ulaşabiliriz. İlk olarak etkililik dereceli bir kavramdır. Bir hukuk sistemindeki kurallara muhatapları tarafından çok büyük ölçüde uyuluyor olabilir. Aksine, belli durumlarda bu kurallara uyulmuyor, ancak ihlallere karşı mutlaka yaptırım uygulanıyor olabilir. Bu iki durumda sistemin etkililiği yüksek olacaktır. Bununla birlikte, sıklıkla normlara uyulmadığı ve ihlallerin yaptırıma tabi tutulmadığı durumlar da mevcut olabilir. Bu tür sistemlerin etkililiği ise düşüktür. İkinci olarak, etkililik bir hukuk sisteminin bütünü için söz konusu olabileceği gibi, tekil hukuk kuralları açısından da söz konusu olabilir. Kelsen hukuk sisteminin geçerliliği ve tekil hukuk normunun geçerliliği için farklı etkililik düzeylerini gerekli görmüştür¹⁴⁴⁵.

Saf hukuk kuramına göre hukuk sisteminin bir bütün hâlinde geçerli olabilmesi için bu sistemdeki normlara genel olarak uyulması, ihlallere genellikle yaptırımla karşılık verilmesi gereklidir¹⁴⁴⁶. Bir başka deyişle, hukuk sisteminin geçerli olabilmesi için sistemin etkililiğinin belli bir eşiğin üzerinde olması aranmaktadır. Etkililik düzeyi bu eşiğin altında kalan hukuk sistemleri geçerliliklerini yitirecektir. İşte, devrim ve darbe gibi hareketlerin bir hukuk sistemini etkisizleştirmek suretiyle geçersiz kılabilmesinin temelinde bu eşik düşüncesi yatar¹⁴⁴⁷. Benzer şekilde, yoktan etkili kılınan bir sistem de geçerlilik kazanacaktır. Joseph Raz, hukuk sistemindeki kuralların geçerliliği dışında, hukuk sisteminin geçerliliği için ayrıca bir kriter belirlemeyi doğru bulmaz. Ona göre, hukuk sisteminin geçerliliği ancak o hukuk sistemindeki kuralların

¹⁴⁴⁴ Uyma şartı için bkz. Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 203. Bununla birlikte, ihlal durumunda hukuken öngörülmüş yaptırımların uygulanması da bir sistemin etkililiğini arttıracaktır. Bkz. Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, op. cit., ss. 691-692.

¹⁴⁴⁵ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 212-213.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, s. 210. Kelsen hem normlara uyulmasından hem de normların uygulanmasından bahsetmektedir. Yaptırımlar da esasen birer hukuk normu olduğuna göre (Hauser, *Norm, Recht und Staat*, op. cit., s. 9) ihlallere karşı yaptırım uygulanması da bir hukuk sisteminin etkililik düzeyini yükseltecektir. Ayrıca bkz. *ibid.*, s. 11.

¹⁴⁴⁷ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 118.

geçerliliği olarak anlaşılabilir¹⁴⁴⁸. Çalışmamızın bir sonraki bölümünde açıklayacağımız gibi, biz de bir hukuk sisteminin varlığı için sistemin içerdiği bütün normların ayrı ayrı geçerli olduğunu göstermenin yeterli olacağını düşünüyoruz. Ayrıca, hukuk sisteminin etkililiğinin genel olarak anayasanın veya sistemin en üstün normunun etkililiği olarak anlaşılabilceği kanısındayız.

Öte yandan, saf hukuk kuramında etkililik aynı zamanda tekil hukuk normlarının geçerliliği için de bir kriter olarak görülmektedir. Kelsen'e göre, "minimum etkililik" sergilemeyen hukuk kurallarının geçerli olduğundan bahsedilemez¹⁴⁴⁹. Bu hukuk kurallarının *desuetude*, yani negatif örf ve âdet neticesinde geçerliliğini yitirdiği kabul edilmelidir¹⁴⁵⁰. Bu anlamda sistemdeki kuralların geçerliliği için öngörülen etkililik düzeyi, hukuk sisteminin geçerliliği için öngörülen eşikten daha düşüktür. Hukuk sisteminin genel itibarıyla etkili olması şartken, hukuk kuralının minimum düzeyde bir etkililik sergilemesi geçerliliğini koruması için yeterlidir¹⁴⁵¹. Bizim için daha önemli olanı, etkililik ilkesinin hangi gerekçeyle temel normun içeriğine dâhil edileceği veya Kelsen tarafından dâhil edilip edilmediğidir.

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sisteminin ilişkisini ve bunlardan hangisinin üstün olduğunu incelerken Kelsen şunu iddia eder: Esasında, bunlardan hangisinin üstün olduğu, hangisinin geçerliliğini hangisinden aldığı hususu, temel normun öncelikle ulusal hukuk sistemindeki anayasa için mi yoksa uluslararası hukukun *pacta sunt servanda* ilkesi için mi benimseneceğine bağlıdır¹⁴⁵². Eğer temel norm *pacta sunt servanda* açısından benimsenirse, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliği uluslararası örf ve âdet hukukunun etkililik prensibi tarafından belirlenecektir¹⁴⁵³. Etkililik prensibi, ancak genel itibarıyla etkili olan hukuk sistemlerinin geçerli olduğunu belirtir. Sonuç olarak, temel norm *pacta sunt servanda* ilkesine geçerlilik sağlayacak biçimde

¹⁴⁴⁸ Raz, "Legal Validity", *op. cit.*, s. 241.

¹⁴⁴⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 213.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.* Bununla birlikte Kelsen, *desuetude* nedeniyle bir normun geçersiz hâle geleceğini öngören bir normun hukuk sisteminde mevcut olduğunu göstermesi gerekirken, etkililiğin tekil normların geçerliliği için bir şart olmasından dolayı her hukuk sisteminin bu tür bir norm içermesi gerektiğini vurgulamaktadır (*ibid.*). Kanımızca buradaki akıl yürütme tersten gerçekleştirilmektedir.

¹⁴⁵¹ Öte yandan Hart, Kelsen'in ismini zikretmese de tekil normların geçerliliği ve etkililiği arasında bir ilişki olmadığını vurgulamaktadır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 103. Biz de geçmişte Hart'ın yaklaşımını daha doğru bulmuştuk. Bkz. Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *op. cit.*, s. 690.

¹⁴⁵² Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, ss. 336-337.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, s. 336.

benimsendiğinde, içeriğinde etkililik prensibi bulunmadığı gibi, ulusal hukuk sistemleri açısından bir temel norm benimsenmesi söz konusu olmamakta, bu sistemlerin geçerliliği uluslararası hukukun pozitif bir prensibine dayandırılmaktadır.

Burada sorgulamak istediğimiz, ulusal hukuk sisteminin geçerliliğini kurmaya niyetlendiğimizde, temel normun içeriğinin niçin “Herkesin anayasaya uyması gerekir”den “Herkesin etkili bir anayasaya uyması gerekir” ifadesine değiştiğidir. Öncelikle şunun altını çizelim: Etkililik prensibi temel normun içeriğine dâhil edilse bile Kelsen’in doğalcılık yanılığına düştüğü söylenemez. Nitekim Kelsen’in de vurguladığı gibi, bir anayasanın geçerli olup olmadığı hukuk sisteminin genel etkililik düzeyine göre belirlenecek olsa bile, etkililik olgusu doğrudan sistemin geçerliliğine yol açmamaktadır. Temel norm varsayımı bu nedenle önemlidir. Kelsen’e göre, hukuk sisteminin geçerliliğinin sebebi etkililik olgusu değil, temel normdur. Etkililik yalnızca bu geçerliliğin koşuludur¹⁴⁵⁴. Nasıl ki ancak parlamentonun belli bir çoğunluğu tarafından kabul edilen bir kanun geçerlidir, ancak belli bir etkililik düzeyinin üzerindeki sistemler geçerli birer hukuk sistemidir. Nasıl ki ilkinde kanunların geçerliliği anayasa tarafından belirlenmiştir, ikincisinde de geçerliliği belirleyen ve sağlayan etkililik olgusu değil, temel normdur.

Wróblewski’ye dayanarak yaptığımız sistemsel geçerlilik hukuk sistemindeki tekil normların geçerliliğiyle ilgilenir. Etkililiğin hukuk sisteminin geçerliliği için niçin bir şart teşkil ettiğini, bu şartın eksiklerini ve eksiklerini gidermek için önerilen yolları bir sonraki bölümde bağdaştırma neticesinde ulaşacağımız aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışının yetersizliği konusunda tartışacağız.

Etkililik ve geçerlilik arasındaki ilişki Kelsen’e göre pozitivist hukuk teorisi açısından hem çok önemli hem de çok zor bir sorundur. Kelsen, saf hukuk teorisinin konumunun kabul edilemez bulduğu iki aşırılık arasında bir orta yol olduğunu belirtir. Aşırılığın bir ucunda olması gerekenle olgu arasında hiçbir ilişki olmadığı düşüncesi yatar. Dolayısıyla, bir norm veya normatif sistem etkililiğini yitirse dahi geçerliliğini koruyacaktır. Kelsen’e göre bu görüşün yanlış olmasının nedeni hem hukuk sisteminin bütünü hem de tekil bir normun etkililiğini yitirdiğinde geçerliliğini yitirdiğinin

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, s. 212.

“tartışmasız” (*undeniable*) olmasıdır¹⁴⁵⁵. Diğer yanda, geçerliliğin etkililik dışında bir şey olmadığı yönündeki ve İskandinav realizminin temelini oluşturan görüş bulunmaktadır. Bu görüşün hatalı olmasının nedeni ise henüz etkili olmadığı hâlde geçerli olan normların olabilmesidir¹⁴⁵⁶. Kelsen bu konuda bir normun etkili olmadan önce geçerli olduğunu belirtmektedir¹⁴⁵⁷.

Biz de etkililiği geçerlilik olarak anlayan görüşün hatalı olduğunu düşünüyoruz. Yukarıda “Olgusal Geçerlilik” başlığı altında bu konudaki görüşlerimizi kısaca açıkladık. Burada Kelsen’in ikinci aşırı uç hakkındaki görüşüne dair bazı tespitlerde bulunacağız. Hatırlanacağı gibi Kelsen olan/olması gereken ikiliğini herhangi bir istisna öngörmeden benimsemektedir. Burada ilk olasılığa karşı ifade ettikleri, yani etkililiğini yitiren bir normun geçerliliğini yitireceği veya genel olarak etkililiğini yitiren bir hukuk sisteminin geçerliliğini yitireceği düşünceleri, araya herhangi bir norm girmeksizin ele alındığında, olan/olması gereken ikiliğine aykırılık teşkil eder. Nitekim böyle bir durumda, bir kanuna uymayan kişinin “Çünkü artık kimse bu kanuna uymuyor” savunmasında bulunması mümkündür. Etkisiz kanunların geçersiz olacağını öngören bir norm yoksa, kişinin bu savunması olgusal bir durumdan (kimsenin kanuna uymaması) normatif bir sonuç çıkarması (demek ki ben de uymak zorunda değilim) anlamına gelir ki bu da en açık hâliyle doğalcılık yanılgısıdır. Zaten, Kelsen’in etkililik prensibini temel normun içeriğine dâhil etme çabası da sanıyoruz bu açık gerçekten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, Kelsen her hukuk sisteminde etkisiz normların geçersiz hâle geleceğini öngören, yani etkililiği geçerliliğin şartı hâline getiren, bir norm olduğunu göstermedikçe hukuk sistemlerinin ve hukuk normlarının etkisiz olmaları hâlinde geçersiz olduğu yönündeki tespit “tartışmasız” olmayı bırakalım, tamamen temelden yoksun olacaktır.

Dolayısıyla, temel normun içeriğiyle ilgili şunu söyleyebiliriz: Temel norm, bir hukuk sistemindeki hiyerarşik olarak en üstün norma geçerlilik sağlayacak bir içeriğe sahiptir. Kelsen temel normun içeriğindeki etkililik şartına niçin yer verdiğini kanımızca yeterince ikna edici bir şekilde açıklamamaktadır. Ancak, etkililiğin hukuk sistemini henüz hukuk sistemi boyutuna erişmemiş veya hukuk sistemi kadar etkili olmayan

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, s. 211.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, s. 11.

toplumsal düzenlerden ayırmakta, yani hukuk sisteminin kavramsal sınırlarını belirlemekte yararlı olduğunu söyleyebiliriz. Biz etkililik kavramının hukuk kurallarının geçerliliğinin belirlenmesinde sınırlı bir rol oynayabileceğini düşünüyoruz. Bu konudaki tartışmaları çalışmanın bir sonraki bölümüne bırakıyoruz.

(3) Temel normun üç fonksiyonu

Saf hukuk kuramında temel normun üç temel fonksiyonu olduğundan bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla 1) hukuk sisteminin birliğini sağlamak, 2) sistemsel geçerlilik sorgulamasını sonuca erdirmek ve 3) hukuk sistemindeki normların bağlayıcılığını temellendirmek.

Sistemsel geçerlilik anlayışının bir hukuk normunun belli bir hukuk sistemine ait olması anlamına geldiğini belirtmiştik. Bu aidiyeti belirleyebilmek için hukuk sisteminin belli normlardan oluşan ve diğer belli normları içermeyen bir bütün olarak algılanabilmesi gerekir. Saf hukuk kuramında bu birlik ve bütünlük temel norm vasıtasıyla sağlanmaktadır¹⁴⁵⁸. Buna göre, bir hukuk sistemine ait olduğu söylenebilecek bütün normlar geçerliliğini en nihayetinde temel normdan almaktadır¹⁴⁵⁹.

Sistemsel geçerlilik anlayışının tanımı itibarıyla sonsuz gerileme (*infinite regress*) içerdiğini belirtmiştik. Nitekim bir hukuk normunun sistemsel geçerliliğini tespit edebilmek için, geçerlilik kriterlerini belirleyen normun da sistemsel açıdan geçerli olması gerekmektedir. Eğer temel norm varsayımı olmasaydı, bu sorgulama sonsuza dek sürer giderdi. Ancak, neticede hukuk sistemindeki bütün normlar geçerliliğini temel normdan ve temel normun geçerlilik tanıdığı anayasadan aldığına göre, bu geçerlilik zincirini anayasaya kadar sürdürmek yeterli olacaktır. Kelsen de zaten normların geçerlilik zincirinin sonsuza kadar sürdürülemeyeceğinden bahsederken, temel normun bu pratik önemine dikkat çekmekteydi.

¹⁴⁵⁸ Örn. bkz. Raz, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *op. cit.*, ss. 94-95; Vecdi Aral, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31, S. 1-4, s. 537.

¹⁴⁵⁹ Bkz. Raz, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *op. cit.*, s. 95.

Temel normun üçüncü ve kanımızca en önemli niteliği, yalnızca hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğini değil, aynı zamanda bu normların normatifliğini, yani bağlayıcılığını da tesis ediyor olmasıdır¹⁴⁶⁰. Bir başka deyişle, temel normun sistemsal geçerlilik anlayışından öteye geçen bir fonksiyonu mevcuttur. Hukuk sisteminin birliği ve sistemsal geçerliliğin nihai olarak tesis edilmesi, yukarıda tanımını yaptığımız sistemsal geçerlilik anlayışının kapsamında görülebilir. Bununla birlikte, bizim formülasyonumuz sistemsal açıdan geçerli olan normların bağlayıcılığı hakkında bir şey söylememektedir. Oysa saf hukuk kuramının temel normu, yalnızca anayasanın geçerli olduğunu değil, aynı zamanda muhataplarının anayasanın öngördüğü biçimde davranması gerektiğini belirtmektedir. Elbette, bu açıklamamız Kelsen tarafından totoloji olarak görülebilir. Nitekim ona göre bir normun geçerliliği, o normun bağlayıcılığı anlamına gelir¹⁴⁶¹. Kısacası, bizim sistemsal geçerlilik anlayışımız yalnızca geçerliliğin şartlarıyla ilgilenirken, temel norm aynı zamanda bu geçerliliğin sonucuna da değinir. Bağlayıcılık kavramı ve bu kavramın geçerlilik ile ilişkisi bizim bir sonraki bölümde ele alacağımız bir husustur. Dolayısıyla, geçerliliğin ilişkili olduğu/olabileceği bağlayıcılık anlayışının hangisi olduğuna sonraki bölümde değineceğiz.

Saf hukuk kuramının sistemsal geçerlilik anlayışına geçmeden önce Kelsen'in geçerlilik anlayışını Wróblewski tarafından ana hatları çizilen ve bizim tarafımızdan rafine edilen anlayışla şu şekilde kıyaslayabiliriz: 1) Saf hukuk kuramı, sistemsal geçerliliğin tanımında başka bir normun sistemsal geçerliliğine yer verilmesinden kaynaklanan sonsuz gerileme sorununu varsayımsal temel norm aracılığıyla çözmektedir. Temel norm olmadan da sistemsal geçerlilik anlayışı anlaşılır olsa da, bu varsayım -veya geçerliliğe ilişkin benzer bir nihai nokta- olmadan pratikte bir normun sistemsal açıdan geçerli olup olmadığına karar vermek mümkün değildir. 2) Kelsen'in geçerlilik formülasyonunda “yürürlükte kalmak” şartı açıkça ifade edilmediyse de, saf hukuk kuramının yürürlükten kaldırılan kuralların geçerliliğini yitirdiğini kabul ettiği, kuramın genelinden rahatlıkla anlaşılabilir. 3) Saf hukuk kuramı tekil bir normun sistemsal geçerliliği için “minimum etkililik” şartı öngörmektedir. Kanımızca bu şart,

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, s. 101.

¹⁴⁶¹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 193.

şartı öngören bir normun yokluğunda, doğalcılık yanılıgısına düşüldüğünü gösterir. Bu nedenle de minimum etkililik şartı kanımızca sistemsel geçerlilik anlayışına dâhil edilmemelidir.

c. Kelsen'in Sistemsel Geçerlilik Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler

Kelsen'in sistemsel geçerlilik anlayışına karşı yöneltebilecek bazı eleştirileri yukarıda ele aldık. Burada tüketici olmayan bir biçimde başka ne tür eleştirilerin yöneltildiğini göreceğiz. Bu eleştirileri değerlendirip, tartışacağız. Yer vereceğimiz eleştiriler doğrudan sistemsel geçerlilik kavramına ilişkin olmayabilir. Ancak, bunlar en nihayetinde Kelsen'in sistemsel geçerlilik anlayışını etkileyebilecek nitelikte eleştiriler olacaktır. Örneğin, temel norm düşüncesine yöneltilen eleştirilerin Kelsen'in benimsediği sistemsel geçerlilik anlayışına etki etmeyeceği düşünülemez. En nihayetinde söz konusu sistemsel geçerlilik temel norm sayesinde algılanabilmektedir. Kelsen'in deyimiyle, temel norm hukuk sistemindeki normların öznel anlamının nesnel anlamı olarak yorumlanabilmesini sağlar¹⁴⁶².

(1) Varsayım olarak temel normdan kurgu olarak temel norma: Kendisiyle çelişen temel norm

Kelsen'in temel normu aşkın-mantıksal (*transcendental-logical*) bir varsayım olarak tanımladığını gördük. Ancak, *General Theory of Norms*'da temel normdan bir varsayım (*presupposition*) değil, bir "kurgu" (*fiction*) olarak bahsedilmektedir. Kelsen'e göre varsayım ve kurgu arasındaki en önemli fark, kurgunun gerçek olmadığına dair bir bilinci ima etmesidir¹⁴⁶³. Kelsen'in "kurgu" düşüncesi Vaihinger'den alıntıdır. Vaihinger'e göre, kurgular bilişsel araçlardır. Kişi mevcut araçlarıyla bilişsel amacına ulaşamadığında kurgulara başvurur¹⁴⁶⁴. Kelsen de temel normun bilişsel amacının bir hukuk sistemindeki normları geçerli birer norm, bu normları ihdas eden eylemleri de

¹⁴⁶² *Ibid.*, s. 200.

¹⁴⁶³ Kelsen, *General Theory of Norms*, *op. cit.*, s. 256.

¹⁴⁶⁴ Hans Vaihinger, *The Philosophy of "As If": A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, 2. B., çev. V. K. Ogden, Londra: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., 1935, ss. 12-13.

norm yaratan eylemler olarak yorumlayabilmek olduğunu belirtir¹⁴⁶⁵. Vaihinger gerçek kurgu (*real fiction*) ve yarı-kurgu (*semi-fiction*) arasında bir ayrıma gider. Buna göre, gerçek kurgular yalnızca gerçekten sapma olarak görülemez. Bunlar aynı zamanda kendisiyle de çelişir¹⁴⁶⁶. Kelsen temel normun bir yarı kurgu değil, gerçek kurgu olduğunu kabul etmektedir. Temel norm kurgusu yalnızca gerçek bir iradenin anlamı olarak yorumlanabilecek bir norm olmadığı için gerçeklikten sapmakla kalmaz. Aynı zamanda en üstün olarak tanıdığı kurucu iktidarın otoritesinden daha üstün bir otoriteden kaynaklandığını ima eder. Bu anlamda kendisiyle de çelişir¹⁴⁶⁷.

Temel normun yalnızca gerçeklikle çelişen bir “sanki” (*als ob/as if*) felsefesine dayanmaktan öte, kendisiyle de çelişen gerçek anlamda bir kurgu olması Iain Stewart tarafından saf hukuk kuramının çöküşü olarak yorumlanır. Olmayan bir şeyden varmış gibi bahsetmek belki kabul edilebilir, ancak kendisiyle çelişen bir kavramdan çelişmiyormuş gibi bahsetmek mümkün değildir¹⁴⁶⁸. Yazara göre, bir kez temel normun kendisiyle çeliştiği ve kurucu iktidardan daha üstün bir hukuki otorite tarafından yaratıldığını ima ettiği kabul edilirse, temel norm düşüncesinin çare olmayı amaçladığı sonsuz gerileme sorununa geri dönmüş oluruz¹⁴⁶⁹. Bu durum kabul edildiğinde temel norm yukarıda saydığımız fonksiyonlarından hiçbirini yerine getiremez olur. Geçerliliğini aynı temel normdan alan hukuk normlarının hukuk sistemi oluşturduğunu ve bu anlamıyla hukuk sisteminin bir birlik ve bütünlük arz ettiğini, yani hukuk normlarının hukuk sistemine ait olduğunu iddia edemeyiz. Çünkü sonsuz gerileme sorununun olduğu bir durumda bundan asla emin olamayız. İkinci olarak, sistemsel geçerlilik sorgulamasını hiçbir zaman sonlandıramayız. Dolayısıyla, hukuk pratiğinde bir normun geçerli olup olmadığı sorusuna hiçbir zaman yanıt veremeyiz¹⁴⁷⁰. Belki de saf hukuk kuramı açısından en önemlisi, hukuk kurallarının bağlayıcı olduğunu hiçbir zaman iddia edemeyiz. Nitekim “herkes tarihsel olarak ilk anayasanın öngördüğü

¹⁴⁶⁵ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 256.

¹⁴⁶⁶ Vaihinger, *The Philosophy of “As If”: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, op. cit., s. 16.

¹⁴⁶⁷ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 256.

¹⁴⁶⁸ Iain Stewart, “Closure and the Legal Norm: An Essay in Critique of Law”, *The Modern Law Review*, C. 50, S. 7 (1987), s. 914.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ Örneğin Mikhail Antonov, Kelsen’in “kurgu olarak temel norm” anlayışına dayanarak hukukun sistemsel karakterinin ancak bir hayal (*phantasm*) olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Mikhail Antonov, “Systemicity of Law: A Phantasm”, *Russian Journal of Law*, C. 3., S. 3 (2015), ss. 121-122.

şekilde davranmalıdır” içeriğine sahip olan temel normun kendisinin geçerli olup olmadığından asla emin olamayız¹⁴⁷¹.

Eğer bu eleştiri doğruysa, saf hukuk kuramı açısından telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açabilir. Ancak, Matos, Kelsen’in düşüncesinin varsayım olarak temel normdan kurgu olarak temel norma değiştiği yönündeki algının doğru olmadığını iddia eder. Kelsen’i eleştirenler, Kelsen’in en son basılan eserinin *General Theory of Norms* olmasından yola çıkarak temel norma ilişkin düşüncesinde köklü bir değişiklik olduğunu varsaymışlardır¹⁴⁷². Ancak, *General Theory of Norms* bünyesinde yayınlanan yazılar, Kelsen’in ölümünden sonra basılmış, Kelsen tarafından yayına hazırlanmamış ve tarihi belirsiz yazılardır¹⁴⁷³. Matos’u takip ederek Kelsen’in düşüncesinin değişmediğine dair göstergeleri inceleyelim.

Öncelikle, *General Theory of Norms*’un Almanca orijinali olan *Allgemeine Theorie der Normen* için Kurt Ringhofer ve Robert Walter tarafından yazılan önsöze baktığımızda, metinlerin bazılarının yayına hazır hâle getirilip getirilmediğinin veya Kelsen’in bu metinleri yayınlamak niyetinde olup olmadığının bilinmediğini görebiliriz¹⁴⁷⁴. Elbette, yalnızca buna dayanarak Kelsen’in temel norma ilişkin düşüncesinin değişmediğini çıkarmak doğru olmaz. Bu noktada 1933 yılında Kelsen’in Renato Treves’e hitaben yazdığı ve 1987 yılında yayınlanan¹⁴⁷⁵ bir mektup karşımıza çıkmaktadır. Bu mektupta Kelsen şu ifadelere yer vermektedir:

“Genel olarak temel norm teorisinin Mach’ın düşünce ekonomisi ilkesinde ve Vaihinger’in kurgular teorisinde belli bir destek bulduğu doğru olsa da,

¹⁴⁷¹ Rüthers de radikal derecede gerçekçi bir hukuk teorisi olmayı amaçlayan saf hukuk kuramının geçerlilik sorununu çözmek için pozitif nitelik taşımayan bir “kurgu”ya başvurmasının geçerlilik hakkındaki sorunları artırdığını ve bu yöntemin teorisinin temel iddiasıyla çeliştiğini belirtmektedir (Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, *op. cit.*, s. 276).

¹⁴⁷² Bu eleştiriyi yönelten yazarlara örnek için bkz. Sylvie Delacroix, *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Portland: Hart Publishing, 2006, ss. 57-59; Neil Duxbury, “Kelsen’s Endgame”, *The Cambridge Law Review*, C. 67, S. 1 (Mart 2008), ss. 53-58.

¹⁴⁷³ Matos, “An Alternative Approach to the Basic Norm: Logical-Transcendental Hypothesis, Fiction or Scientific Postulate”, *op. cit.*, s. 140.

¹⁴⁷⁴ Kurt Ringhofer ve Robert Walter, “Foreword to the Original German Edition”, in *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, s. liix.

¹⁴⁷⁵ Mektubun ilk kez 1987 yılında yayınlandığını Costa’dan öğreniyoruz. Bkz. Matos, “An Alternative Approach to the Basic Norm: Logical-Transcendental Hypothesis, Fiction or Scientific Postulate”, *op. cit.*, s. 140. Mektubun bizim atıf yaptığımız hâli şurada yayınlanmıştır: Hans Kelsen, “The Pure Theory of Law, ‘Labandism’, and Neo-Kantism: A Letter to Renato Treves”, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editörler: Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1998, ss. 169-175.

bunlara atıflardan kaynaklanan çeşitli yanlış anlaşılmalardan dolayı, artık Mach ve Vaihinger'e başvurmak istemiyorum. Mühim olan şu ki temel norm teorisi tamamen Cohen tarafından geliştirilmiş olan *Hipotez* yönteminden kaynaklanmaktadır.”¹⁴⁷⁶

Bu açıklamalar 1933 ve öncesinde Kelsen'in temel norma dair düşüncesinde kurgu olarak temel norm düşüncesinden varsayım ya da hipotez olarak temel norm düşüncesine doğru bir değişim olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, Kelsen 1919 yılında bile, normatif inşaların kurgusal olamayacağını, çünkü “olması gereken”e dair normların “olan”a ilişkin gerçeklikle asla çelişemeyeceğini düşünmekteydi¹⁴⁷⁷. Bu düşüncenin mantıksal altyapısını biraz daha açacak olursak: Çelişki önermeler arasında cereyan eder¹⁴⁷⁸. Çelişen önermelerden biri doğruyken diğeri yanlış olabileceği gibi, her ikisi de yanlış olabilir. Ancak, her ikisinin de doğru olma ihtimali yoktur. Normlar ise doğru ve yanlış değeri alamazlar. Geçerli veya geçersiz olabilirler¹⁴⁷⁹. Olana ilişkin bir önermenin olması gerekene ilişkin bir normla hiçbir zaman çelişmemesinin nedeni, bunların farklı düzeylerde olmalarıdır. Hiçbir zaman olandan yola çıkarak olması gerekene ve olması gerekenden yola çıkarak olana ulaşamayacağımız için bu iki tür önermenin çelişmesi ihtimali yoktur. Dolayısıyla, temel normun Vaihingerci anlamda bir kurgu olduğunu kabul etmesi, Kelsen'in bir anlamda normların olgularla çelişebileceğini kabul ederek, teorisinin temel yapıtaşlarından olan Kantçı düalizme aykırı bir görüş benimsediği anlamına gelecektir.

Bununla birlikte, “*General Theory of Norms*” Kelsen'in temel norma ilişkin düşüncelerinin hayatının sonuna doğru değiştiğini savunan yazarların tek dayanağı değildir. Ayrıca yukarıda ifade edilenler Kelsen'in hayatının sonuna doğru tekrar “kurgu olarak temel norm” düşüncesine dönmediğini göstermekten uzaktır. Gustafsson'un da belirttiği gibi Kelsen henüz hayattayken yayınlanan “*The Function of a Constitution*”¹⁴⁸⁰ makalesinde “kurgu olarak temel norm” anlayışının Kelsen

¹⁴⁷⁶ Kelsen, “The Pure Theory of Law, ‘Labandism’, and Neo-Kantism: A Letter to Renato Treves”, *op. cit.*, ss. 173-174.

¹⁴⁷⁷ Bkz. Matos, “An Alternative Approach to the Basic Norm: Logical-Transcendental Hypothesis, Fiction or Scientific Postulate”, *op. cit.*, s. 141.

¹⁴⁷⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, ss. 74-75, 205.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, ss. 205-206.

¹⁴⁸⁰ Bkz. Hans Kelsen, “The Function of a Constitution”, in *Essays on Kelsen*, editörler: Richard Tur ve William L. Twining, Oxford: Clarendon Press, 1986, ss. 109-119.

tarafından tekrar tartışma konusu edildiğini görürüz¹⁴⁸¹. Bununla birlikte, Kelsen'in anılan makalesi “*Pure Theory of Law*”un İngilizce çevirisinden önce yayınlanmıştır. Kelsen “*Pure Theory of Law*”un İngilizce metnini gözden geçirmiş olsa da temel norma dair açıklamalarında bir değişikliğe gitmemiş, yani varsayım olarak temel norm anlayışına bağlı kalmayı sürdürmüştür¹⁴⁸². Bununla birlikte, Stanley Paulson'a göre “*Pure Theory of Law*”un ikinci baskısında da Kelsen'in temel norma ilişkin düşüncelerinin değişeceğini haber veren işaretler bulunmaktadır¹⁴⁸³.

Kanımızca Kelsen'in “*Pure Theory of Law*”un ikinci baskısının İngilizce tercümesinde temel norma ilişkin düşüncelerini değiştirmemiş olmasına rağmen 1960'tan itibaren Kelsen'in bu konudaki düşüncelerinin dramatik bir biçimde değiştiğini kesin biçimde söylemek mümkün değildir. Bu yöndeki iki dayanaktan biri olan *General Theory of Norms*'da yer alan yazıların ne zaman yazıldığının ve yayına hazır hâle getirilip getirilmediğinin belli olmadığını belirtmiştik. “*The Function of a Constitution*” makalesi ise en nihayetinde saf hukuk kuramının bütününe ilişkin bir çalışma değildir. *Pure Theory of Law*'da temel norma ilişkin herhangi bir köklü değişiklik gerçekleştirilmemişken, “*The Function of a Constitution*” makalesine dayanarak Kelsen'in temel norma ilişkin görüşlerinin değiştiğini savunmanın ne derece mümkün olduğundan emin değiliz.

Elbette burada söylediklerimize rağmen Kelsen'in temel norma ilişkin düşüncesinin hayatının sonlarına doğru değişmiş olması mümkündür. Bununla birlikte, bizim açımızdan mühim olan bir düşünürün son düşüncesini tespit etmek değildir. Yukarıda gördüğümüz gibi, Kelsen'in “kurgu olarak temel norm” anlayışı beraberinde açıklanması güç bazı sorunlar getirmektedir. Dolayısıyla, biz Kelsen'in sistemsal geçerlilik anlayışına ilişkin açıklamalarımızda “varsayım olarak temel norm” anlayışına dayanacağız. Bu anlayışın Kelsen'in nihai düşüncesi olduğu iddiasında bulunmuyoruz.

(2) Saf hukuk kuramının ikna edici olmayan aşkın argümanı

¹⁴⁸¹ Gustafsson, “Fiction of Law”, *op. cit.*, ss. 335-336.

¹⁴⁸² Duxbury, “Kelsen's Endgame”, *op. cit.*, s. 54, dn. 13.

¹⁴⁸³ Bkz. Stanley L. Paulson, “Four Phases in Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 18, S. 1 (Bahar 1998), s. 161.

Stanley Paulson Kelsen'in temel normunu yeni Kantçı bir perspektiften analiz eder. Paulson'un temel argümanı Kelsen'in temel normunun Kantçı aşkın argümanın (*transcendental argument*) gerileyici versiyonu olduğu ve bu versiyonun hukukun normativitesini açıklama bakımından yegâne teori olamayacağıdır. Öncelikle Paulson'un argümanını kısaca sunalım.

Paulson öncelikle Kelsen'in normatif impütasyon (*normative imputation*) kategorisini ele alır¹⁴⁸⁴. Kelsen'e göre, illiyet kategorisi birbirinin sebep ve sonucunu oluşturan olgulardan oluşmuştur. Doğa kanunları bu sebep ve sonuçları birbirine bağlar. Benzer şekilde, pozitif hukuk normları da hukuki şartı hukuki neticeyle ilişkilendirir¹⁴⁸⁵. Örneğin, cinayetle müebbet hapis arasındaki bağ, cinayeti suç hâline getirerek öldürenin müebbet hapisle cezalandırılacağını öngören kanundur. Kelsen, olguların hukuki sonuçlara normatif impütasyon yoluyla bağlandığını kavrayabildiğimizi verili kabul eder. Bu verilenden yola çıkarak şu aşkın argümana ulaşır¹⁴⁸⁶:

- 1- Hukuk normlarını kavrarız (verilen).
- 2- Hukuk normlarını kavramamız ancak normatif impütasyon kategorisi varsayılırsa mümkündür (aşkın öncül)
- 3- Dolayısıyla, normatif impütasyon kategorisi varsayılmalıdır (aşkın netice)

Hatırlanacağı üzere, temel normun yerine getirdiği fonksiyonlardan birisi hukuk normlarının bağlayıcılığını açıklamaktır. Eğer hukuk normları bağlayıcı (ve Kelsen'e göre geçerli) değilse, olguların hukuki sonuçlara hukuk normları aracılığıyla bağlanması mümkün değildir. Bu nedenle, temel normun hukuk normlarının bağlayıcılığını kuracak bir içerikle varsayılması, normatif impütasyonu mümkün kılmaktadır.

Paulson aşkın argümanın bu formülasyonunun Kantçı aşkın argümanın gerileyici (*regressive*) bir versiyonu olduğunu düşünür ve bunu göstermek için öncelikle Kant tarafından *Critique of Pure Reason*'da geliştirilen aşkın argümanı ele alır. Biz de işe Kant'ın aşkın argümanını özetlemekle başlayacağız.

¹⁴⁸⁴ Bkz. Stanley L. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 12, S. 3 (Güz 1992), s. 326.

¹⁴⁸⁵ Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, ss. 45-46.

¹⁴⁸⁶ Bkz. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *op. cit.*, s. 326.

Kantçı bilgi kuramındaki aşkınlık bilmeye konu nesneyle değil, aklın nesneleri bilme şeklinin *a priori* olanağıyla ilgilidir¹⁴⁸⁷. Kant'ın bu noktadaki temel iddiası kendinde var olan bir duyular dünyası düşüncesinin kendisiyle çeliştiği ve dünyanın kendinde değil, insan zihniyle ilişki içinde var olduğudur¹⁴⁸⁸. Şüpheciye ikna etmek niyetinde olan Kant'ın temel stratejisi, şüphecinin doğruluğunu reddedemeyeceği ve zorunlu olarak aşkın argümanın doğruluğunu gerektiren bir önermeden yola çıkmaktır¹⁴⁸⁹. Böylelikle, eğer argüman doğruysa, şüpheci kendi düşüncesini savunmaya kalktığında onu reddetmek zorunda bırakılmaktadır¹⁴⁹⁰. Kant'ın argümanında verili olan öncül bilinçte deneyimlenen imgelerin varlığıdır¹⁴⁹¹. Bu verilenden yola çıkarak aşkın öncül bu izlenimin (*impression*) ancak illiyet kategorisi uygulanırsa mümkün olacağını belirtir. Aşkın netice ise illiyet kategorisinin uygulanması gerektiğidir¹⁴⁹². Dolayısıyla, Kant'ın aşkın argümanını şu adımlarla özetleyebiliriz:

- 1- Zihnimizde deneyimlediğimiz imgeler mevcuttur (verilen)
- 2- Bu izlenim ancak dış dünyadaki objelerle zihnimizdeki imge arasında bağ kuran bir kategorinin, yani illiyet kategorisinin varlığı hâlinde mümkündür (aşkın öncül)
- 3- Öyleyse, illiyet kategorisi uygulanmalıdır (aşkın netice)

Kant'ın aşkın argümanı bu sayede şüphecinin kabul etmek zorunda olduğu bir noktadan (duyusal deneyim) yola çıkarak, şüphecinin varlığını reddetmek istediği illiyetin var olduğunu kabul etmesi gerektiğini göstermeyi amaçlar¹⁴⁹³. Bu noktadan sonra aşkın neticeden başka sonuçlar çıkarılması mümkündür¹⁴⁹⁴.

Paulson'a göre, Kant'ın aşkın argümanı zayıf, kabul edilmesi kolay bir verilenden yola çıkarak ileriye doğru işler. Yazar bu versiyona ilerleyici (*progressive*)

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, s. 323. Kant'ın ifadeleri için bkz. Kant, *The Critique of Pure Reason*, *op. cit.*, ss. 132-133.

¹⁴⁸⁸ Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *op. cit.*, s. 323.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, ss. 326-327.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, s. 327.

¹⁴⁹¹ Jeffrey Brand-Ballard, "Kelsen's Unstable Alternative to Natural Law: Recent Critiques", *American Journal of Jurisprudence*, C. 41, S. 1 (1996), s. 146.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *op. cit.*, s. 327.

aşkın argüman ismini vermektedir¹⁴⁹⁵. Kelsen'in aşkın argümanındaysa başlangıç noktası şüpheler tarafından kolaylıkla kabul edilebilecek bir veriden ibaret değildir. Paulson'a göre Kelsen'in argümanı ilerleyici aşkın argümandan yola çıkılarak ulaşılabilecek olan ek sonuçlara denk bir olguyu verili olarak kabul etmektedir: Hukuk normlarının olguları hukuki sonuçlara bağlayacak şekilde kavranması. Şüphelinin, karşı çıktığı zaten tam olarak da bu düşünce olduğu için, Kelsen'in başlangıç noktasını kabul etmeyecek ve dolayısıyla onun ulaştığı aşkın argümana ulaşmaya zorlanamayacaktır¹⁴⁹⁶. Şüpheli her zaman hukuk normlarının gerçekten kavradığımız gibi olmadığını, yalnızca onları belli bir şekilde kavradığımıza inandığımızı iddia edebilecektir¹⁴⁹⁷. Paulson aşkın argümanın bu versiyonuna gerileyici (*regressive*) aşkın argüman ismini vermektedir¹⁴⁹⁸.

Kelsen, şüpheliyi ikna edemeyeceğinin farkındadır. Bu nedenle de temel normun varsayılmasının bir zorunluluk olmadığını vurgulayarak, kişinin hukuka uymasının gerekmediği, hukuk normunun normatif etkiye sahip olmadığı bir hukuk kavramsallaştırmasına açık kapı bırakır¹⁴⁹⁹. Daha önce değindiğimiz gibi, Kelsen'e göre temel norm varsayılmadan bir normun sübjektif anlamının objektif anlamı olarak yorumlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, hukukun normatifliği için temel normun varsayılması zorunludur. Ancak, Paulson'a göre bu son argüman da tam olarak doğru değildir. Nitekim saf hukuk kuramının, yani ayrılabilirlik tezi ve normativite tezlerini bir araya getiren bir teorinin, tek olasılık olduğunu göstermek için ya alternatif olasılıkların hepsinin yanlış olduğunu teker teker ispatlamak ya da herhangi bir alternatifin yanlış olacağını topyekün göstermek gerekecektir. İlk olasılıkta bütün alternatifler değerlendirilemeyecek, ikinci olasılık ise Kelsen'in aşkın argümanın ilerleyici versiyonunu benimsemesi gerekecektir ki saf hukuk kuramının bu versiyonla başarılı olma ihtimali bulunmamaktadır¹⁵⁰⁰.

Bu eleştiriden şu sonucu çıkarıyoruz: Kelsen'in de farkında olduğu gibi temel normu varsaymak için yeterince ikna edici bir sebebimiz yok. Her şeyden önce hukuku

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, s. 328.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, ss. 329-330.

¹⁴⁹⁷ Brand-Ballard, "Kelsen's Unstable Alternative to Natural Law: Recent Critiques", *op. cit.*, s. 151.

¹⁴⁹⁸ Örn. bkz. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *op. cit.*, s. 330.

¹⁴⁹⁹ Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, çevirenler: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1992, s. 34. Ayrıca bkz. Delacroix, *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, *op. cit.*, s. 37.

¹⁵⁰⁰ Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *op. cit.*, ss. 330-331.

normatif bir bilim olarak görmek zorunda değiliz. Hukuku normatif bir bilim olarak göreceksak dahi, saf hukuk kuramı niçin bu konudaki tek olasılık olduğunu açıklamamaktadır. Kantçı ilerleyici aşkın argümanı benimsemesi söz konusu olmadığı için, alternatifsiz olduğunu ispatlaması da mümkün değildir. Bununla birlikte, Paulson'un vurguladığı gibi, buradaki eleştiri saf hukuk kuramının tamamen başarısız olduğu ve çöktüğü anlamına gelmeyip, temel norma dayanan hukuki normativite teorisinin diğer alternatiflerle birlikte eleştiriye ve değerlendirmeye tabi tutulacağını söyler¹⁵⁰¹.

Hart'ın sistemsel geçerlilik anlayışına geçmeden önce saf hukuk kuramının bu eleştirilerine ilişkin genel bazı tespitlerde bulunalım. İlk olarak, Kelsen'in normun geçerliliğini etkililik kavramıyla ilişkilendirmesini inceledik. Wróblewski'den yola çıkarak yaptığımız sistemsel geçerlilik tanımında yer almayan bu unsur, pozitif bir norm tarafından öngörülmediği sürece hukuk normunun geçerliliği üzerinde bir etkiye sahip olamaz. Geçerlilik ve etkililik arasında böyle bir ilişkinin kabulü olandan olması gereken çıkarılması anlamına gelecektir. Bu ikiliğin herhangi bir istisnası varsa niçin diğer durumlarda olandan olması gereken türetilmeyeceğinin açıklanması gerekir. Kelsen'in bu tür bir açıklamaya yer vermeden ikiliğe istisna kabul etmesi, saf hukuk kuramının temel projesi açısından yıkıcı sonuçlara yol açabilir. Dolayısıyla, etkililik unsurunun Kelsen'in sistemsel geçerlilik anlayışından ayıklanması gerektiğini düşünüyoruz.

Sistemsel geçerlilik anlayışına yöneltildiği söylenebilecek diğer iki eleştirinin temel norm kavramını hedef aldığını görüyoruz. Bunlardan ilkinde göre Kelsen'in “varsayım veya hipotez olarak temel norm” anlayışından “kurgu olarak temel norm” anlayışına geçmesi, sonsuz gerileme sorununu tekrar gündeme getirmektedir. Keza, temel normun içeriğinin belirlenmesinde hukuk sisteminin işleyişine dair olguların dikkate alınmasının olan/olması gereken ikiliğine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir. Yukarıda ilk eleştiriye yönelik olarak gerekli açıklamaları yaptık ve Kelsen'in temel normu bir varsayım olarak tasarlayan görüşünü esas alacağımızı belirttik. Keza,

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, s. 332.

varsayılacak normun içeriğinin belirlenmesinde hukuk sisteminin işleyişine dair olguların rol oynamasının ve hatta etkililik prensibinin temel normun içeriği hâline getirilmesinin olan/olması gereken ikiliğine aykırı olmadığını iddia ettik. Dolayısıyla, Kelsen'in sistemsal geçerlilik anlayışının bu eleştirilerden etkilenmeyeceğini söyleyebiliriz.

İkinci olarak Paulson'un ilerleyici ve gerileyici aşkın argüman ayrımı temelinde Kelsen'in temel normuna yönelik eleştirilerini ele aldık. Bu eleştiriyle aynı fikirdeyiz. Kelsen'in saf hukuk kuramının hukuk sisteminin normatifliğinin, ayrılabilirlik teziyle birlikte anlaşılmasını sağlayan yegâne teori olma iddiasından olamayacağını düşünüyoruz. Bir başka deyişle, saf hukuk kuramının alternatifi Kelsen'in iddia ettiği gibi yalnızca anarşistin perspektifi değildir. Hukukun normativitesini ayrılabilirlik teziyle birlikte savunmanın temel normun varsayılmasını gerektirmeyen yolları da mevcuttur.

2. Hart'ın Sistemsal Geçerlilik Anlayışı

Hart'ın hukuk teorisi de sistemsal geçerlilik anlayışını benimser. Bu kısımda Hart'ın sistemsal geçerlilik anlayışını ele alacağız. Genel olarak Hart'ın geçerlilik anlayışı ve bu anlayışta karşımıza çıkan Tanıma Kuralı gibi önemli kavramlara ilişkin tartışmalara yer verecek, sonrasında ise Hart'ın anlayışına yöneltilen eleştirileri ele alacağız.

a. İlkel Toplum, Hukuk Sistemi ve Kurallar

Yukarıda, Kelsen'in anlayışına karşı yöneltebilecek olan eleştirilerin genel olarak iki kampta toplandığını gördük. Bunlardan ilki etkililiğin geçerliliğin şartı hâline getirilmesi, ikincisi ise temel norm kavramına yönelik eleştirilerdi. Kelsen, hukuk normunun geçerliliği ile bağlayıcılığının aynı anlama geldiğini düşündüğü için, temel norma yöneltilen eleştiriler her iki kavram açısından önem arz etmektedir. Hart'ın teorisinde de temel eleştiriler hukuk sisteminin temeline yerleştirilen Tanıma Kuralı ve

bu kavramla ilişki içindeki “içsel bakış açısı”nı (*internal point of view*) hedef almaktadır. Bununla birlikte, Tanıma Kuralına yöneltile eleştiriler hukuk sistemi veya sistemdeki kuralların geçerliliğinden ziyade, bağlayıcılığı, bir başka deyişle normatif gücü hakkında şüpheler uyandırmaktadır. Her ne kadar bu kısımda sistemsel geçerlilik anlayışını ve bu anlayışa yönelik eleştirileri ele alacak olsak da, ileride dile getireceğimiz gibi, sistemsel geçerlilik anlayışına yönelik en büyük eleştiri bu anlayışın hukuki normativiteyi temellendirememesidir. Dolayısıyla, Hart’ın sistemsel geçerlilik anlayışına yönelik eleştirilerimizin büyük kısmı bu anlayışın hukuki normativiteyi temellendirip temellendiremeyeceği üzerinde duracaktır.

Hart’ın hukuk sistemi kavramı, ilkel toplumlarda mevcut olan toplumsal davranış kuralları ile çağdaş toplumların hukuk anlayışı arasındaki farktan yola çıkar. Buna göre, ilkel toplumlarda yalnızca bireylerin eylemlerini düzenleyen, bireylerin ne yapıp ne yapamayacağına ilişkin kurallar mevcuttur¹⁵⁰². Hart bu kurallara birincil kurallar (*primary rules*) ismini verir¹⁵⁰³. Hart’a göre, birincil kurallar yükümlendirici (*duty-imposing*) kurallardır¹⁵⁰⁴.

Hart’ın birincil kuralların yükümlendirici nitelikte olduğu yönündeki tespiti eleştiriye açıktır. Her şeyden önce sorulması gereken soru, bireylerin eylemlerine ilişkin kuralların niçin yükümlendirici nitelik taşıması gerektiğidir. Muhatapların eylemlerine ilişkin yükümlendirici kurallar olabileceği gibi, yetki veren kurallar da bulunabilir. Örneğin, kişilerin seyahat hakkını güvence altına alan bir anayasal normun en azından saf anlamda yükümlendirici olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Seyahat özgürlüğünü güvence altına alan bir normun, devlete “müdahale etmeme” yükümlülüğü yüklediği elbette düşünülebilir¹⁵⁰⁵. Ancak, aynı kuralın bireyleri seyahat etme noktasına yetkilendirmediği¹⁵⁰⁶ söylenemez. Benzer bir eleştiriye aşağıda ikincil kuralların yetki veren nitelikte olduğu tespitine karşı da ileri süreceğiz. Kanımızca, normların bazı

¹⁵⁰² Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 91.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 91; Mullock, “Power-Conferring Rules & The Rule of Recognition”, op. cit., s. 23.

¹⁵⁰⁵ Örn. bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 23.

¹⁵⁰⁶ Yetki ifadesinin haklar açısından alışıldık bir ifade olmadığına farkındayız. Ancak, Hart’ın yükümlendirici-yetki veren kurallar ayrımı haklar açısından farklı bir ayrım gözetmemektedir. Bu nedenle bir eylemi gerçekleştirmeye hakkı olmanın, o eylemi gerçekleştirmeye yetkili olmak anlamına geldiğini varsayıyoruz.

muhataplara yetki verirken bazı muhatapları yükümlendirmesi mümkündür. Hatta kimi zaman yükümlendirilen ve yetki verilen muhatabın aynı kişi olduğunu görürüz. Örneğin yurt dışına seyahat özgürlüğünün pasaport alma şartına bağlandığı bir durumda, muhataba verilen yetkinin belli sınırlamalara tabi olduğunu, bu anlamda kuralın hem yetki veren hem de yükümlendirici bir kural olduğunu söyleyebiliriz. Aşağıda açıklamaya çalışacağımız gibi, kuralların ilişkin oldukları konuya dayanılarak yükümlendirici ve yetki verici olarak ayrılmasını teorik açıdan yararlı bulmuyoruz. Teorik açıdan bu konuda yapılabilecek bir tespit varsa belki şöyle denebilir: Saf anlamıyla yetki veren bir kural yoktur, ancak saf anlamıyla yükümlendiren bir kural olabilir¹⁵⁰⁷.

İlkel toplumlardaki sosyal kuralların birincil kurallardan ibaret olması beraberinde belli eksiklikler getirir. Bunlardan ilki belirsizliktir. Buna göre, ilkel toplumlarda birincil kuralların nasıl ihdas edileceğine ve nasıl tespit edilebileceğine dair kurallar bulunmadığı için belirsizlik söz konusudur¹⁵⁰⁸. İkinci bir eksiklik, statiklikler. Buna göre, birincil kuralların oluşumu, değişimi ve gelişimi ağır işleyen ve uzun bir süreç gerektirir. Değişim ilk etapta yerleşik kurallara aykırılık olarak algılanabilecek olan uygulamaların zamanla yaygınlaşması ve zorunlu eylemler olarak görülmeye başlamasıyla mümkündür¹⁵⁰⁹. Üçüncü ve son olarak uyuşmazlıkların çözümünde kuralların verimsizliğinden (*inefficiency*) bahsedilebilir. İlkel toplumlarda uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiş belli bir organ olmadığı için, belli bir durumda hangi eylemin yapılmasının gerektiği konusunda devamlı tartışmalar söz konusu olacaktır¹⁵¹⁰.

Hart, bu üç eksikliğe karşılık üç tür ikincil kural (*secondary rules*) öngörür. İkincil kurallar birincil kuralların belirlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması ile hukuki uyuşmazlıkları çözecek olan organın belirlenmesi ve yetkilendirilmesine ilişkin kurallardır¹⁵¹¹. Hart'a göre, ikincil kuralların mevcudiyeti yalnızca ilkel toplum düzeninin eksikliklerini gidermekle kalmaz, aynı zamanda hukuk sistemine geçişi de

¹⁵⁰⁷ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., ss. 33-34.

¹⁵⁰⁸ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 92.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, ss. 92-93.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, s. 93.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, s. 94.

temsil eder¹⁵¹². Bir başka deyişle, hukuk sistemi birincil ve ikincil kuralların birliğiyle var olur.

Biz Hart'ın ikincil kuralları kısaca “birincil kurallar hakkındaki kurallar” olarak tanımlamasının beraberinde bazı soru işaretleri getireceği kanısındayız. Bu soru işaretlerinden bazılarını bir örnek ile açıklamaya çalışalım. Her şeyden önce, nihai tanıma kuralı dışında, hukuk sistemindeki diğer tanıma kurallarının geçerliliği sorgulanabilir¹⁵¹³. Diğer tanıma kurallarının geçerliliğinin en nihayetinde nihai tanıma kuralındaki kriterlere göre belirlenebilmesi gerekir¹⁵¹⁴. Bu durumda ikincil kuralların diğer ikincil kurallara ilişkin olabileceği kabul edilmelidir. Benzer biçimde, kişiler arasında bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmekle bir mahkemenin görevlendirildiğini düşünelim. Bu tür bir kural uyuşmazlık kuralı niteliği taşıyacaktır. Söz konusu uyuşmazlık kuralının nasıl değiştirileceğine ilişkin bir de değişiklik kuralından bahsedebiliriz. Dolayısıyla, kanımızca ikincil kurallar için yalnızca “birincil kurallar hakkındaki kurallar” olarak değil “birincil veya diğer ikincil kurallar hakkındaki kurallar” ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır¹⁵¹⁵.

Hart ikincil kuralların niteliği itibariyle yetki verici olduğunu düşünür¹⁵¹⁶. Kanımızca birincil kurallar açısından dile getirdiğimiz gibi, ikincil kuralların niteliği itibariyle yetki verici olduğu tespiti de eleştiriye açıktır¹⁵¹⁷. Elbette, ikincil kurallar mevcut kuralların değiştirilmesine veya hukuki uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin oldukları sürece belli bir yetkinin verilmesine dair olacaktır. Bu noktada iki önemli

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ Nihai tanıma kuralının geçerliliğinden bahsedilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. *ibid.*, s. 110.

¹⁵¹⁴ Aşağıda bir hukuk sisteminde nasıl birden fazla tanıma kuralını olabileceğini belirtecek ve nihai tanıma kuralını bunlardan ayıracağız.

¹⁵¹⁵ Marmor “kurallar hakkındaki kurallar” ifadesini önermektedir. Bkz. Marmor, *Philosophy of Law, op. cit.*, s. 48. Aynı yöndeki bir başka görüş için bkz. Eric Colvin, “The Sociology of Secondary Rules”, *University of Toronto Law Journal*, C. 28, S. 2 (Yaz 1978), ss. 200-201. Bununla birlikte, Hart da en azından nihai tanıma kuralının diğer ikincil kurallar hakkında olabileceğini ima etmektedir. Bkz. Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, s. 107.

¹⁵¹⁶ Joseph Raz, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, C. 59, S. 3 (1971), ss. 807-808, dn. 24. Bununla birlikte, Tanıma Kuralının yetki veren değil, yükümlendirici bir ikincil kural olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla, bu tespitimiz Tanıma Kuralı açısından geçerli değildir. Bkz. *ibid.* Ayrıca bkz. Scott J. Shapiro, “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?”, in *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, editörler: Matthew D. Adler ve Kenneth Einar Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 240.

¹⁵¹⁷ Bu konuda bkz. Laurence Jonathan Cohen, “The Concept of Law” (Eleştiri Notu), *Mind*, C. 71, S. 283 (Temmuz) 1962, ss. 408-409; K. K. Lee, “Hart’s Primary and Secondary Rules” (Eleştiri Notu), *Mind*, C. 77, S. 308 (Ekim 1968), s. 561; Graham Hughes, “Professor Hart’s Concept of Law”, *Modern Law Review*, C. 25, S. 3 (Mayıs 1962), s. 332.

hususla dikkat etmek gerekir: Yetki belli bir organa verileceğine göre, bir organın yetkilendirilmesi diğerk bir organın söz konusu yetkiyi kullanmamakla yükümlü olduğı şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim özellikle kamu hukukuna ilişkin konularda yetkisiz olmak asıl, yetkili olmaksa istisnadır¹⁵¹⁸ ve organlar yetkilerini aşmamakla yükümlüdür. İkinci olarak, hukukta yetkilerin kullanımını genellikle belli usuli şartlara tabi tutulur. Dolayısıyla, ikincil kuralın, yetki verilen organ açısından dahi bazı yükümlölükler arz edeceği ortadadır. Hatta daha da ileri giderek, yetki veren kuralla organa “belli bir yetki” verildiğı için, aksi hukuk sistemindeki diğerk kurallardan anlaşılmadıkça, söz konusu organın verilen yetki dışında bir yetkiyi kullanmamakla yükümlü olduğı dahi iddia edilebilir.

Burada mühim olanın kuralın aslen yetki veren bir kural mı yoksa yükümlendiren bir kural mı olduğı düşünölebilir. Aslolan kuralın yetki veren yüzü olduğı sürece Hart’ın nitelendirmesinde bir sorun olmadığı ileri sürölebilir. Bu noktada da mühim olan aslolanla neyin kastedildiğidir. Sanıyoruz aslolanla açısından mühim olan kuralın formölasyonundaki ifadedir. “TBMM ancak toplantıya katılan üyelerinin salt çoğunluğuyla kanun çıkarabilir” şeklinde ifade edilen bir kuralın esasen kanun çıkarma yetkisi verdiğı, kuralın yükümlendirici kısmının ikincil olduğı düşünölebilir. Ancak, normların kuralların formölasyonundaki ifadelerden bağımsız, bu ifadelerin yorumuyla ulaşılan anlamlar olduğı unutulmamalıdır. TBMM’nin kanun çıkarmasına ilişkin kuralın yukarıdaki formölasyonunun ifade ettiğı norm ile “TBMM kanun çıkaramaz, meğerkı bunu toplantıya katılan üyelerinin salt çoğunluğuyla yapsın” formölasyonundan çıkarılacak norm arasında bir fark bulunmamaktadır. Oysa itirazın bakış açısından bu ikincisinin aslen yükümlendiren ve istisnaen yetki veren bir kural olduğı düşünölmelidir.

İkincil kuralların üç tür olduğunu söylemiştik. Bunlar tanıma kuralları (*rules of recognition*), değışiklik kuralları (*rules of change*) ve yargılama kurallarıdır (*rules of adjudication*). Değışiklik kuralları mevcut birincil kuralların değıştirilmesi veya kaldırılması ile yenilerinin konması hususunda bir kişi veya organı yetkilendiren kurallardır¹⁵¹⁹. Yargılama kuralları somut durumda birincil kurallardan birinin ihlal

¹⁵¹⁸ Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, s. 78.

¹⁵¹⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 95.

edilip edilmediğini tespit etmek konusunda belli bir kişi veya organı yetkilendirir¹⁵²⁰. İkincil kurallar arasından bir hukuk sisteminin geçerliliği açısından en önemli rolü oynayan tanıma kuralıdır. Bu nedenle burada tanıma kural(lar)ı üzerinde özellikle durmak gerekir.

Tanıma kuralı belli bir sistemin yetkililerinin (*officials*) belli bir kuralın o sisteme ait olup olmadığını belirlemesine yarayan bir ikincil kuraldır¹⁵²¹. Aynı zamanda tanıma kuralları hukuk sistemindeki belli bir kuralın geçerli olabilmesi için karşılması gereken kriterleri belirlerler¹⁵²². Bu iki fonksiyondan ilkinde epistemolojik, ikincisine ise ontolojik fonksiyon ismi verilir¹⁵²³. Bu noktada Hart'ın geçerlilik anlayışının iki açıdan sistemsel geçerliliğin şartlarını sağladığını görüyoruz: 1) Hukuk kuralının geçerliliği hukuk sistemine aidiyetle belirlenir ve 2) hukuk kuralı başka bir kuraldaki kriterlere uygun olarak ihdas edildiği takdirde geçerli olur.

The Concept of Law'da bir hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı olabileceğini belirten bir ifade yoktur. Bununla birlikte, Andrei Marmor'a göre, hukuk sisteminde aralarında hiyerarşi bulunan birden fazla tanıma kuralından bahsetmek mümkündür¹⁵²⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Eğer tanıma kuralı genel olarak diğer kuralların geçerliliğine ilişkin kriterlere yer veren kuralsı, bir hukuk sisteminde tek bir tanıma kuralı olabileceğini söylemenin anlamı kalmaz. Ancak, bir kere hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralının bulunduğunu kabul ettiğimizde değişiklik kuralları ile tanıma kuralları arasındaki ayrımın bulanıklaştığı durumlar ortaya çıkmaktadır. Nitekim hukuk sistemindeki kuralların geçerlilik kriterlerinin en önemlilerinden biri bu kuralların hangi organ, kişi veya bir organın üyelerinin hangi çoğunluğuyla ihdas edileceğine ilişkindir. Kurallar da genellikle ihdas edildikleri şekilde değiştirirler¹⁵²⁵. Bununla birlikte, nihai tanıma kuralı, yani bir hukuk sisteminin

¹⁵²⁰ *Ibid.*, s. 96.

¹⁵²¹ Bkz. *ibid.*, s. 100.

¹⁵²² Nicholas W. Barber, "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 20, S. 1 (2000), s. 135.

¹⁵²³ Jules L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, C. 11, s. 1 (1982), s. 141.

¹⁵²⁴ Marmor, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, s. 50.

¹⁵²⁵ Esasen söz konusu ayrımın belirsizliğinin nihai tanıma kuralı için de geçerli olduğu söylenebilir. Hart "Queen in Parliament süreciyle yaratılan kurallar hukuktur" içeriğinin İngiliz hukuk sisteminin Tanıma Kuralı olduğunu söylediğinde (Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 107), Shapiro bunun değişiklik kuralı

bütününün geçerliliğine kaynaklık eden tanıma kuralı, diğer tanıma kurallarından farklı nitelik ve fonksiyonlara sahiptir. Hart'ın geçerlilik anlayışını kavrayabilmek için bu nihai tanıma kuralını daha detaylı biçimde incelemeliyiz. Nitekim bu andan itibaren Tanıma Kuralı olarak ifade edeceğimiz bu kural, diğer ikincil kurallardan daha önemli bir rol oynamaktadır¹⁵²⁶.

b. Tanıma Kuralı, Niteliği ve Fonksiyonu

Tanıma Kuralının niteliği ve fonksiyonunu açıklamadan önce, Hart'ın içsel bakış açısı kavramından bahsetmeliyiz. Bilindiği üzere, Hart Austin'in yaptırım temelli teorisinin “yükümlülüğü” açıklamak için yeterli olmadığını düşünür. Kişilerin kurallara uyma yönündeki yükümlülüğü yaptırım korkusu dışında sebeplerle de açıklanabilir¹⁵²⁷. Bu noktada Hart içsel ve dışsal bakış açıları arasında bir ayrıma gider. “A ülkesinde yasal kürtaj süresi 3 aydır” tespiti, bir hukuk sisteminde, belli bir konuya ilişkin mevcut düzenlemeyi tasvir etmek için kullanılabilir. Ancak, bu ifadede söz konusu kanunun bağlayıcı olduğu veya muhataplarının bu kanuna uymak zorunda hissettiklerine dair bir ima bulunmamaktadır. Hukukun düzenli eylemi esas alan bu tür tasvirine dışsal bakış açısı (*external point of view*)¹⁵²⁸ ismi verilmektedir. Buna karşılık, içsel bakış açısı hukuk sistemindeki pozitif normların ne ifade ettiğiyle yetinmez. Muhataplarının bu normlara yaklaşımını da dikkate alır. Kısaca, Hart'a göre hukuk kuralının muhatabının mevzubahis kuralın bağlayıcılığına ilişkin görüşü içsel bakış açısıdır (*internal point of view*)¹⁵²⁹. Dışsal bakış açısı ve içsel bakış açısı arasındaki fark kurallar ve alışkanlıklar arasındaki farkta da görülebilir. Belli bir grubun belli bir zaman dilimindeki eylemlerini gözlemleyen birisi, sırf alışkanlıktan belli bir eylemi gerçekleştiren kimselerle, belli bir kurala uymakta oldukları için söz konusu eylemi gerçekleştiren insanları ayırt edemeyebilir. Nitekim söz konusu eylemlerin farklılığı fiziksel dünyada gerçekleştirilen

olabileceğine işaret etmektedir (Shapiro, “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?”, *op. cit.*, s. 240).

¹⁵²⁶ Brian H. Bix, “Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority”, *Quinnipiac Law Review*, C. 16, S. 3 (Güz 1996), s. 245.

¹⁵²⁷ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 82-85.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, s. 56.

¹⁵²⁹ Grant Lamond, “The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System”, in *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, editörler: Luis Duarte d'Almeida, Kames Edwards ve Andrea Dolcetti, Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 186.

hareketlerden değil, eylemi gerçekleştirenlerin bu eylemi gerçekleştirme sebeplerinden kaynaklanmaktadır¹⁵³⁰. Gruptaki kişiler bir kurala uydukları için belli bir eylemi gerçekleştiriyorlarsa, bu eylemi gerçekleştirmemeleri eleştiri konusu olacaktır¹⁵³¹. İşte, Hart'a göre ikincil kuralların ayırt edici niteliği bu kuralların sistemin hukuk uygulayıcıları tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmesinin gerekmesidir¹⁵³².

Tanıma kurallarının sistemdeki kuralların geçerlilik kriterlerini belirlediğini ve hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı bulunabileceğini belirtmiştik. Hatta bu tanıma kuralları arasında Kelsenci anlamda hiyerarşik bir ilişki dahi kurulabilir. A normunun geçerlilik kriterlerini belirleyen tanıma kuralı G(A) olsun. Bu tanıma kuralı hukuk sisteminin temelindeki Tanıma Kuralı olmadığı sürece, hukuk sisteminde mutlaka bir de G(G(A)) bulunmak zorundadır. Normatif geçerlilik zinciri bu şekilde Tanıma Kuralına kadar uzanır. Bu anlamda Tanıma Kuralı, saf hukuk kuramındaki temel normun yerini alır.

Hart'a göre herhangi bir hukuk sisteminin Tanıma Kuralı hukuk sistemindeki yetkililerin veya hukuk uygulayıcılarının (*legal officials*) içsel bakış açısıyla benimsenmelidir¹⁵³³. Bir başka deyişle, hukuk sistemindeki yetkililer Tanıma Kuralının ilişkin olduğu kuralların ancak Tanıma Kuralı tarafından belirlenen kriterlere uygun olmaları hâlinde geçerli olduğu ve kendilerinin de bu kuralları geçerli kabul edip uygulamakla yükümlü olduklarına inanmaları gerekir. Tanıma Kuralı geçerliliğini bir başka normdan almaz. Hart'a göre Tanıma Kuralının geçerliliği değil, varlığı tartışma konusu edilebilir¹⁵³⁴. Bu anlamda Tanıma Kuralı bir toplumsal kuraldır¹⁵³⁵. Aşağıda göreceğimiz gibi, Tanıma Kuralının geçerliliğinin söz konusu olmaması ve yalnızca hukuk sistemindeki yetkililerin içsel bakış açısıyla benimsenmiş olmasının varlığı için yeterli olması, Tanıma Kuralından yola çıkılarak hukukun normativitesinin açıklanmasının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

¹⁵³⁰ Bkz. Bix, "Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority", *op. cit.*, s. 245.

¹⁵³¹ Brian Bix, "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *Southern Methodist University Law Review*, C. 52, S. 1 (1999), ss. 172-173.

¹⁵³² Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 116.

¹⁵³³ Shapiro, "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)", *op. cit.*, s. 239; Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 116-117.

¹⁵³⁴ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 110.

¹⁵³⁵ Luka Burazin, "The Rule of Recognition and the Emergence of a Legal System", *Revus*, C. 27 (2015), s. 117.

Bu noktada *The Concept of Law*'daki “officials” ifadesinin kime hitap ettiği değerlendirilmelidir. İfadenin kimlere ilişkin olduğu belirsizdir. Hart bu ifadeyi kimi zaman hukuk sistemindeki yürütme ve yasama organı dâhil olmak üzere bütün resmî yetkilileri, kimi zamansa yalnızca mahkemeleri ifade edecek şekilde kullanmaktadır¹⁵³⁶. Shapiro'ya göre bu ifadesel tutarsızlık Tanım Kuralının mahkemelere, değişiklik kuralının ve yargılama kurallarınınnsa norm koyan uyuşmazlık çözen organlara hitap ettiği kabul edilerek giderilebilir. Ancak, Shapiro bu yaklaşımın beraberinde bazı sorunlar getireceğini kabul etmektedir¹⁵³⁷. Bu olası sorunlardan bazılarına dikkat çekelim.

Tanım Kuralının yalnızca mahkemelere hitap etmesinin sonucu ne olacaktır? Daha önce belirttiğimiz gibi, Tanım Kuralı bir hukuk sisteminde geçerli olan kuralların belirlenebilmesini sağlar. Tanım Kuralı, diğer ikincil kuralların aksine yükümlendirici bir niteliğe sahiptir. Bir başka deyişle, bu kural yalnızca geçerli hukuk kurallarının belirlenmesi konusunda bir organı yetkilendirmez. Aynı zamanda bu organları söz konusu kuralların belirlenmesi konusunda yükümlendirir. Bir hukuk sisteminde sadece geçerli olan kurallar uygulanabilir. Tanım Kuralının yalnızca mahkemelere hitap ettiği, yani söz konusu yükümlülüğün yalnızca mahkemelere ait olduğu kabul edilirse, yasama ve yürütme organlarının yalnızca geçerli olan hukuk kurallarını uygulama yükümlülüğü olmadığı sonucu ortaya çıkar¹⁵³⁸. Oysa bir hukuk sisteminde yasama ve yürütme organları da hukuk uygulayan faaliyetlerinde geçerli hukuku temel almalıdır. Kaldı ki bu organların da hukuk yaratırken hangi kriterlere uyacaklarını ve hangi şartlarda ihdas ettikleri kuralın geçerli olacağını bilebilmeleri icap eder. Tanım Kuralının yalnızca mahkemelere hitap ettiği kabul edildiğinde, yasama ve yürütme organlarının hangi

¹⁵³⁶ Shapiro, “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?), *op. cit.*, s. 239.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, s. 241. Biz Tanım Kuralının yalnızca yargı organına hitap etmesi ve bu kuralın hâkimlerin içsel bakış açısıyla benimseneceği düşüncesine ilişkin sorunlardan bir tanesini “yargı fetişizmi” olarak adlandırdık. Bkz. Gülgeç, “Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi”, *op. cit.*, ss. 891-897. Burada diğer kurallara ilişkin olası sorunlara da değinmek istiyoruz.

¹⁵³⁸ Bu noktada yasama organının hukuk uygulayıcısı olarak nitelendirilmesi soru işaretlerine yol açabilir. Klasik anayasa hukuku teorisinde kuralları yaratan ve değiştirenin yasama organı, bu kuralların uygulanmasını sağlayanların ise yürütme ve yargı organları olduğu kabul edilir. Ancak, pozitif hukuk sistemleri incelendiğinde yürütmenin (ve hatta yargı organının) hukuk yarattığı, kimi durumlardaysa yasama organının hukuk uygulayıcısı konumunda olduğu kolaylıkla görülebilir. Örneğin, Türk hukuk sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmenin yeni hukuk yaratma aracıyken, parlamento kararları yasama organı açısından hukuku uygulamanın aracıdır. Milletvekilliğinin düşmesi kararının, yaratma/uygulama ekseninde idarenin birel işlemlerinden farklı bir kategoriye yerleştirilmesi için bir sebep yoktur.

kriterlere uyarak hukuk yaratabileceklerini ancak yargı organının bu konudaki kararı neticesinde bilebiliyor olması gerekir. Oysa hukuk sistemlerindeki durum bu değildir¹⁵³⁹. Yasama ve yürütme organları yargı organı tarafından geçerlilik kriterlerinin duyurulmasına gerek olmaksızın, örneğin anayasal normları dikkate alarak, geçerli biçimde hukuk yaratabilmektedir. Dolayısıyla, Tanıma Kuralının yargı organı dışında yasama ve yürütme organlarına da hitap ettiğini kabul etmek gerekir.

Bu noktada şöyle düşünülebilir: Neticede yasama ve yürütme organları geçerlilik kriterlerinin belirlenmesinde hata yapabilirler. Hukuk sistemlerinde geçerlilik kriterleri hakkında son sözü söyleme yetkisi yargı organına aittir. Dolayısıyla, yasama ve yürütme organı mensuplarının içsel bakış açısıyla Tanıma Kuralını benimsemiş olması şart değildir. Bu organların tespitleri yargı organının denetimine tabi olacak ve neticede hukuken Tanıma Kuralına ilişkin hangi içeriğin geçerli olduğuna yargı organı karar verecektir.

Bu itiraz ciddi bir itirazdır. Gerçekten de söz konusu geçerlilik olduğunda hukuk sistemlerinin ekseriyeti otantik yorum yetkisini¹⁵⁴⁰ yargı organına vermektedir. Bu da demek oluyor ki, en azından yasama ve yürütme organı mensuplarının içsel bakış açısıyla benimsediği Tanıma Kuralı ile yargı mensuplarınca belirlenen Tanıma Kuralı arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktığında geçerli hukuk yargı organı mensuplarının benimsediği kurala göre belirlenecektir. Ancak, bu itirazda eksik bırakılan iki nokta vardır. Kısaca bu noktalara dikkat çekip, itiraza niçin katılmadığınızı belirtelim.

İtirazın varsayımı bir hukuk sistemindeki bütün işlemlerin yargı denetimine tabi olduğudur. Dikkat edilecek olursa, Tanıma Kuralına ilişkin yargı organının tespiti, ancak yasama ve yürütme organlarının tespitine dayanan işlem yargısal denetime tabi ise üstün olacaktır. Bir hukuki işlemin yargısal denetime tabi olup olmayacağı ise pozitif hukuk düzenlerinin içeriğine bağlıdır. Örneğin, Türk hukukunda olağanüstü hâl

¹⁵³⁹ David Howarth ve Shona Wilson Stark da özellikle anayasa hukuku alanında mahkemelerin oynadığı rolün kısıtlı olduğunu ve bu nedenle de ikincil kuralların içsel bakış açısıyla benimsenmesi konusunda yalnızca hâkimlerin inanç ve görüşlerinin dikkate alınmasının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. David Howarth ve Shona Wilson Stark, “H.L.A. Hart’s secondary rules: what do ‘officials’ really think?”, *International Journal of Law in Context*, C. 14, S. 1 (2017), ss. 65-66.

¹⁵⁴⁰ Otantik yorum yetkisini başka bir organ veya makamın yetkisiyle sınırlanmamış, hukuki bir konuda son sözü söyleme yetkisi olarak ifade edebiliriz. Bkz. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 115.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hangi kriterlere göre geçerli olacağı konusunda yargı organı otantik yorumcu değildir. Nitekim olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa'nın 148/1 hükmü ile yargı denetimi dışında bırakılmıştır¹⁵⁴¹. Anayasa Mahkemesi Tanıma Kuralının olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin geçerlilik kriterlerine ilişkin kısmını içsel bakış açısıyla benimseyemez¹⁵⁴². Diğer hukuk sistemlerinde de yargı denetiminin dışında tutulan normlara rastlamak mümkündür¹⁵⁴³. Dolayısıyla, hukuk sistemindeki her norm açısından Tanıma Kuralının yargı organı tarafından benimseneceğini ve Tanıma Kuralının yalnızca yargı organına hitap ettiğinin kabul edilmesinin yeterli olacağını söylemek mümkün değildir.

İkinci olarak, itiraz geçerliliği hiçbir şekilde bir yargı organı nezdinde bir dava kapsamında uygulanmayan normların var olabileceğini göz ardı etmektedir. Bir başka deyişle, yargı organı belli bir normun geçerlilik kriterlerini ancak o norm bir dava kapsamında uygulanacaksa belirleyebilir. Tanıma Kuralının yalnızca mahkemelere hitap ettiği kabul edilirse, hukuk sistemindeki normların geçerliliği ancak mahkemeler önündeki bir davaya uygulanacaklarsa belirlenebilecektir.

¹⁵⁴¹ Elbette söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama organı tarafından onaylandıktan sonra kanuna dönüşeceği ve böylelikle Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı, 2017 anayasa değişikliği öncesinde olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından olduğu gibi ileri sürülebilir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 329; Teziç, *Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 47). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim dönüştürme, yani bir normdan başka bir norm ihdas etme usulü açıkça öngörülmediği sürece, norm üzerindeki onay işleminin onaya tabi normu dönüştüreceği söylenemez (Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 907). Bizim bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 209-210. Ancak, bir an için bu görüşün doğru olduğunu kabul etsek dahi, kanuna dönüşen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin artık ortada olduğu söylenemeyeceği için, Anayasa Mahkemesinin geçerliliğini değerlendirdiği, otantik yorumcu olarak geçerlilik kriterlerini belirlediği norm olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil, kanun olacaktır. Dolayısıyla, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçerlilik kriterlerine ilişkin Anayasa Mahkemesinin otantik yorumcu olmadığı tespiti hâlâ geçerliliğini korumaktadır.

¹⁵⁴² Bununla birlikte, yasama organının durumunun farklı olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasanın 148/1 hükmü gereğinde, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yasama organının onayına sunulur. Yasama organı gerekli görmesi hâlinde kendisine sunulan normun anayasal kriterlere uygun olmadığı gerekçesiyle olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini geçersiz kılabilir.

¹⁵⁴³ Örneğin İngiliz hukuk sisteminde kanunlar yargısal denetime tabi değildir. Bkz. Bradley ve Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., s. 55; Andrew Beale, *Essential Constitutional Law*, 2. B., Londra: Cavendish Publishing Limited, 1997, s. 5.

c. Hukuk Kuralı ve Hukuk Sisteminin Geçerliliği

Tanıma kurallarının hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğine dair kriterler belirlediğini söyledik. Bu durumda Hart'ın hukuk teorisinde hukuk kuralının geçerliliğini belirlemek kolaydır: Hukuk sistemine ait bir tanıma kuralının belirlediği kriterlere uygun olan birincil ve ikincil kurallar geçerlidir. Bu noktada sistemsel geçerlilik anlayışıyla ilgili bazı gözlemlerde bulunmak mümkündür.

Yukarıda gördüğümüz gibi sistemsel geçerlilik anlayışının sorunlarından biri sonsuz gerilemedir. Bir başka deyişle, bir hukuk kuralının geçerliliğini hukuk sistemindeki bir kuralın belirlediği kriterlere bağlarken, söz konusu belirlemede bulunan kuralın da geçerli olması gerektiğini ifade etmiş oluyoruz. Kriterleri belirleyen norm açısından söz konusu olan da sistemsel geçerliliktir. Bu nedenle, kriterleri belirleyen normun da yine geçerli başka bir norm tarafından öngörülen kriterlere göre geçerli olması gerekecektir. Saf hukuk kuramı açısından gördüğümüz gibi bu geçerlilik zinciri temel norma kadar gider. Temel norm varsayılmadan hukuk sistemindeki hiçbir normun geçerliliğini belirlemek mümkün değildir. Hart'ın teorisi açısından da aynı sorun gündeme gelmekte ve bu sorun temel norm varsayımına benzer bir biçimde çözümlenmektedir: Geçerlilik sorgulamasının ulaştığı nihai bir kuralla.

İkinci olarak, hukuk kurallarının geçerliliğinden bahsederken Hart'ın da tıpkı Kelsen gibi, ilga edilmemiş olmak veya yürürlükten kaldırılmamış olmak şartına yer vermediğini görüyoruz. Bununla birlikte, “yürürlükten kaldırılmamış olma” şartının hukuk sistemindeki tanıma kuralları tarafından öngörüleceğini düşünebiliriz. Keza, ilga edilen bir kuralın geçerli olmayacağı aşıkâr kabul edildiği için de bu şarta ayrıca yer verilmemiş olması mümkündür. Elbette, Hart'ın yürürlükten kaldırılmanın geçerliliğin yitirilmesine yol açmadığını düşündüğü söylenemez.

Son olarak etkililiğin geçerlilik için bir şart olup olmadığı sorgulanabilir. Hatırlanacağı üzere, saf hukuk kuramında minimum etkililiğe sahip olmayan normlar geçerliliğini yitiriyordu. Kelsen bu durumu açıklamak için *desuetude* kavramına başvurmaktaydı. Biz bir normun etkililiği ve geçerliliği arasında kurulan bağı, bu bağ “minimum” düzeyde bir bağ olsa da, eleştirmiştik. Bu eleştiriye göre, söz konusu bağ hukuk sisteminin pozitif bir normu veya temel normun kendisi tarafından

öngörülmediği sürece, etkililik ve geçerlilik arasında kurulan bağ doğalcılık yanılgısına yol açacaktır. Daha önce belirttiğimiz gibi Hart da tekil kuralların geçerliliği ile bu kuralların etkililiği arasında bağlantı kurulmasına karşı çıkar. Onun teorisinde etkililik tekil kurallar açısından değil, hukuk sisteminin geçerliliği açısından önem arz eder.

Hart da Kelsen gibi tekil kuralların geçerliliği ile hukuk sisteminin bütününe geçerliliği için farklı kriterler belirler. Hukuk sisteminin geçerli olabilmesi için iki kriter gerekir. İlk olarak sistemdeki hukuk uygulayıcılarının Tanıma Kuralını ve diğer ikincil kuralları içsel bakış açısıyla benimsemiş olması gerekir¹⁵⁴⁴. İkinci olarak, sistemin resmî yetkilileri dışındaki vatandaşların, hukuk sistemindeki normlara genel olarak uyması gerekir¹⁵⁴⁵. Bir başka deyişle, hukuk sisteminin geçerliliği için genel anlamıyla etkili olması gerekir.

d. Hart'ın Sistemsel Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi

Bu noktadan sonra Hart'ın geçerlilik anlayışının eleştirisine geçmek istiyoruz. Kelsen hukuk normunun geçerliliğinin onun varlığı ve bağlayıcılığı anlamına geldiğini belirtmişti. Geçerli olmayan norm yoktur. Eğer bir şey varsa ve normsa, bağlayıcıdır. Aksi hâlde onu norm olarak nitelendirmenin bir anlamı yoktur. Kelsen'in kurduğu bu denklemin sıhhati bağlayıcılıktan kastedilene bağlıdır. Bu bölümde ancak şu kadarını söyleyebiliriz: Ortada bir norm olduğundan bahsedebilmek için en azından muhatabının söz konusu norma uymak için bir eylem sebebine sahip olması gerekir.

Hart'ın sistemsel geçerlilik teorisine ilişkin bizi ilgilendiren en önemli eleştiri Hart'ın teorisinde kuralların geçerliliğinden bağlayıcılığına ulaşamadığını, yani Hart'ın geçerlilik anlayışının hukuki normativiteyi açıklayamadığını ileri sürer. Wróblewski'den değiştirerek ödünç aldığımız sistemsel geçerlilik tanımında geçerliliğin sonucu olarak bağlayıcılığa hiçbir atıfta bulunulmaz. Dolayısıyla, hukukun normativitesini açıklayamama eleştirisi sistemsel geçerlilik anlayışının kendisine de yöneltilebilecek bir eleştiridir. Saf hukuk kuramındaki geçerlilik anlayışını incelerken

¹⁵⁴⁴ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

gördüğümüz gibi, Hans Kelsen bağlayıcılığı sistemsal geçerliliğin sonucu olarak görmektedir. *The Concept of Law*'daki durumu aşağıda inceleyeceğiz.

Hart'ın teorisi ve hukuki normativitenin açıklanması konusunda bir ön sorunla karşılaşırız: Hart'ın teorisi hukukun normativitesini açıkladığı iddiasında mıdır? Pek çok yazar bu sorunun yanıtının olumlu olduğunu düşünmektedir¹⁵⁴⁶. Diğer yandan, Hart'ın hiçbir zaman hukuki normativiteyi açıklamaya yeltenmediği görüşüne de rastlanabilir¹⁵⁴⁷. Dolayısıyla, öncelikle Hart'ın hukukun normativitesini, yani muhataplarına eylem sebebi sağlama potansiyelini açıklamaya çalışıp çalışmadığını veya bu belirlemenin bizim açımızdan önem teşkil edip etmediğini tespit etmemiz gerekir. Bu soruya verilecek yanıtı göre Hart'ın teorisine getirilebilecek eleştirinin niteliği ve ağırlığı değişecektir.

Austin ve Bentham'ın pozitivizmi hukukun geçerliliğini ve bağlayıcılığını yaptırım temelinde açıklamaya çalışır. Austin bir toplumda itaat etmenin alışkanlık hâline geldiği kişi veya kişileri egemen olarak adlandırır¹⁵⁴⁸. Egemenin yaptırım tehdidi içeren emirleri hukuku oluşturur. Bu anlamda, egemen tarafından dile getirilmekle birlikte, -bu söz edimi gramatik anlamda emir kipinde olsa dahi- yaptırım tehdidi içermeyen söz edimleri hukuk niteliği kazanamaz. Bu tür söz edimlerine *lex imperfecta* ismi verilir¹⁵⁴⁹. Austin'in akıl hocası olarak görülebilecek olan Jeremy Bentham'ın hukuka ilişkin düşünceleri de benzer yöndedir. İlk olarak, Austin egemen tanımını Bentham'a borçludur¹⁵⁵⁰. Bentham'a göre siyasal toplum ancak o toplumdakilerin itaat etmesi gereken ("*supposed to be in the habit of paying obedience*") kişi veya kişilerin

¹⁵⁴⁶ Bazı yazarlar Hart'ın hukuk kurallarının eylem sebebi sağladığını düşündüğüne dikkat çekmekte, bazılarıysa Hart'ın teorisinin hukuk kurallarına niçin uyulması gerektiğini açıklayamadığı yönünde eleştiride bulunmaktadır. Örn. bkz. Coleman, "Authority and Reason", *op. cit.*, ss. 309-310; Jules L. Coleman ve Brian Leiter, "Legal Positivism", in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2. B., ed. Dennis Patterson, Chichester: Wiley-Blackwell, 2010, ss. 246-247; Veronica Rodriguez-Blanco, "Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 20, S. 2 (Temmuz 2007), s. 461; Thomas R. Kearns, "Legal Normativity and Morality", *Western Ontario Law Review*, C. 14, S. 1 (1975), ss. 76-77; Philip Soper, "Two Puzzles from the Postscript", *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), s. 375; Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2. B., Stanford: Stanford University Press, 2008, ss. 78-81.

¹⁵⁴⁷ Örn. bkz. Bix, "Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority", *op. cit.*, ss. 251-252.

¹⁵⁴⁸ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, s. 166.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, s. 32.

¹⁵⁵⁰ Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, *op. cit.*, s. 6.

varlığıyla mümkün olur¹⁵⁵¹. Bu noktada Bentham'ın itaat ve otorite anlayışının normatif olduğu düşünülebilir. Nitekim olgusal olarak itaat etme durumundan değil, itaat etme gerekliliğinden bahsetmektedir. Ancak, bu yorum, Türkçe'de bu ifadeyi anlam kargaşasına mahal vermeden karşılayabilecek bir ifadenin bulunmadığını düşündüğümüz için, metnin orijinalinde geçen “*supposed to be*” ifadesinin bizim tarafımızdan “gereken” olarak çevrilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, “*supposed to be*” ifadesi objektif bir gerekliliğe değil, olsa olsa sübjektif bir gerekliliğe, belli bir yönde toplumun genelinde bulunan kanıya atıfta bulunur. Bu nedenle kanımızca Austin ve Bentham'ın itaat kavramlarında normatiflik-olgusalılık ekseninde bir fark olduğu söylenemez.

Hart'ın kendisinden önce gelen pozitivist akıma en büyük itirazı hukuki yükümlülüğün yalnızca yaptırım tehdidinin varlığıyla açıklanmasıdır. Hart'a göre “*Austin'in emir tanımı, yani itaate zorlamak için yalnızca zarar tehdidinin kullanıldığı basit durum, doğal olarak 'emirlerden' bahsettiğimiz durum değildir*”¹⁵⁵². Emirler genel olarak bir kimsenin zarar görme korkusuna değil, otoriteye saygısına dayanır¹⁵⁵³. Özetle belirtmek gerekirse, bir kimsenin hukuk kuralına uymasının ardında yaptırım korkusu dışında, geleneklere ayak uydurma, toplumun bireylerin için neyin en iyi olduğunu bildiğini düşünme¹⁵⁵⁴, otoriteye saygı duyma ve hatta hukuk kuralının içeriğinin ahlaken doğru olduğuna inanma gibi pek çok sebep bulunabilecekken, hukukun bağlayıcılığının yalnızca yaptırım korkusuyla açıklanması doğru değildir.

Bu noktaya kadar Hart kişilerin hukuka uymak için bir sebebi olup olmadığıyla ilgili bir tespitte bulunmamaktadır. Austin'in emir temelli hukuk teorisine (*command theory of law*) getirdiği eleştirinin temelinde bu teorinin kişilerin hukuka uymak için sahip olabileceği farklı motivasyonları dikkate almaması yatar. Bir başka deyişle, metodolojisi tasvirî sosyoloji olan *The Concept of Law* açısından insanların hukuku niçin bağlayıcı olarak kabul ettiği önem arz eder. Ancak, insanların hukuku bağlayıcı olarak görmelerinin haklı olup olmadığı şu aşamada değerlendirmeye dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla, salt Austin eleştirisinden yola çıkarak Hart'ın hukukun

¹⁵⁵¹ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, ed. F. C. Montague, Oxford: Clarendon Press, 1891, s. 137.

¹⁵⁵² Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 19-20.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, s. 20.

¹⁵⁵⁴ Bkz. *ibid.*, s. 257.

normativitesini açıklama, hukukun yükümlülük yaratma kapasitesini gösterme iddiası taşıyan bir teori geliştirdiğini söylemek mümkün değildir.

Michael Moore'a göre Hart'ın teorisinde belli bir kurala uyulması yönündeki talebin ve toplumsal baskının güçlü olması durumunda yükümlülükten bahsedilebilir¹⁵⁵⁵. Oysa *The Concept of Law*'un Moore tarafından atıfta bulunulan kısmına bakıldığında Hart'ın hukuk kurallarının ne zaman yükümlülük arz ettiğinden değil, ne zaman yükümlülük arz ettiğinin “düşünüldüğünden” (*conceived*) bahsettiğini görürüz:

“Uyma yönündeki genel talebin ısrarcı olduğu ve ihlal edenlerin ya da ihlal etmekle tehdit edenlerin katlanmaya zorlandığı toplumsal baskının büyük olduğu durumlarda kuralların yükümlülük yüklediği... düşünülür”¹⁵⁵⁶

Neil MacCormick, Hart'ın teorisinin, saf hukuk kuramı gibi, hukukun doğası gereği normatif olduğu düşüncesine dayandığını belirtir. Bu anlamıyla hukuk olana değil olması gerekene ilişkindir¹⁵⁵⁷. Şu ana kadar dikkat çektiğimiz pasajlar Hart'ın hukukun objektif anlamıyla olması gerekene değil, muhataplarının olması gerekene ilişkin düşünceleriyle ilgili olduğunu göstermektedir. “Muhatapların olması gerekene ilişkin düşünceleri” ise olması gerekene değil, olana ilişkindir. Hart'a göre hukuki yükümlülüğün objektif sebeplere dayanan bilişsel yorumu doğru değildir. Ona göre hukuki yükümlülükten kasıt, yükümlülüğün gerektirdiği eylemin yükümlülüğün muhatabından talep edilmesinin uygun (*proper*) olmasıdır¹⁵⁵⁸. Ancak bu noktada da yükümlülüğün yerine getirilmesinin uygunluğuna ilişkin objektif sebep ve standartların bulunup bulunamayacağı söz konusu olmaktadır. Hart'ın belirttiği gibi, söz konusu talebin uygunluğu yalnızca resmî yetkililerin (*legal officials*) ikincil kuralları içsel bakış açısıyla kabul etmiş olmasına bağlandığı sürece, olgu niteliği taşıyan bir kabulden yola çıkılarak normatif bir kavram olan “uygunluğa” ulaşılması eleştiri konusu olabilecektir.

Hart emir temelli hukuk teorisinin başlangıç noktasını doğru bulur: Hukukun olduğu yerde belli bir beşerî eyleme ilişkin bir yükümlülük ve zorunluluk (*non-*

¹⁵⁵⁵ Michael S. Moore, “Hart’s Concluding Scientific Postscript”, *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), s. 306.

¹⁵⁵⁶ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 86.

¹⁵⁵⁷ MacCormick, *H.L.A. Hart*, *op. cit.*, s. 39.

¹⁵⁵⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 2001, ss. 159-160.

optional) vardır¹⁵⁵⁹. Hukuki yükümlülüğe ilişkin analizinde Hart'ın emir temelli hukuk teorisi eleştirisi yalnızca bu teorinin tasvir kudretiyle sınırlı kalmaz. Emir temelli hukuk teorisinin hukuki yükümlülüğü de açıklayamadığını iddia eder. Nitekim Hart'a göre, eli silahlı haydutun emri, emrin muhatabını yükümlü (*obligate*) değil zorunlu kılar (*oblige*)¹⁵⁶⁰. Bununla birlikte, kuralların ihlallere karşı toplumsal baskıyla desteklenmiş olması, bu kuralların yükümlülük arz edip etmediğinin belirlenmesinde başat unsurlardan biridir¹⁵⁶¹. Dolayısıyla, yaptırım tehdidi veya kuralların ardındaki toplumsal baskı yükümlülüğün bahsetmek için tek başına yeterli değilken (eli silahlı haydut örneği), bu tehdit veya baskının olmadığı durumlarda yükümlülüğün bahsedilemeyecektir¹⁵⁶². Bir başka deyişle, yaptırım tehdidi ve toplumsal baskı hukuki yükümlülüğün yeterli şartı olmamakla birlikte *sine qua non* şartını oluşturur.

Bu görüşlerden Hart'ın sanki bir muhatabın ne zaman yükümlü olduğunu düşündüğümüzden değil de yükümlülüğün objektif olarak hangi şartlarda vuku bulduğundan bahsettiği çıkarılabilir. Ancak, aksi yönde bir yorumun da her zaman mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim eli silahlı haydutla, muhatabını yükümlü kılmaya muvaffak olabilen toplum arasındaki fark haydutun emrinin yükümlülük yarattığından bahsedilemeyeceği, analitik olarak yükümlülüğün ancak zor kullanılmasına ek şartların varlığı hâlinde söz konusu olabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Kanımızca Hart bir kimsenin yükümlü olduğunun ne zaman düşünüldüğünden yola çıkmakta, *eğer* hukuk gerçek anlamda yükümlü kılabiliyorsa, bu yükümlülüğün tespit ettiği alanda gerçekleşebileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte, Hart hukukun zorunlu olarak yükümlülük yarattığını (yetki veren/yükümlendiren kural ayırımından bağımsız olarak) iddia etmemektedir¹⁵⁶³. Bu anlamda Hart etikten uzak durmakta¹⁵⁶⁴ ve hangi şartlar altında hukukun dayattığı yükümlülüğün haklı (*justified*) olduğunu tartışmayı reddetmektedir¹⁵⁶⁵. Bunun yanında, Hart hukuki geçerliliğin

¹⁵⁵⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 82.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, s. 87.

¹⁵⁶² Bkz. Rodriguez-Blanco, "Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View", *op. cit.*, s. 460.

¹⁵⁶³ Moore, "Hart's Concluding Scientific Postscript", *op. cit.*, s. 307.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, s. 306.

¹⁵⁶⁵ Stephen R. Perry, "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory*, C. 4, S. 4 (1998), s. 454.

doğrudan bağlayıcılığa (hukuka itaat (*obedience*)) yol açamayacağını¹⁵⁶⁶ ve daha önce gördüğümüz gibi bir hukuk normunun uyulamayacak düzeyde ahlaka aykırı olabileceğini düşünmektedir¹⁵⁶⁷.

Daha önce benimsenecek geçerlilik anlayışının geçerli olan normun bir anlamda bağlayıcı olması sonucunu doğurması gerektiğini belirtmiştik. Nitekim normatif anlamda hiçbir önemi olmayan, muhatapın uymak için zayıf da olsa bir eylem sebebine sahip olmadığı bir şeyin “norm” olarak adlandırılmasının bir anlamı yoktur. Geçerlilik ile ne tür bir bağlayıcılık arasında bağ kurulması gerektiği bir sonraki bölümün konusudur. Burada Hart’ın sistemsel geçerlilik anlayışına yönelik geçerlilik ve bağlayıcılık arasında hiçbir bağ kurmadığı eleştirisine yer vereceğiz. Bu eleştirinin genel olarak yukarıda Wróblewski’den yararlanarak yaptığımız sistemsel geçerlilik tanımı açısından dile getirilmesi de mümkündür. Öte yandan, bu eleştiriye saf hukuk kuramı açısından yer vermedik. Nitekim saf hukuk kuramı bu bağ kurmaya teşebbüs etmekte, ancak temel norm kavramı etrafında düğümlenen sorunlar nedeniyle bunda tam anlamıyla muvaffak olamamaktadır.

Hemen belirtelim ki geçerlilik kavramıyla arasında ilişki kurulması gereken bağlayıcılık kavramı objektif anlamda bağlayıcılıktır. Bir başka deyişle, muhatapların neyin bağlayıcı olduğuna dair düşünceleri bu açıdan yeterli değildir. Nitekim bir şeyin bağlayıcı olup olmadığı konusundaki yargılarımızda hatalı olabiliriz. Yanlışlıkla gelecek haftanın hava durumuna bakan bir kimsenin bugün yağmur yağacağını düşünmesi ve bu nedenle şemsiye almak için sebebi olduğunu sanması, ortada gerçekten bir sebep olduğunu göstermez¹⁵⁶⁸.

Hart’ın teorisinde hukuki geçerlilik nihai olarak Tanıma Kuralı ile belirlendiğinden ve hukuk sistemindeki muhatapların Tanıma Kuralı doğrultusunda geçerli olduğu belirlenen kuralların içeriğine uyma yükümlülüğü bulunduğundan,

¹⁵⁶⁶ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 210. Ayrıca bkz. Barry Hoffmaster, “Professor Hart on Legal Obligation”, *Georgia Law Review*, C. 11, S. 5 (Eylül 1977), s. 1315.

¹⁵⁶⁷ Bkz. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 620.

¹⁵⁶⁸ Burada yağmur olgusundan doğrudan normatif bir sonuç çıkardığımız düşünülebilir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi bu tür ifadeler esasında “yağmurdan korunma”nın gerekliliğine dair bazı normların olduğunu varsayarlar. Örneğin yağmur altında ıslanmak sağlığa zararlı olabileceği ve sağlığın korunması yönünde bir gereklilik olduğu için, yağmurlu havalarda şemsiye taşımak için sebebimiz olur. Dolayısıyla, bu örnekle olgudan norm türettiğimiz düşünülmemelidir. Bkz. Finnis, “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, ss. 44-45.

değerlendirilmesi gereken husus sistemdeki yetkililer tarafından içsel bakış açısıyla benimsenen Tanıma Kuralının bu tür bir bağlayıcılığa temel oluşturup oluşturmayacağıdır. Tanıma Kuralı bir nevi sistemdeki yetkililer arasındaki bir sözleşmedir¹⁵⁶⁹. Yetkililer Tanıma Kuralının geçerli olduğuna inanmakta ve yükümlendirici nitelikteki bu Kural'ın içeriğiyle bağlı hissetmektedirler. Bu bağlı olma düşüncesine yukarıda vurguladığımız gibi yaptırım korkusundan kaynaklanan zorlanmadan (*being obliged*) öteye geçen, başkaca normatif değerlendirmelerin dâhil olduğu (geleneklere uymanın gerekliliği veya Kural'ın ahlaken doğru içeriği vb.) unutulmamalıdır. Tanıma Kuralını içsel bakış açısıyla benimseyen bir yetkili, söz konusu kuralın yalnızca kendi eylemi için değil, başkalarının eylemi için de geçerli bir standart olduğunu kabul eder. Bu anlamda, kendi eyleminin yanı sıra başkalarının eylemi de bu standarda dayanılarak eleştirilebilir¹⁵⁷⁰. Dolayısıyla, Hart'ın yükümlülükten bahsedebilmek için *sine qua non* olarak gördüğü toplumsal baskı şartının da yükümlendirici bir kural olan Tanıma Kuralı açısından sağlandığı söylenebilir.

Tanıma Kuralının kendisini benimseyen yetkililer açısından objektif anlamda yükümlülük teşkil edebilmesi için şunun gösterilmesi gerekir: Bir topluluğun belli üyelerinin bağlayıcı olduğunu düşündüğü kurallar bağlayıcıdır. Hart'ın teorisinde Tanıma Kuralının objektif anlamda yükümlülük doğurabilmesi için *pacta sunt servanda* ilkesinin geçerli olması gerekir. Ancak, Tanıma Kuralının geçerliliğinin bir başka ilkeye dayandırılması açıkça Hart'ın düşüncesiyle çelişir. Çünkü Hart'a göre Tanıma Kuralı toplumsal bir olgu olarak vardır. Onun geçerliliği veya geçersizliği değil, varlığı veya yokluğu söz konusu olur¹⁵⁷¹.

Sonuçta Hart'ın amaçlamadığı bir şeyi yapmaya çalıştığımızı ve hukuk kurallarının objektif anlamda yükümlülük doğurup doğuramayacağını araştırdığımızı düşünerek *The Concept of Law*'un açık lafzını görmezden gelsek dahi önemli bir sorunla karşılaşırız. Bütün normatif geçerlilik ilişkilerinde olduğu gibi, Tanıma Kuralının yükümlülük yaratma gücünü *pacta sunt servanda* ilkesine dayandırmak yeterli olmayacak, bu ilkenin geçerliliği ve bu geçerliliğin dayandırıldığı normların da

¹⁵⁶⁹ Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 101.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, s. 120.

¹⁵⁷¹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 109-110.

geçerliliğini yine başka normlara dayanarak açıklamak gerekecektir. Bu durumda ise sonsuz gerileme sorunu yeniden karşımıza çıkacaktır. Saf hukuk kuramının incelediğimiz kısımda açıkladığımız gibi *pacta sunt servanda* ilkesinin temel normun içeriği olarak belirlenmesi veya bu ilkenin geçerliliğinin temel norma dayandırılması da normativite sorununu çözmeye yetmemektedir.

Bu sorunlar karşısında iki olasılık bulunmaktadır. İlkinde göre Hart'ın teorisi hukuk kuralların yükümlendirici niteliğinden bahsederken hukukun “normatif-benzeri” (*quasi-normative*) olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda geçerlilik ile objektif bağlayıcılık arasında bağ kurulmamış olması ancak Hart'ın teorisinin dışından bir eleştiri olarak yöneltilebilir. İkinci olasılığa göre, Hart yükümlülüğü objektif yükümlülük olarak görmekte, ancak bu yükümlülüğün normatif kaynağını açıklamakta başarısız olmaktadır. Nitekim Hart'ın bir olgu olarak bahsettiği, geçerliliği söz konusu edilemeyen Tanıma Kuralının objektif yükümlülük yaratabileceğini iddia etmek, açıkça doğalcılık yanılgısına düşmek anlamına gelecektir.

Joseph Raz Hart'ın hukukun gerçek anlamıyla normatif niteliğe sahip olduğunu düşündüğü kanısındadır. Bununla birlikte, Raz Hart'ın uygulama temelli kural teorisinin¹⁵⁷² (*practice theory of norms*) önemli bazı kusurlara sahip olduğunu düşünür. Buna göre, uygulamaya dayalı kural teorisi 1) uygulama niteliği taşımayan kuralların varlığını açıklamamakta, 2) toplumsal kurallar ile genel kabul görmüş sebepler arasında ayırım yapamamakta ve 3) kuralları normatif niteliklerinden soyutlamaktadır¹⁵⁷³. Bizi bu kısımda ilgilendiren eleştiri kuralların normatif niteliklerine ilişkin eleştiridir.

Raz kuralların eylem sebebi olduğunu vurgular. Hart'ın teorisinde ise kuralların eylem sebebi olması gerekmemektedir. Bir kimsenin herkesin davrandığı gibi davranmak veya yaygın uygulamaya uymak için sebebi olduğu durumlarda Hart'ın kurallarının da eylem sebebi teşkil etmesi mümkündür. Ancak genel olarak kuralların

¹⁵⁷² Hart'ın uygulamaya dayalı kural teorisi genel olarak kuralların belli uygulamalar neticesinde ortaya çıktığını ifade eder (Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 52). Raz'a göre Hart'ta bir kuralın varlığının bahsedebilmek için şu şartların varlığından söz etmek gerekir: 1) Bir topluluğun üyesi olan kişilerden büyük bölümünün kurala uyması, 2) kural ihlallerinin neticesinde ihlalde bulunan kişinin topluluğun diğer üyeleri tarafından eleştirilmesi, 3) bu eleştirilerin kendisinin topluluk üyeleri tarafından eleştiriye tabi olmaması ve 4) Topluluğun üyelerinin kendi eylemlerini veya ihlallere yönelttikleri eleştirileri gerekçelendirmek için kurala atıfta bulunması (*ibid.*, ss. 52-53).

¹⁵⁷³ *Ibid.*, s. 53.

niçin eylem sebebi olduğu açıklanmamaktadır¹⁵⁷⁴. Raz’a göre uygulamaya dayalı kural teorisinin belki de yalnızca uzlaşımsal kuralları (*conventional rules*) açıklayabileceği düşünülebilirse bile, en nihayetinde teori bunları açıklamakta dahi başarısız olmaktadır¹⁵⁷⁵.

Raz’a göre, Hart’ın kurallara ilişkin düşüncesi şu şekilde ifade edilebilir: “Belli bir eylemin yapılmasının gerektiği” ve “belli bir eylemin yapılması gerektiğine dair bir kural olduğu”na dair cümleler genellikle aynı şeyi ifade ederler. Tek fark, “belli bir eylemin yapılması gerektiğine dair bir kural var” cümlesinin kurulabilmesi için ortada söz konusu kurala uygun bir uygulamanın bulunmasının gerekmesidir¹⁵⁷⁶. Raz’a göre, kurallara ilişkin bu cümleler normatif ifadelerdir, sebebe ilişkin ifadeler değil. Bununla birlikte, “belli bir eylemin yapılması gerektiğine dair bir kural olduğu” ifadesi ile “belli bir eylemin yapılması gerektiği” ifadeleri, ilkinin belli bir uygulamaya atıf yapması dışında aynı şeyi ifade etmektedir¹⁵⁷⁷. Söz konusu uygulamanın pratik akılla bir ilgisi olmadığı için Hart kuralların normatif önemini, muhataplarının sahip olduğu eylem sebepleri üzerindeki etkisini görmezden gelmektedir¹⁵⁷⁸.

John Finnis, Hart’ın Tanıma Kuralının mahkeme ve diğer yetkililer tarafından kullanılıp kullanılmadığını geçerlilik zincirine ilişkin sorgulamada bir son durak olarak değerlendirdiğini vurgular¹⁵⁷⁹. Bununla birlikte, Finnis’e göre Hart’ın yaptığı yalnızca daha üstün bir pozitif kural arayışını sonlandırmak değildir. Aynı zamanda, Tanıma Kuralını var eden uygulamayı devam ettirmek, sonlandırmak ve değiştirmek için mahkeme ve yetkililerin sahip olabileceği diğer hukuken ilgili sebeplere ilişkin sorgulamayı da sona erdirir¹⁵⁸⁰. Bir başka deyişle, mahkeme ve diğer yetkililerin eylemleri de, herkes gibi ahlaki veya sağduyu kaynaklı sebeplerin ışığında değerlendirileceğine göre, Hart belli bir uygulamanın devam ettirilmesi, değiştirilmesi veya terk edilmesi için bu kimselerin sahip olduğu sebeplere ilişkin bir değerlendirmede bulunmaz. Böyle bir değerlendirme nihai geçerliliğinin hukuk dışı kriterlere göre

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, ss. 56-57.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, s. 57.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, s. 58.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ Finnis, “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, s. 41. Hart’ın ifadeleri için bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 107-108.

¹⁵⁸⁰ Finnis, “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, s. 41.

değerlendirileceği anlamına gelir. Finnis'e göre Tanıma Kuralının Hart tarafından geçerliliği sorgulanamayan, ancak olgusal varlığı tartışılabilen bir “nihai nokta” olarak değerlendirilmesi için makul bir sebep bulunmamaktadır.

Finnis olguların tek başlarına eylem sebebi niteliği taşımadığını, bunların belli eylemleri haklılaştıran ve gerektiren etkisinin mutlaka normatif bir kaynaktan türemesi gerektiğini vurgular¹⁵⁸¹. Hart *Essays on Bentham*'da yargıçların bir muhatabın hukuki yükümlülüğüne ilişkin kararlarının doğrudan muhatabın sahip olduğu eylem sebepleriyle bir ilgisi olmadığını belirtir¹⁵⁸². John Finnis, Hart'ın bu ifadenin çelişkili olacağını öngördüğünü belirttikten sonra olası bir itirazı şu şekilde formüle eder: Hart *The Concept of Law*'da bir kuralın içsel bakış açısıyla benimsenmesinin söz konusu kuralın benimseyen kişi ve *diğerleri* açısından ortak bir standart olarak kabul edilmesi olduğunu belirtir¹⁵⁸³. Bir kuralın başkalarının eylemi açısından standart oluşturduğunu kabul etmek, söz konusu kuralın muhatapların sahip olduğu eylem sebepleriyle ilgili olduğunu düşünmek anlamına gelir. Bu anlamda, mahkemelerin kararları muhatapların hangi eylem sebeplerine sahip olduğuna ilişkin değil, hangi eylemin hukuken onlardan talep edilebileceğine ilişkindir¹⁵⁸⁴. Finnis yargıçların tespitinin teknik açıdan sınırlı, dâhil oldukları, bağlandıkları ve ayakta tutmak istedikleri kurumun içinden bir tespit olduğunu vurgulamaktadır¹⁵⁸⁵. Ancak, en nihayetinde, bağlanma, atanma ve yargıç olarak görev yapma gibi hususların hepsi olgu olduğu ve olgular tek başlarına eylem sebeplerine vücut veremeyeceği için Hart'ın teorisi yalnızca vatandaşların eylem sebeplerinden değil, aynı zamanda yargıçların ve diğer yetkililerin eylem sebeplerinden de kopmaktadır¹⁵⁸⁶. Kısacası Hart'ın sunduğu teorinin ne vatandaşların ne de hukuk uygulayıcılarının objektif olarak sahip olduğu eylem sebepleriyle, yani normativiteyle ilgisi vardır.

Raz ve Finnis'in ortak ve temel argümanını özetleyecek olursak: Kurallar ve toplumsal olarak uygulanmaları kuralların normatif rolünü, yani muhataplarının eylem

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, ss. 44-45.

¹⁵⁸² Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, s. 267.

¹⁵⁸³ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 57.

¹⁵⁸⁴ Finnis, “On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, s. 45. Ayrıca bkz. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, s. 266.

¹⁵⁸⁵ Finnis, “On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact”, *op. cit.*, s. 45.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, ss. 45-46.

sebepleri temelindeki pratik değerlendirmelerini etkileme gücünü açıklayamamaktadır. Uygulama temelli kural teorisi muhataplara kurallara uymak için yeterince güçlü bir sebep sağlayamamaktadır¹⁵⁸⁷.

Hart, hukuk sistemindeki yetkililerin içsel bakış açısıyla benimsedikleri kuralların ahlaki açıdan doğru olduğunu düşünmesini şart koşmaz. Ahlak dışı, sağduyu kaynaklı sebeplerle de belli kuralların içsel bakış açısıyla benimsenmesi mümkündür¹⁵⁸⁸. Philip Soper bu düşünceyle ilgili iki temel sorun tespit eder: 1) Netice itibariyle ortaya konan teori, Austin'in egemeninin bulunduğu konumun altında yattığı söylenebilecek olan "gönüllü kabul" açıklamasından pek de farklılaşmamaktadır ve 2) bu açıklama hukukun vatandaşlardan taleplerinin meşru olduğunu iddia ettiği gerçeğini dikkate almamaktadır¹⁵⁸⁹. Soper bu tür normativite anlayışına "zayıf normativite" ismini verir ve Hart'ın normativite anlayışının bu başlık altında değerlendirilebileceğini düşünür¹⁵⁹⁰.

Soper'in sorguladığı zayıf normativite anlayışına sahip olan tasvirî sosyoloji ile Austin'in emir temelli hukuk teorisi arasında ne farkın bulunduğudır. Austin mevcut âdetlerin (*conventions*) herhangi bir nedenle egemen tarafından yaptırıma bağlanması durumunda hukuktan bahsedilebileceğini düşünmekteydi¹⁵⁹¹. Hart'ın teorisinde de herhangi bir grup, ahlaki içeriğinden bağımsız olarak, uygulama yoluyla bir kuralı benimsediğinde hukuktan bahsedilebilmektedir. Soper'a göre tek fark egemen kavramının yalnızca kabul edildiği için var olan bir kuralla değiştirilmiş olmasıdır¹⁵⁹². Soper'a göre, egemenin kuralla değiştirilmesi hukuki mekanizmaların işleyişini açıklamada daha başarılı olsa da, bu anlayışta da hukukun genel olarak cebri mekanizmalar aracılığıyla işlediği, yükümlülüğün belli bir eyleme zorlanmakla eşitlendiği (*being obliged*) söylenebilir¹⁵⁹³. Bununla birlikte, Soper bu paralelliğin

¹⁵⁸⁷ Bkz. Mary Rogan, "Natural Law and Legal Positivism: Rivals or Reconcilable?", *Trinity College Law Review*, C. 8 (2005), s. 193.

¹⁵⁸⁸ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 203.

¹⁵⁸⁹ Soper, "Two Puzzles from the Postscript", *op. cit.*, s. 360.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, s. 374.

¹⁵⁹¹ Burada mevcut âdetler Austin'in teorisi açısından belirleyici olan toplumda belli bir kişi veya organa itaat etme alışkanlığını ifade etmektedir. Ancak, ortada hukuk olduğundan bahsedebilmemiz için bu alışkanlığın mevcudiyeti yeterli değildir. Hukuk egemenin yaptırım tehdidiyle verdiği emirlerden müteşekkildir.

¹⁵⁹² Soper, "Two Puzzles from the Postscript", *op. cit.*, s. 376.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

mutlak olmadığının farkındadır. Nitekim emir temelli hukuk teorisinde belli bir eyleme ilişkin yükümlülüğün temeli ihlal durumunda uygulanabilecek olan yaptırımken, Hart'ın içsel bakış açısı temelinde geliştirdiği normativite anlayışında kuralların kabulünden kaynaklanan “çünkü biz buralarda böyle yaparız” şeklindeki argümandır¹⁵⁹⁴. Bu cevap ahlaken bir muhatapın hukuka uymasının gerekçelendirilmesi olmasa da, yaptırım tehdidinden öteye gitmektedir¹⁵⁹⁵. Soper, Hart'ın konuyla ilgili nihai fikrinin bu doğrultuda açıklanan zayıf normativite olduğunu belirtir¹⁵⁹⁶.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, emir temelli hukuk teorisinin aksine Hart'ın teorisinde hukuk sistemindeki yetkililerin belli bir kuralı ahlaki değerinden dolayı benimsemesi mümkündür. Hart'ın önemle üzerinde durduğu husus kuralın ahlaki değerinin veya doğruluğunun benimsenme için bir ön şart olmamasıdır. Austin'in teorisinde ise bir söz edimi ahlaken doğru olsa ve egemen tarafından dile getirilmiş olsa dahi, ihlallere karşı bir yaptırım öngörülmediği sürece hukuken bağlayıcı olmaz. Sonuç olarak, Soper'ın eleştirisine göre zayıf normativite anlayışı hukukun muhataplarının önemli menfaatlerine müdahalesini açıklayamamaktadır¹⁵⁹⁷.

Stephen Perry, Hart'ın teorisinin normativiteyle ilişkisi konusunda iki olasılık görür. Ya Hart'ın teorisi tamamen tasvirî bir nitelik taşır ve dolayısıyla hukukun muhatapları açısından ne zaman bağlayıcı olduğuyla ilgilenmez¹⁵⁹⁸ ya da yükümlülüğe ilişkin semantik veya -Austin açısından olduğu gibi- indirgemeci bir analiz sunmaktadır. İlk durumda normativite hususuna hiç değinilmemiş olacak, ikinci durumda ise Hart'ın teorisi açıkça yetersiz kalacaktır¹⁵⁹⁹. Nitekim eğer analiz edilen yükümlülük kavramı ilgili kimselerin kendilerini yükümlü kabul etmesine bağlanırsa, analizin döngüsellliği söz konusu olacaktır¹⁶⁰⁰. Perry'ye göre, Hart'ın teorisi yükümlülük kavramının bir analizi olarak görülemez. Bu teorinin temelinde yalnızca belli bir grubun kendilerinin ve başkalarının belli bir şekilde davranmakla yükümlü olduğunu kabul ettiğine dair tasvirî

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, s. 377.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, s. 378.

¹⁵⁹⁸ Perry, “Hart's Methodological Positivism”, *op. cit.*, s. 448.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, s. 449.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

bir gözlem yatmaktadır. Bu açıdan, Hart'ın teorisi yükümlülük kavramını analiz etmekten ziyade, bu kavramı kullanmaktadır¹⁶⁰¹.

Bununla birlikte, Hart grubun üyelerinin kendilerini yükümlü kabul etmelerinin sebeplerinden bir tanesinin toplumsal kuralı oluşturan eylem örgüsüne genellikle uyuluyor olması olabileceğini söylediğinde¹⁶⁰² en azından hukuki yükümlülük kavramının felsefi analizine başlamaktadır¹⁶⁰³. Perry'ye göre, burada bahsi geçen sebep daha önceki yetkililerin sahip olduklarını düşündüğü sebepler olamaz; daha geniş, felsefi anlamda bir sebepten bahsediliyor olmalıdır¹⁶⁰⁴.

Perry, Hart'ın teorisinin genel olarak yükümlülük ve normativite kavramlarını açıklama gayesi gütmeyeceği konusunda yalnız değildir. Michael Moore da Hart'ın etikle ilgilenmediğini, yalnızca insanların kendilerini ne zaman yükümlü olarak addettiklerini değerlendirdiğini düşünmektedir¹⁶⁰⁵. Jules Coleman ise Hart'ın içsel bakış açısı ve toplumsal kural anlayışının hukukun normativitesini kurmayı amaçladığını, ancak bu amaca ulaşamadığını düşünür. Ancak, Coleman aynı zamanda “uyuşan uygulama” (*convergent practice*) temelinde toplumsal kuralların ve Tanıma Kuralının normativitesinin açıklanabileceğini savunur. Aşağıda öncelikle Coleman'ın eleştirilerine, ardında da çözüm önerisine yer vereceğiz.

Jules Coleman Tanıma Kuralının hukuki normativiteyi başarıyla açıklayamadığını düşünen bir başka yazardır. Coleman, Hart'ın bütün hukuk kurallarının toplumsal kural olduğu görüşünü terk ettiğine dikkat çeker¹⁶⁰⁶. Ona göre bu olumlu bir adımdır. Nitekim toplumsal kurallar, daha önce Raz'a dayanarak belirttiğimiz gibi, hukukun normativitesini açıklayamaz. Muhatabının niçin hukuk kuralının öngördüğü şekilde davranması gerektiğini, bu yönde ne gibi sebeplerinin olduğunu sorduğumuzda, çünkü “bu kural toplum/topluluk tarafından uygulanıyor”

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

¹⁶⁰² Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 203.

¹⁶⁰³ Perry, “Hart's Methodological Positivism”, *op. cit.*, s. 449.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, s. 455.

¹⁶⁰⁵ Moore, “Hart's Concluding Scientific Postscript”, *op. cit.*, s. 306. Hart'ın teorisinin hukukun normativitesini ihmal ettiğine ilişkin bkz. Michael S. Moore, “Three Concepts of Rules”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 14, S. 3 (Yaz 1991), s. 790.

¹⁶⁰⁶ Coleman, “Authority and Reason”, *op. cit.*, s. 297.

diyemeyiz. Nitekim bir hukuk sisteminde bulunan ve otoritatif (*authoritative*) olduğu söylenebilecek olan kuralların hepsi sırf uygulanmakla var olan kurallar değildir¹⁶⁰⁷.

Bununla birlikte, Hart Tanıma Kuralını bir toplumsal kural olarak tanımlamaya devam eder. Buna göre, Tanıma Kuralı bir toplumsal kural olduğu, yani uygulandığı için bağlayıcıdır ve diğer hukuk kuralları da Tanıma Kuralında belirlenen kriterlere göre geçerli olduğundan, Tanıma Kuralının bağlayıcılığı diğer kurallara aktarılmış olur¹⁶⁰⁸. Coleman'a göre bu yaklaşımla ilgili pek çok sorun vardır. Her şeyden önce, toplumsal nitelikteki Tanıma Kuralının genel anlamıyla, yani vatandaşları da etkileyecek biçimde, bağlayıcı olması mümkün değildir. Ne de olsa Tanıma Kuralı hukuk sistemindeki yetkililer arasındaki bir uygulamadan doğmaktadır¹⁶⁰⁹. Bu durumda sistemde geçerli olan kurallara ilişkin kriterleri belirleyen Tanıma Kuralı ancak hukuk sisteminin yetkilileri açısından bir yol gösterici olabilir, vatandaşlar açısından değil¹⁶¹⁰.

Coleman toplumsal kural teorisinin içsel bakış açısının belli bir uygulamanın normatif olmayan tasvirini, insanların ne yapması gerektiğini belirten bir standarda dönüştürdüğünü iddia ettiğini, ancak içsel bakış açısının bu dönüştürme için uygun olmadığını ileri sürer¹⁶¹¹. Bunun nedeni belli bir uygulamanın nüfusun çoğunluğu tarafından bağlayıcı kabul edilmesinin, söz konusu uygulamanın geçerli eylem sebepleri sağladığı anlamına gelmemesidir. Coleman bir kuralın uygulanan ve içsel bakış açısıyla benimsenmiş bir kural olmasının, büyük ihtimalle söz konusu kuralın normatif olduğu, muhataplarının kural doğrultusunda davranmak için sebepleri olduğu anlamına geleceğini kabul eder. Bununla birlikte, Hart'ın hatası içsel bakış açısının genelde toplumsal kuralların özelde de Tanıma Kuralının bağlayıcılığını gerekçelendirdiğini düşünmesidir¹⁶¹².

Coleman yine de uyuşan uygulama temelinde hukukun normativitesinin ve sebep sağlayan (*reason giving*) niteliğinin açıklanabileceğini düşünür. Buna göre, bir toplumsal kuralın iki unsuru vardır: 1) bireylerin bir kurala uymak suretiyle ne

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, s. 298.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ *Ibid.*, s. 299.

¹⁶¹² *Ibid.*

yaptığının tasvirî (uyuşan uygulama) ve 2) söz konusu uygulamanın içsel bakış açısıyla kabulü. Eğer toplumsal kuralların normatif gücü açıklanacaksa, bireylerin kurala niçin uyması gerektiğinin açıklamasında uyuşan uygulama açıklamasına yer verilmelidir¹⁶¹³. Coleman uyuşan uygulamaların iki anlamda gerekliliği temellendirebileceğini düşünür ve iki örnek verir. İlk olarak, örnekteki sürücünün salt kendi çıkarıyla ilgilendiği varsayıldığında, bütün arabaların yolun sağ tarafında seyretmesi, sürücünün de sağ şeritten gitmesi için sebep teşkil eder. Nitekim trafikte insanların eylemlerini koordine etmek için geçerli sebepleri vardır¹⁶¹⁴. Bu durumda ise bir kimsenin sahip olduğu sebebin sırf başkalarının belli bir biçimde davranıyor olması olduğunu görürüz¹⁶¹⁵.

İkinci olarak, eğer çıkarıcı değilsek ve gerçekten doğru olan şeyi yapmak niyetinde olduğumuz hâlde doğru eylemin ne olduğundan emin olamıyorsak ve başkalarının da aynı niyete sahip olduğunu düşünüyorsak, başkalarının davrandığı şekilde davranmak için bir sebebimiz olur¹⁶¹⁶. Bu noktada başkalarının uyuşan uygulaması koordinasyon temelinde değil, doğru eylemin ne olduğu konusunda kişinin kendi yargılarından daha doğru bir gösterge olduğu için sebep teşkil eder¹⁶¹⁷.

Bu noktada bazı gözlemlerde bulunalım. Örneklerden anlaşılacağı gibi, Coleman'ın amacı hukukun normativitesini nihai ve değişmez olarak uyuşan uygulamaya bağlamak ve bir toplulukta uyuşan uygulamanın olduğu her durumda muhatabın söz konusu uygulamaya uymak için bir sebebi olduğunu göstermek değildir. Dolayısıyla mühim olan hangi şartlar altında uyuşan uygulamanın muhataplara eylem sebebi sağlayabileceğini tespit etmektir.

Coleman'ın ilk örneği uyuşan uygulamanın muhatabına sağduyu kaynaklı sebep sağlayan bir durumken, ikinci örnek ahlaki bir sebebe atıfta bulunmaktadır. Aynı zamanda Coleman'ın hukuk sistemindeki yetkililerin Tanıma Kuralını benimsemesinin ardında da koordinasyon veya doğru olan eylemi yapma motivasyonu yatabileceğini düşünmesinden¹⁶¹⁸, yazara göre hukukun normativitesinin ahlaki veya sağduyu kaynaklı

¹⁶¹³ *Ibid.*, s. 300.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, s. 301.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

olabileceğini çıkarabiliriz. Yazarın “doğru sebep”ten yalnızca ahlaki sebebin anlaşılıp sağduyu kaynaklı sebeplerin ihmal edilmesini eleştirmesi¹⁶¹⁹ de aynı sonuca işaret etmektedir.

Yazarın ikinci örneği Raz’ın otorite temelli hukuki normativite anlayışını andırmaktadır. Esasında Coleman uyuşan uygulamaların normatif gücünü açıklamak için aynı yazının ilerleyen sayfalarında Raz’dan bolca yararlanmaktadır. Ancak, örnekle ilgili ilk aşamada gözümüze çarpan birkaç tuhaflığa/uyumsuzluğa dikkat çekmek isteriz. Coleman’ın belli bir kişinin başkalarının doğru şeyi yapma yönünde motive olduğuna inanması ve bu kişinin de aynı motivasyona sahip olması durumunda, başkalarının davrandığı şekilde davranmak için ahlaki bir sebebi olduğunu düşündüğünü anlıyoruz. İlk olarak kişinin belli bir inanca sahip olması, inancı doğrultusunda hareket etmesi için sebep teşkil etmez. Nitekim kişi bu inancında hatalı olabilir. Örnekteki kişinin başkalarının davrandığı şekilde davranmasının gerekmesi, ancak bu inancının doğru olması, inancın doğruluğuna işaret eden yenilmemiş (*undefeated*) bir sebebe sahip olması hâlinde mümkündür. Bununla birlikte, başkalarının doğru eylemi gerçekleştirme niyetinde olduğu yönündeki inanç doğru olsa bile, bu durum başkalarının davrandığı şekilde davranmak için sebebimiz olduğu anlamına gelmeyebilir. Raz’ın otorite anlayışını ele alırken gördüğümüz gibi, bir başkasının dediğini veya yaptığını yapmak için sahip olduğumuz sebep, ancak bu başkası doğru eylemi gerçekleştirme veya tespit etmede bizden daha başarılı olacaksa söz konusu olur. Bir başka deyişle, uyuşan uygulamanın yaygınlığı, kendi başına söz konusu uygulamanın doğru eylem olma olasılığının yüksekliğine işaret etmez. Böyle bir korelasyona ancak “insanların büyük çoğunluğu ahlaken doğru davranır” şeklinde bir varsayımla ulaşılabilir ki kanımızca bu varsayımın doğruluğu oldukça şüphelidir.

Bu noktadan sora Coleman’ın odak noktası Tanıma Kuralının ve bu nihai Kural’a göre geçerliliği belirlenecek olan ast kuralların bağlayıcılığını ortaya koymaktır. Coleman’a göre Tanıma Kuralının normatif toplumsal bir kural olduğu konusunda şüphe yoktur¹⁶²⁰. Nitekim yukarıda dikkat çektiğimiz koordinasyon gerekliliği, bazı yetkililerin Tanıma Kuralının hukuk sistemindeki kuralların geçerliliği açısından doğru

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, ss. 309-310.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, s. 302.

kriterleri sağladığına inanması, kargaşa ve kaosun önlenmesi ile hukukun uygulamasında istikrar sağlamak gibi sebepler, sistemdeki bir yetkilinin diğer yetkililerin davrandığı şekilde davranmak için sebebi olduğu anlamına gelir¹⁶²¹. Burada Tanıma Kuralının normatifliği açısından mühim olan içsel bakış açısı değil, uyuşan uygulamadır¹⁶²². Burada Coleman'ın açıklamalarına ilişkin olarak bir konuda dikkatli olmamız gerekir. Sayılan sebepler yetkilinin diğerleri gibi davranmak için nihai (*conclusive*) bir sebebi olduğunu göstermekten uzaktır. Örneğin, yetkililer arası koordinasyon sebebi adil karar verme yönünde sahip olunan sebep karşısında yenik düşebilir. Coleman'ın söz konusu muhatapların başkasının davrandığı şekilde davranmak için mutlak veya nihai bir sebebe sahip olduğunu kastetmediğini düşünüyoruz. Başkaları gibi davranmak yönünde sahip olduğumuz sebep, aksi yönde sahip olabileceğimiz sebepler tarafından yenilebilir.

Bununla birlikte, Coleman Tanıma Kuralının normativitesini başkalarının davrandığı şekilde davranmak için sebebimiz olabileceğini söyleyerek temellendirse de, geçerliliği Tanıma Kuralına göre belirlenen ast kurallar açısından aynı açıklamanın geçerli olmadığını belirtir¹⁶²³. Bu durumda hukuk sistemindeki diğer kuralların bağlayıcılığının nereden kaynaklandığı sorusu gündeme gelmektedir.

Hemen belirtelim ki Coleman hukuk kurallarının bağlayıcılığı yerine otoritesinden bahsetmektedir¹⁶²⁴. Bunun sebebi bağlayıcılıktan kastedilenin pratik bir soruyu nihai olarak sonuçlandırmak olduğu, yani hukuk tarafından sağlanacak olan sebebin nihai bir sebep olmasının gerektiği düşüncesi olabilir. Ancak, kanımızca bağlayıcılık ve otorite kavramlarının, bağlayıcılık nihai olarak muhatapın eyleminin dayanacağı sebebi sağlayabilme gücü olarak anlaşılrsa dahi, bu şekilde birbiri yerine geçecek şekilde kullanılması doğru değildir. Nitekim Raz'ın otorite anlayışını incelerken belirttiğimiz gibi, kişilerin bir başkasının direktiflerine uygun davrandığı zaman sahip olduğu sebeplere daha iyi uyacak olması, bir tür ikinci düzey sebeptir (otorite ilkesi) ve diğer ikinci düzey sebeplerle (örneğin otonomi ilkesi) çatışabilir. Bu çatışmadan otonomi ilkesinin galip çıkması durumunda varılacak olan sonuç söz konusu

¹⁶²¹ *Ibid.*, s. 301.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ *Ibid.*, s. 302.

¹⁶²⁴ *Ibid.*

kişi, grup veya kurumun otorite olmadığı değil, direktifinin somut durumda bağlayıcı olmadığıdır. Dolayısıyla, otorite ve bağlayıcılık kavramlarının ayrıştığı durumlar vardır. Genel olarak düşünecek olursak, örneğin, ahlaki normların hukuk kurallarında söz konusu olan biçimde bir otoritesi yoktur. Bununla birlikte, söz konusu normların bağlayıcılığından şüphe edilmez. Elbette, Coleman hukuk özelindeki bağlayıcılıktan bahsettiği için otorite ve bağlayıcılık kavramlarının birbiri yerine geçecek şekilde kullanılmasının sakıncalı olmayacağını düşünüyor olabilir. Ancak, otorite ilkesi-otonomi ilkesi çatışması çerçevesinde gerçekleştirdiğimiz tartışma, bu durumun da bazı sakıncaları olabileceğini göstermektedir. Kaldı ki Coleman yola Tanıma Kuralının normatifliğini sorgulayarak yola çıkmaktadır. Bu durumda diğer hukuk kurallarına ilişkin sorun da esasen bunların otoritatifliği (*authoritativeness*) değil, bağlayıcılığı ya da normatifliği olmalıdır.

Nihai olarak Coleman diğer hukuk kurallarının bağlayıcılığını ve hukukun Tanıma Kuralı dışında eylem sebebi sağlayabilme niteliğini Raz'ın otorite anlayışıyla açıklar¹⁶²⁵. Sonrasında ise yumuşak ve sert pozitivizm tartışmasına geçer. Raz'ın hukuk kurallarının muhataplarının daha önce sahip olduğu sebeplerden farklı nitelikte eylem sebebi sağlayabileceği düşüncesini zaten olabildiğince geniş bir biçimde ele aldık. Konuya burada değinmeyeceğiz. Yumuşak-sert pozitivizm ayrımı ise bizim konumuzu doğrudan ilgilendirmemektedir.

Coleman'ın yorumunun ve eklemelerinin Tanıma Kuralının normatif etkisini açıklamakta başarılı olduğu iddia edilebilir. Buna göre, hukuk sistemindeki bir yetkilinin başka yetkililerin davrandığı şekilde davranmak için pek çok sebebi olabilir. Bu sebepler “doğru eylem” motivasyonundan kaynaklanabileceği gibi, sağduyuya ilişkin değerlendirmelerden de kaynaklanabilir. Bu iki konuda eksik olduğunu düşündüğümüz hususlara yukarıda dikkat çektik. Ancak, Tanıma Kuralının normatif niteliğine dair bu açıklama bir bedel gerektirmektedir. Yukarıda vurguladığımız gibi Tanıma Kuralının bir fonksiyonu hukuk sistemindeki kuralların geçerlilik zincirini sonlandırmaktır. Hart'ın Tanıma Kuralının geçerliliğinin değil, varlığının söz konusu olacağını vurgulaması boşuna değildir. Böylelikle geçerliliğe ilişkin sonsuz gerileme sorunu ortaya çıkmamakta ve bu sorun Kelsen'in temel norm varsayımının aksine,

¹⁶²⁵ *Ibid.*, ss. 302-305.

Hart'ın tasvirî sosyolojisinin amacına uygun olarak ampirik bir temelde çözüme kavuşturulmaktadır. Bir kere Coleman'ın önerdiği gibi Tanıma Kuralının bağlayıcılığını rasyonalite temelli sebeplere dayandırdığımızda bu ampirik temel ayağımızın altından kayıp gider. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi, sebepler birer olgu olarak kendinden menkul normatif güce sahip değildir. Bu güç onlara normlar (kurallar, ilkeler, maksimler vs.) tarafından bahşedilmektedir. Dolayısıyla, eğer koordinasyon gerekliliği mevcutsa, bu gereklilik doğrudan “koordinasyonun muhataba fayda sağlayacağı” olgusundan değil, kabaca “kişi kendi faydasına olacak şekilde davranmalıdır” şeklinde ifade edilebilecek olan bir normdan kaynaklanmaktadır. Kelsen'in saf hukuk kuramı açısından söz konusu olduğu gibi, bu geçerlilik sorgulaması sonsuza kadar devam edemeyecek ve bir yerde durmak gerekecektir¹⁶²⁶. Bu durumda sonsuz gerileme sorunu ancak ahlak veya sağduyunun *a priori* geçerliliğe sahip ilk normuna dayanarak çözümlenebilecek, pozitif hukukun geçerliliği hukuk ötesi normlara dayandırılmış olacaktır. Biz de anayasanın veya bir hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normunun geçerliliği için önereceğimiz aksiyon-olgusal geçerlilik anlayış açısından benzer bir strateji izlemek zorunda kalacağız. Bu açıklamanın pozitivizme uygun olup olmadığı tartışmalıdır.

Ancak, öyle görünüyor ki bize sunulan hiçbir cevabı kabul etmiyoruz. Hart'ın orijinal düşüncesini ele aldığımızda, olgudan norm türetildiğini, Coleman'ın normdan norm türeten açıklamasına karşı da Hart'ın teorisinin pozitivist niteliğini ileri sürüyoruz. Bu iddiaları tekrar gündeme getirmemizin sebebi sunulan düşünceleri reddetmek değil, bu düşüncelerin beraberinde getireceği ve ilk bakışta fark edilmeyebilecek sorunlara dikkat çekmektir.

¹⁶²⁶ Aynı sorun Tanıma Kuralının uyuşan uygulama temelinde değil, sözleşmesel temelde açıklanması durumunda da söz konusu olur. Coleman bu açıklamayı kısaca değerlendirmekte ve en nihayetinde şu iki sebepten ötürü bu açıklamaya sıcak bakmamaktadır: 1) Tanıma Kuralının esasında yetkililer arası bir sözleşme olduğu fikri, Hart'ın önemle üzerinde durduğu toplumsal kural kavramını ve genel olarak uygulama temelli kurallar teorisini dikkate almaz. 2) Tanıma Kuralının içsel bakış açısıyla benimsenmesi söz konusu kuralla bağlı olmak istenildiği anlamına gelmeyebilir. Nitekim bir yetkili Kural'ın içeriğine tamamen karşı olsa da sırf başka yetkililer benimsedi diye Kuralı içsel bakış açısıyla benimseyebilir (*ibid.*, s. 300).

Hukuk teorilerinin benimsediği geçerlilik anlayışının ahlaki veya sağduyu kaynaklı kriterlere bağlı olması gerekmez. Bununla birlikte, belirlenen kriterlere göre geçerli olduğu düşünülen kuralın normatif bir anlamının olması gerekir. Bir başka deyişle, geçerliliğin sonuçlarından bir tanesi bağlayıcılık olmalıdır. Elbette bu bağlayıcılıktan ne anlaşılabileceği tartışmalıdır. Biz bu konuyu aşağıda ele alacağız. Ancak, sistemsal geçerlilik anlayışının yukarıdaki incelemesi bu anlayışın geçerliliği herhangi bir tür bağlayıcılıkla ilişkilendirmediğini/ilişkilendiremediğini göstermektedir. Bağlayıcılık Wróblewski'den yola çıkarak yaptığımız sistemsal geçerlilik anlayışının bir parçası değildir. Nitekim hukuk sisteminde belirlenen kriterlerin niçin normatif açıdan anlam ifade eden kurallara vücut vereceği, muhatapların neden bu şekilde ihdas edilen kurallara uymak için her daim bir sebebinin olacağı açıklanmamaktadır.

Saf hukuk kuramı bu köprüyü kurmak iddiasındadır. Normcu pozitivist geleneğe mensup olan Kelsen, geçerliliğin sonucunun bağlayıcılık olduğunu açıkça ifade etmektedir¹⁶²⁷. Bununla birlikte, saf hukuk kuramında normların geçerliliğinin ve dolayısıyla bağlayıcılığının dayandığı temel norm varsayımıyla ilgili pek çok sorunla karşılaşmaktadır. Temel normun içeriğinin belirlenmesinde söz konusu olabilecek keyfilik, temel normun yegâne alternatifimiz olmaması ve tekil normların geçerliliği ve etkililiği arasında kurulan bağ gibi sorunlar karşımıza çıkmaktadır.

Hart'ın teorisi açısından tespit ettiğimiz ilk sorun Hart'ın hukukun objektif normativitesini, yani gerçekten muhataplarının sahip olduğu eylem sebepleriyle ilgili olup olmadığını, açıklamaya çalışıp çalışmadığıdır. Doktrinin büyük bölümü Hart'ın amaçlarından birinin hukuki normativiteyi açıklamak olduğunu düşünmüş ve eleştirilerini teorinin bu konuda başarısız olduğu yönünde geliştirmiştir. Bazı diğer yazarlarsa Hart'ın amacının bu olmadığını, hukukun objektif bağlayıcılığı veya muhataplarının sahip olduğu eylem sebepleriyle ilişkisinin Hart'ı ilgilendirmediğini, dolayısıyla Hart'ın teorisinin bu anlamda başarısız görülmesinin şaşırtıcı olmadığını savunmuştur. İlk olasılığın doğru olma ihtimaline karşı doktrindeki eleştirileri ve bu konudaki değerlendirmelerimizi yukarıda sunduk. Buna göre, hukuk sistemindeki yetkililerin neyin bağlayıcı olduğuna dair düşüncesinin hukuki normativiteyi açıklaması

¹⁶²⁷ Aşağıda tekrar vurgulayacağımız gibi, kanımızca Kelsen tarafından geçerlilik ve bağlayıcılık kavramları arasında kurulan bu ilişki olması gerekenden daha güçlüdür.

mümkün değildir¹⁶²⁸. Bu noktadaki sorunlardan en önemlisi bu tür bir temellendirmenin olan/olması gereken düalizmine aykırı olması, salt bir olgu olarak değerlendirilebilecek olan “kabul”den normatif sonuçlar çıkarılıyor olmasıdır. Bunun yanında, söz konusu kabulün olsa olsa Tanıma Kuralını benimseyen yetkililer açısından normatif sonuçları olabileceği, vatandaşlar açısından hukukun normativitesinin bu kabule dayandırılarak açıklanamayacağı da söylenebilir. İkinci olasılığın doğru olması, kanımızca bu eleştirilerin yöneltilemeyeceği anlamına gelmez. Hart’ın teorisi hâlâ gütmesi gereken bir amacı gütmeyeceği için eleştirilebilir. Nitekim yanlış şeyi denediğiniz için başarısız olabileceğiniz gibi, doğru şeyi yapmayı hiç denemediğiniz için de başarısız olabilirsiniz. Özetle, Hart’ın teorisinde sistemsel geçerlilik, yani Tanıma Kuralında belirlenen kriterlere uygun ihdas edilme ile bağlayıcılık arasındaki bağ kurulmamakta/kurulamamaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi bu bağın kurulmasının önemi şudur: Muhataplarının uymak için hiçbir sebebinin olmadığı, buna rağmen belli kriterlere uygun şekilde ihdas edilen bir kuralın “norm” niteliği taşıdığından bahsetmek mümkün değildir.

Bununla birlikte, sistemsel geçerlilik anlayışının önemli meziyetleri de vardır. Sistemsel geçerlilik hukuk sistemlerinde bir normun geçerliliği tartışılırken mahkemelerin ne yaptığını ve hangi kriterleri dikkate aldığını neredeyse kusursuz bir biçimde tasvir edebilmektedir. Gerçekten de, normların geçerliliğinin sorgulandığı davalarda mahkemelerin normların geçerliliğini belli hukuk normlarında belirlenen kriterlere uygunluğuna göre değerlendirdiğini görürüz. Dolayısıyla, sistemsel geçerlilik teorisinin hukuk sistemlerinde geçerliliğe ilişkin ne olup bittiğini açıklamak konusunda başarılı olduğunu düşünebiliriz. Bu nedenle, bağlayıcılık kavramıyla arasında ilişki kuracağımız geçerlilik anlayışının sistemsel geçerlilik anlayışını kapsamaması gerektiği söylenebilir. Öyle ki, sistemsel geçerlilik anlayışı genel olarak yukarıda ele aldığımız modern doğal hukuk teorileri tarafından da geçerliliğin pozitif şartı olarak kabul edilmektedir. Aksiyolojik geçerlilik anlayışının itirazı hukuki geçerliliğin sistemsel geçerlilikten ibaret olamayacağı ve sistem dışı ahlaki kriterlere aykırılığın belli bir düzeye erişmesi hâlinde hukuki geçerlilikten bahsedilemeyeceğidir. Bu eleştiriye

¹⁶²⁸ Bu konuda bkz. John Cyril Smith, *Legal Obligation*, Londra: The Athlone Press, 1976, s. 27. Ayrıca bkz. Robert N. McLaughlin, “JC Smith on Legal Obligation”, *Chitty’s Law Journal*, C. 27, S. 6 (1979), ss. 185-186.

sistemsal geçerlilik anlayışının yeterli bir hukuki geçerlilik anlayışı olmadığı noktasında katılıyoruz. Ancak, hukuki geerliliğın sistem dışı ölçütü noktasında farklı bir yaklaşımımız var. Bu yaklaşıma bir sonraki bölümde yer vereceğiz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAĞLAYICILIK KAVRAMI VE BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ

Önceki bölümde akıl temelli normativite teorilerini pozitivizmle bağdaştırma projesine uygun bir geçerlilik anlayışının izini sürdük. Modern doğal hukuk teorileri tarafından savunulan geçerlilik anlayışının doğru olmadığına karar verdik. Bunun nedeni “aksiyolojik geçerlilik anlayışı” olarak adlandırdığımız bu anlayışın sistemsel geçerlilik anlayışına yer vermemesi değildi. Esasen bu anlayış hukuk sistemindeki birçok norm için sistemsel geçerlilik anlayışını benimsemektedir. Bununla birlikte, geçerliliğin negatif şartı olarak “ahlaka belli bir eşiği açacak derecede aykırı olmamak” şartını (Radbruch formülü) aramaktadır. Kanımızca, incelemeye konu teoriler ahlaka aykırılık ve geçerlilik arasındaki bu ilişkiyi başarılı biçimde kuramamıştır.

Uygun, makul bir geçerlilik anlayışı arayışımıza sistemsel geçerlilik anlayışıyla devam ettik. Bu anlayışla ilgili temel sorun geçerlilik ve bağlayıcılık arasındaki bağlantıyı başarılı biçimde kuramamasıydı. Sistemsel geçerlilik anlayışı kendi başına bir kuralın normatif niteliğini açıklayabilecekse, söz konusu kuralın niçin bir olması gereken ifade ettiğini, kuralın muhataplarının bu kurala uymak için ne gibi bir sebebinin olduğunu açıklayabilmesi gerekir. İncelememiz sonucunda Kelsen’in teorisinin sistemsel geçerliliğe sahip bir normun bağlayıcı olduğunu “varsaydığını”, Hart’ın teorisinin ise geçerlilik-bağlayıcılık bağına kurma yönünde bir uğraş sarf etmediğini y da var olan çabanın bu bağı kurmakta başarısız olduğunu gördük.

Bununla birlikte, sistemsel geçerlilik anlayışının avantajının, Nazi kanunlarının geçerliliğinin tartışıldığı uç bazı noktalar dışında, genellikle uygulamadaki geçerlilik anlayışını açıklayabildiğini, hâkimler ve diğer hukuk uygulayıcıları tarafından uygulanan geçerlilik testlerinin sistemsel geçerlilik anlayışının benimsediği kriterleri barındırdığını tespit ettik. Bu noktada yapılması gereken sistemsel geçerlilik anlayışı ve bağlayıcılık kavramı arasında hukukun normativitesine temel teşkil edecek bir bağlantı kurmaktır. Bizim de bu kısımdaki amacımız bundan ibarettir. Bu bağlamda, modern doğal hukuk teorilerinin benimsediği stratejiye benzer bir strateji izleyeceğiz. Yani, sistemsel geçerlilik anlayışını bağlayıcılık unsuruyla ilişkilendirerek bir tür melez bir geçerlilik anlayışına kavuşacağız.

Bu noktada karşımızdaki ilk engel bağlayıcılığın ne olduğudur. Doktrinde bu kavramın üzerinde geçerlilik kavramı kadar detaylı bir biçimde durulmamıştır. Bağlayıcılığın ne olduğu sorusunun cevabı ahlak felsefesi ve normativite üzerine çalışan düşünürlerin eserlerinden parça parça toplanmak durumundadır. Toplanan bu parçaları elimizden geldiği ölçüde anlamlı bir bütün hâline getirip sunmaya ve bağlayıcılık kavramından anlaşılması gerekeni ortaya koymaya çalışacağız.

I. İKİ BAĞLAYICILIK

Öncelikle şu soruya yanıt vermek gerekir: Bağlayıcılık bütün hukuk normlarında ortak olan bir özellik midir? Yukarıda geçerlilik kavramını bütün hukuk normlarında ortak olan, hukuk normunun var olabilmesinin şartı olarak inceledik. Ayrıca, geçerlilik kavramının sonucunun bir tür bağlayıcılık olması gerektiğini vurguladık. Bu da demek oluyor ki her hukuk normu bir şekilde bağlayıcı olmalı. Bu düşünce açısından sorun teşkil eden husus yetki veren kuralların bağlayıcılığının ne anlama geldiğinin açıklanabilmesidir. Yetki kuralları bir tür “olması gereken” ifade eder mi? Ederse nasıl eder? Bir önceki bölümde kısaca değindiğimiz bu husus burada da karşımıza çıkmaktadır.

Hart’ın Austin eleştirisinin en güçlü yönlerinden bir tanesi kuralların her zaman yükümlendirici olmadığı tespitidir¹⁶²⁹. Austin’in hukuk anlayışı tamamen yükümlendirici normlar üzerine kurulmuştur. Nitekim “emir” niteliği taşımayan ve ihlale karşı egemenin yaptırım tehdidiyle desteklenmeyen kurallar gerçek anlamıyla hukuk kuralı değildir¹⁶³⁰. Hart ise yükümlendirici kuralların yanı sıra yetki veren kuralların da olabileceğini belirtmiştir¹⁶³¹.

Bağlayıcılık kavramı bütün hukuk normlarına ilişkin bir kavram olduğuna göre, yetki veren hukuk normlarına ilişkin “bağlayıcılık” ifadesinin yetki veren kurallar için ne derece uygun olduğu tartışmalıdır. Joseph Raz yetki veren hukuk kurallarının muhatapları açısından tam eylem sebebi (*complete reason*) teşkil etmediğini

¹⁶²⁹ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 32.

¹⁶³⁰ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., ss. 32-33.

¹⁶³¹ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 32-33.

düşünmektedir¹⁶³². Bunun nedeni, eylem sebebi teşkil eden kuralın belli bir eylemi gerektirmesidir. Yetki veren kurallar ise tek başlarına belli bir eylem için sebep teşkil etmez. Annenin çocuğuna hafta içi “11:00-17:00 saatleri arasında istediğin zaman dışarı çıkabilirsin” dediğini varsayalım. Bu yetki veren norm dolayısıyla çocuğun çocuk dışarı çıkmak için eylem sebebine sahip olmaz. Bir başka deyişle, normun çocuğun eylemleri açısından herhangi bir bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir. Muhatabı açısından eylem sebebi teşkil etmeyen bir kuralınsa bağlayıcı olmasının imkânı yoktur. Öyleyse bağlayıcılıktan, geçerlilik durumunda olduğu gibi, bütün hukuk normlarına özgü bir nitelik olarak bahsetmek ne derece anlamlıdır?

Biz Raz’ın düşüncesinin hatalı olduğu kanısındayız. Yukarıdaki örnekte dışarı çıkmasına izin verilen çocuk Selim olsun. Selim’in kendisinden birkaç yaş küçük Ezgi isminde bir kız kardeşi olduğunu varsayalım. Annenin izni doğrudan Selim’e yönelmektedir. Burada yetki veren bir kural olduğunu düşündüğümüz iznin esasen yükümlendirici bir yönü olduğunu fark ederiz. Nitekim 1) izin belli bir eyleme yöneliktir ve 2) dışarı çıkma eylemine verilen izin belli saatlerle sınırlıdır. Dolayısıyla, 1) Selim dışarı çıkmak konusunda izne sahiptir ve 2) Selim’in belirtilen saatler dışında dışarı çıkmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir başka deyişle, verilen yetkinin sınırları, yetkilendirilen kişi açısından yükümlülük ifade etmektedir. Ayrıca, 3) Annenin başkaca bir talimatı olmadığı sürece yetkinin yalnızca Selim’e verilmiş olması Ezgi’nin dışarı çıkma izninin bulunmadığı anlamına gelir.

Bu tür bir açıklamanın karşılaştığı iki tür sorun vardır. Bunlardan ilki yapılan yorumun özgürlüğün mü yoksa yasağın mı kural olarak kabul edileceğine bağlı olmasıdır. Yorumda istisnanın kapsamına girmeyen bir şeyin genel kurala tabi olduğu söylenir. İstisnalar dar yorumlanır ve bu dar yorumun dışında kalan her duruma kural uygulanır¹⁶³³. Biz yukarıda yetkinin kullanımının şartlara bağlandığı durumlarda kuralın salt yetki veren bir kural olduğundan bahsedilemeyeceği, yetkiyi kullanmak isteyen

¹⁶³² Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, s. 106. Raz’ın tam sebep kavramı için bkz. *ibid.*, ss. 22-25. Yetki veren normlar ancak yükümlendiren bir başka kurala eklenerek tam bir eylem sebebinin parçası olabilirler. Örneğin, “Ebeveynler çocuklarının oyun saatlerini düzenleyebilir” normu geçerli olsun. Annesi Ahmet’e en geç saat altıda evde olmasını söylemişse, saat altıda parkta arkadaşlarıyla vedalaşan Ahmet niçin eve gittiği sorulduğunda “Çünkü ebeveynler çocuklarının oyun saatlerini düzenleyebilir” derse eksik bir sebep belirtmiş olur. Eğer “Çünkü ebeveynler çocuklarının oyun saatlerini düzenleyebilir ve annem saat altıdan önce evde olmamı istedi” derse tam bir sebep dile getirmiş olacaktır.

¹⁶³³ Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, s. 59.

belli bir yükümlülük yüklediğini belirttik. Kural ve istisnalara ilişkin söylediklerimiz buradaki görüşümüzü değiştirmez. Ancak, aynı zamanda yetki veren normların belli bir yetki verdiğini ve yetkilendirilen kişinin verilen yetki dışındaki yetkileri kullanamayacağını, dolayısıyla yetki veren bir kuralın aynı zamanda yükümlülük yükleyebileceğini de belirttik¹⁶³⁴. Kural olarak bir kimse veya organın yetkisiz olduğu normatif bir alanda, yetkilendirilen kişi veya organın, başka bir norm tarafından açıkça yetkilendirilmediği sürece, yalnızca verilen yetkiyi kullanabileceği ve verilen yetki dışındaki yetkileri kullanmamakla yükümlü olduğu söylenebilir. Bizim yukarıdaki yorumumuz kuralın ebeveyninden izin alınması, istisnanın ise çocukların özgürlüğü olduğunu varsaymaktadır. Oysa öyle alanlar vardır ki kural muhatabın özgürlüğü, istisna ise yükümlülük, izin ve kısıtlanmadır. Kemal Gözler, ceza hukuku alanında cezaların istisna olduğunu, kural olanın insanın özgürlüğü olduğunu vurgular¹⁶³⁵. Kuralın özgürlük olduğu alanlarda, belli bir eyleme açıkça yetki verilmiş olması, muhatabın o eylem dışındaki eylemleri gerçekleştiremeyeceği anlamına gelmez. Örneğin, “herkes dilediği gibi düşünme özgürlüğüne sahiptir” şeklindeki bir hüküm, kural olan insanın özgürlüğü, istisna olansa kısıtlanması olduğundan, insanların düşünme dışında bir özgürlüğü olmadığı anlamına gelmez¹⁶³⁶. Dolayısıyla, yetkinin, özgürlüğün veya kısacası belli bir eylemin yapılabileceğine dair bir iznin bulunduğu her durumda verilen yetki dışındaki eylemlerin muhatap tarafından gerçekleştirilemeyeceği, dolayısıyla her yetki veren kuralın bu anlamda yükümlülük yüklediği söylenemez. Dikkat edilecek olursa, “herkes dilediği gibi düşünme özgürlüğüne sahiptir” normu

¹⁶³⁴ Burada bir önceki bölümde verdiğimiz örneği kastediyoruz. Buna göre, Cumhurbaşkanı’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini belirtmiş olmak, başkaca bir yetki verilmediği sürece, Cumhurbaşkanının başka bir işlem yapamayacağı anlamına gelir. Bunun nedeni de kamu hukuku alanında yetkinin istisna, yetkisizliğinse kural olmasıdır.

¹⁶³⁵ Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, s. 42.

¹⁶³⁶ Burada düşünce özgürlüğünün yetki kavramıyla yan yana kullanılması eleştirilebilir. Gerçekten de yetkiden bahsettiğimiz durumlar ile özgürlükten bahsettiğimiz durumlar arasında önemli bir fark vardır. Bu fark kural olanın yetkiden bahsettiğimiz alanlarda yetkisizlik, özgürlükten bahsettiğimiz alanlardaysa özgürlük olmasıdır. “Yetki” ve “özgürlük” kavramlarının anlamları genel itibarıyla paraleldir. Bir başka deyişle, iki kavram da belli bir muhatabın belli bir eylemde bulunabileceğini ifade eder. Bu yüzden iki kavramı sanki aynı şeyi ifade ediyormuş gibi kullanmamızın hoş görüleceğini düşünüyoruz. Neticede bu iki kavramın kullanıldığı bağlamların birinde asıl olan özgürlükten diğerinde yetkisizliktir. İddiamız kavramsal olarak bu iki terimin farklı biçimde kullanılamayacağı değil, genellikle yetkinin yetkisizliğin asıl olduğu, hakkınsa özgürlüğün asıl olduğu alanlarda kullanıldığıdır. Yoksa kendisini tutuklayan polis memuruna “Buna hakkınız yok!” itirazında bulunan kişi büyük bir hataya düşmemekte, yalnızca terimleri alıştırdıktan farklı bir bağlamda kullanmaktadır. Bununla birlikte, hak ve yetki kavramlarının deontolojik anlamda ayrıştığı yerler de vardır. Aşağıda göreceğimiz gibi bazı haklar muhatabına belli bir eylemde bulunma özgürlüğü vermez (yaşama hakkı gibi). Bu tür haklar eylem niteliği teşkil etmeyen değerlerin korunmasına yönelmiştir. Dolayısıyla, bu tür haklar ve yetki arasında semantik bir benzerlik kurmak mümkün görünmemektedir. Nitekim yetki her daim belli bir eylemin gerçekleştirilmesine ilişkindir.

özgürlüğün kullanılması için herhangi bir şart da belirlememektedir. Dolayısıyla belki de bütün hukuk normlarının belli bir yükümlülük içermediğini, belli normların saf anlamda yetki verici olduğunu kabul etmek gerekir.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim kuralın özgürlük olduğu alanlarda dahi özgürlük veya yetki bildiren norm aynı zamanda belli bir yükümlülük yükler. Ancak, bu durumda yükümlülüğün muhatabı, yetkinin veya özgürlüğün muhatabından farklılaşmaktadır. Negatif hak ve özgürlükler örneğini ele alalım. Türk Anayasasının “Haberleşme Hürriyeti” başlığını taşıyan 22/1 maddesi “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir” demektedir. Bu hakkın muhatabı kişilerdir. Buna göre, kişiler haberleşmek için her türlü eylemde bulunabilirler. Elbette, daha önce de belirttiğimiz gibi, söz konusu hüküm kimse açısından “haberleşmek” için eylem sebebi oluşturmaz. Ancak, bu hükmün kimse açısından eylem sebebi oluşturmayacağını söyleyebilir miyiz?

Her şeyden önce söz konusu hak devlet organları açısından eylem sebebi oluşturur. Buna göre, devlet Anayasanın 22/2 maddesinde belirtilen şartlar bulunmadığı sürece kişilerin haberleşmesini engellemek yönünde bir eylem sebebine sahip olacaktır. Zaten negatif hakların devlete müdahale etmeme yükümlülüğü yüklediğinden kastedilen de budur¹⁶³⁷.

İlk örneğimiz hakların dikey etkisine ilişkindi. Bunun dışına temel hak ve özgürlüklerin yatay etkiye sahip olabilmesi de mümkündür. Dikey etki temel hak ve özgürlüğün devlete karşı ileri sürülmesi¹⁶³⁸, yatay etki devlet dışındaki kişilere karşı ileri sürülmesi olarak ifade edilebilir¹⁶³⁹. Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkiye sahip olup olamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sosyal demokrasi ilkesini benimsemiş hukuk sistemleri ile temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını çözüme

¹⁶³⁷ Bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, op. cit., s. 23. Bununla birlikte, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre negatif hak ve özgürlükler olarak görülen bazı haklar yalnızca devlete müdahale etmeme yükümlülüğü yüklemekle kalmayıp, pozitif yükümlülükler de yükleyebilmektedir (Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press, 2008, ss. 140-143). Ancak bu tartışma bizim çalışmamızın kapsamı dışında kalır. Nitekim negatif yükümlülük de pozitif yükümlülük de muhatabı açısından bir eylemi gerçekleştirmek (veya belli bir eylemi gerçekleştirmekten kaçınmak) için sebebi olduğu anlamına gelmektedir.

¹⁶³⁸ Jennifer Corrin, “From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pasific”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 58, S. 1 (Ocak 2009), s. 31.

¹⁶³⁹ Bkz. Mark Tushnet, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 1, S. 1 (2003), ss. 79-80.

bağlamakla görevli özel bir mahkemesi olmayan sistemler, temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisini kabul etmekte daha az sorun yaşar. Özgürlük anlayışı büyük ölçüde negatif özgürlüklerden ibaret olan, eyalet yapısına sahip ve hak ihlali iddiaları özel bir mahkeme tarafından çözüme bağlanan sistemler yatay etkiyi kabul etmekte zorlanmaktadır¹⁶⁴⁰. Burada yatay etkinin hangi şartlarda kabul edilebilir olduğu tartışmasına girmemiz mümkün değildir. Ancak, yatay etkinin kabul edildiği sistemlerde bir kişinin hakkının, yalnızca devlet değil, gerçek kişiler ve diğer tüzel kişiler açısından da eylem sebebi teşkil edeceği ortadadır. Buna göre, diğer kişilerin bir kişinin gerçekleştirmekte özgür olduğu bir eylemi engellememesi gerekir.

Elbette, her hak muhatabına belli bir eylemde bulunma özgürlüğü tanımaz. En azından zorlama bir yorum yapıp yaşama hakkının nefes alma özgürlüğü anlamına geldiğini iddia etmediğimiz sürece, bazı haklar belli eylemlerin değil, eylem niteliği taşımayan değerlerin korunmasına yönelir. Bu tür hakların yetki verici normlar olarak yorumlanması mümkün değildir. Bu hakların tek anlamı, normu ifade eden metinde ismi geçmeyen aktörler (devlet, diğer kişiler) açısından birer gereklilik arz etmeleridir. Ancak, ortada yetki veren bir norm olduğundan bahsedilemeyeceğine göre, bu itiraz yetki veren her kuralın yükümlülük yüklemeyeceği argümanını desteklemek için kullanılamaz.

Hukuk kurallarının muhatabı yalnızca kuralda ismi zikredilen kişi veya organlar olmak zorunda değildir. Norm metnin veya normu ifade eden işaretin kendisi değil, onun anlamıdır. Dolayısıyla, işaret yalnızca belli bir kişi veya organa değinmekteyse de, normun muhatabı, yani normun kendisi açısından eylem sebebi teşkil ettiği kişi veya organ farklı olabilir. Kural olanın özgürlük olduğu alanlardaki yetki verici normlara ilişkin yukarıdaki açıklamalar bu normların muhatabının zikredilen yetkiye (özgürlüğe) sahip olan kişiler değil, bunların dışında kalan kişiler olduğunu göstermektedir. Nitekim hukuk kuralının eylem sebebi sağlama fonksiyonu bu kişiler açısından ortaya çıkmaktadır.

Sadece yetki veren hukuk kuralları olup olamayacağı tartışmasına ilişkin şu sonuçlara vardığımızı söyleyebiliriz: 1) Kamu hukuku gibi kuralın yetkisizlik olduğu,

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, ss. 85-87, 90.

muhatapların ancak istisnaen yetkili olabildiği alanlarda¹⁶⁴¹, belli bir muhataba verilen yetki kendi başına yalnızca zikredilen yetki verildiği ve muhatabın başka yetkileri kullanmaktan kaçınması gerektiği için saf yetki veren kurallardan bahsetmek mümkün değildir. 2) Yine kuralın yetkisizlik olduğu alanlarda eğer yetkiler belli şartlara uyularak kullanılıyorsa, söz konusu şartların yükümlendirici olduğu kabul edilmelidir. 3) Kuralın özgürlük, sınırlamanın istisna olduğu temel hak ve hürriyetler gibi alanlarda, salt yetki verir gibi görünen normların özgürlük tanıdığı veya yetki verdiği kişiler veya organlar açısından eylem sebebi teşkil etmesi mümkün değildir. Nitekim bu alanda yalnızca belli bir hakkın tanındığından bahisle, muhatabın hakkın kapsamına girmeyen eylemleri gerçekleştiremeyeceği iddia edilemez. 4) Kuralın özgürlük olduğu alanlarda salt yetki verdiği söylenebilecek olan normların yükümlülük yüklediği ve eylem sebebi sağladığı muhataplar hakkın (yetkinin) tanındığı kişi/kişiler dışında kalanlardır.

Açıkladığımız hususlara dayanarak asıl sorumuzu yanıtlayabiliriz. Eğer her hukuk normu bir şekilde, belli muhataplar açısından gereklilik teşkil ediyorsa, bu gereklilik ifade etme kapasitesiyle özdeşleştireceğimiz bağlayıcılık kavramının geçerlilikle ilişkilendirilmesinin önünde bir engel yoktur. Bir başka anlatımla, her hukuk kuralının bir bağlayıcılığı olacağından bahsedebiliriz. Mühim olan bu bağlayıcılığın nasıl anlaşılması gerektiğidir.

Bağlayıcılık kavramının ifade edebileceği iki anlamı birbirinden ayırmak gerekir. Mutlak bir bağlayıcılıktan bahsediyor olabileceğimiz gibi, durum ve şartlara bağlı bir bağlayıcılıktan da bahsedebiliriz. İlk tür bağlayıcılık, tıpkı geçerlilik kavramı gibi, derece kabul etmeyen siyah ya da beyaz bir kavramdır. Bu anlamda bir norm ya bağlayıcıdır ya da değildir. İkinci tür bağlayıcılık ise derecelidir. Bu anlamda geçerlilik kavramındansa etkililik kavramına benzer¹⁶⁴². İkinci tür bağlayıcılığa göre, hukuk kurallarının normatif gücü derecelidir. Buradaki amacımız bu iki tür bağlayıcılık kavramını açıkladıktan sonra hangisinin geçerlilik kavramıyla ilişkilendirilmeye daha uygun olduğunu belirlemektir.

¹⁶⁴¹ Kamu hukukunda esas olanın anayasal organların yetkisizliği olduğu konusunda bkz. Gözler, “Yorum İlkeleri”, *op. cit.*, ss. 73-74.

¹⁶⁴² Geçerliliğin dereceli olamayacağı hakkında bkz. Gülgeç, “Hukuk Bir Yere Gitti Mi?”, *op. cit.*, ss. 186-187.

A. GÜÇLÜ ANLAMDA BAĞLAYICILIK

Güçlü anlamda bağlayıcılık en basit ifadesiyle her şey dikkate alındığında olması gerekeni (*all things considered ought*) ifade eder. Burada önemli bir husus “sebepler dengesine göre” ve “her şey dikkate alındığında” ifadeleri arasındaki farktır. Raz’ın isabetle ifade ettiği gibi bir pratik değerlendirmede ilgili bütün sebeplerin değerlendirilmesi, yalnızca birinci düzey sebeplerin dengesine göre hareket edilmesini değil, ilgili ikinci düzey sebeplerin de dikkate alınmasını gerektirir¹⁶⁴³. Bu anlamda, bir muhatabın her şey dikkate alındığında yapması gereken eyleme işaret eden norm güçlü anlamda bağlayıcıdır.

Güçlü anlamda bağlayıcı olmanın birden fazla yolu vardır. Birinci düzey ve ikinci düzey sebepler dikkate alındığında muhataplarının uyması gereken normlar güçlü anlamda bağlayıcıdır. Destekledikleri eylemi tek başlarına gerekçelendirebilen eylem sebeplerine nihai sebep (*conclusive reason*) ismi verilir¹⁶⁴⁴. Bununla birlikte, herhangi bir nihai sebebin bulunmadığı durumlarda da güçlü anlamda bağlayıcılıktan bahsedilebilir. Bu gibi durumlarda muhatap sebepler dengesinde yer alan birinci düzey sebepleri, ilgili ikinci düzey sebeplerle birlikte değerlendirecek ve muhatabın en nihayetinde gerçekleştirmesi gereken eylemi gerektiren norm güçlü anlamda bağlayıcı olacaktır.

Nihai sebep olmanın birden fazla yolu vardır. Her şeyden önce belli bir eylem sebebi söz konusu duruma uygulanabilen tek eylem sebebi olabilir. Böyle bir durumda, eylem sebebi nihai olacak, muhatabın yapması gerekeni tek başına belirleyebilecektir. Bu durumda nihai sebebin desteklediği eylemi gerektiren norm veya normlar güçlü anlamda bağlayıcı olacaktır.

Nihai sebep teşkil etmenin başka bir yolu dışlayıcı sebep olmaktan geçer. Dışlayıcı sebepler, bir yandan muhatapların sahip olduğu bazı birinci düzey sebeplere dayanarak hareket etmesini engelleyen, diğer yandan da belli bir eylem lehine birinci

¹⁶⁴³ Raz, “Promises and Obligations”, *op. cit.*, s. 222.

¹⁶⁴⁴ Bkz. Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, s. 145.

düzey sebep sağlayan ikinci düzey sebeplerdir¹⁶⁴⁵. Daha önce belirttiğimiz gibi, bazı durumlarda dışlayıcı sebepler nihai sebep niteliği taşımazlar. Nitekim bir dışlayıcı sebep muhatabın sahip olduğu birinci düzey sebeplerin hepsini tartma işleminin dışında bırakmayabilir. Bu sebeplerden yalnızca bazılarına dayanarak hareket etmenin önüne geçiliyor olabilir. Bu gibi durumlarda dışlayıcı sebep tarafından sağlanan birinci düzey sebep, dışlanmayan diğer birinci düzey sebeplerle birlikte tartma işlemine tabi tutulacak ve hangi eylemin gerçekleştirileceği bu tartma işleminin neticesinde belirlenecektir.

Bununla birlikte, dışlayıcı sebebin muhataba uygulanabilir olan bütün eylem sebeplerini değerlendirme dışında tutabildiği durumlarda, dışlayıcı sebebin eylem lehine sağladığı birinci düzey sebep nihai eylem sebebi olacaktır. Nitekim böyle bir durumda muhatabın eylemini gerekçelendirmek için dayanabileceği tek sebep söz konusu dışlayıcı sebep tarafından sağlanmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Daha önce vurguladığımız gibi, esasen otorite ilkesi, yani dışlayıcı sebeplerin muhataplarını belli sebeplere dayanarak dayanmaktan mahrum bırakabilmesini sağlayan ilke, otonomi ilkesi, yani her durumda kişinin kendi aklına dayanarak hareket etmesi gerektiğini buyuran ilkeyle çatışma hâlidir. Dışlayıcı sebep, bir muhatabın dayanabileceği bütün birinci düzey sebepleri dışlamayı amaçlasa da, otorite ilkesinin otonomi ilkesine ağır basmadığı durumlarda dışlayıcı sebep tarafından sağlanan birinci düzey sebebin nihai sebep teşkil ettiğinden söz edilemez. Dolayısıyla, otoritenin müdahale edemeyeceği, kararın muhatabın kendi değerlendirmesine ve birinci düzey sebepler dengesine göre verilmesi gereken konularda dışlayıcı sebep bütünüyle birinci düzey sebepleri dışlamayı amaçlasa da nihai eylem sebebi teşkil edemez.

Fırat'ın bir akşam uzun süredir görmediği bir arkadaşıyla buluşmaya karar verdiğini varsayalım. İki arkadaş planı bir gün önceden yapmıştır. Ancak, buluşma günü geldiğinde Fırat havanın çok soğuk olduğunu fark eder. Ayrıca, bütçesi de hayli sıkışıktır. Fırat buluşmayı iptal etmesi gerekip gerekmediğini sorgular. Bir yandan arkadaşına buluşmak için söz vermiştir. Ayrıca, arkadaşıyla çok keyifli bir akşam geçireceğinden emindir. Bu iki husus buluşmayı destekleyen sebeplerdir. Öte yandan, dışarıda arkadaşıyla buluşmanın bütçesini olumsuz etkileyecek olması ve havanın

¹⁶⁴⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 39.

soğukluğu buluşmayı iptal etmeyi destekleyen sebeplerdir. Varsayalım ki¹⁶⁴⁶ bu durumda buluşmayı destekleyen sebepler ağır basıyor. Bu durumda “Verdiğin sözleri tutmalısın” normu güçlü anlamda bağlayıcıdır. Nitekim nihayetinde Fırat’ın yapması gereken eylem, normun işaret ettiği gibi arkadaşıyla buluşmaktır.

Dolayısıyla, öyle normlar vardır ki muhatap bu normların öngördüğü davranışı gerçekleştirmek yönünde belli eylem sebeplerine sahip olmasına rağmen bu normlar güçlü anlamda bağlayıcı değildir. Fırat örneğini ele alacak olursak, “Herkes sağlığını korumalıdır” (soğuk havaya ilişkin sebebi sağladığı söylenebilecek olan norm) normunun sağladığı sebep muhatap tarafından dikkate alınmalıdır. Ancak, bu norm güçlü anlamda bağlayıcılıktan yoksundur. Nitekim somut durumda yapılması gereken eyleme işaret etmemektedir. İlginç olan, muhatabın sahip olduğu sebeplerin farklı olduğu bir durumda aynı normun güçlü anlamda bağlayıcı olabilmesidir. Örneğin, Fırat’ın buluşmaya ilişkin olarak arkadaşına söz vermediğini ve teklifin buluşmadan birkaç saat önce Fırat’ın arkadaşı tarafından sunulduğunu varsayalım. Bu durumda havanın soğukluğu ve bütçenin yetersizliğinin, terazinin karşı tarafında yer alan “iyi vakit geçirme”ye ağır basacağı ve Fırat’ın en nihayetinde buluşmayı reddetmesi gerektiği düşünülebilir¹⁶⁴⁷. Bu durumda ise “Herkes sağlığını korumalıdır” şeklinde ifade edilebilecek olan normun güçlü anlamda bağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz.

Hatırlanacağı üzere, Raz’ın otorite temelli hukuk teorisinde belli bir hukuk kuralı belli kişiler açısından dışlayıcı sebep teşkil ederken, kuralın değindiği konuda kuralı koyan otoriteden daha uzman olan kişiler için dışlayıcı nitelik taşımayabiliyordu. Bu da Raz’ın teorisinde hukukun otoriteden kaynaklanan bağlayıcı gücünün muhatap bazında farklılaşmasına yol açıyordu. Benzer bir durumun güçlü anlamda bağlayıcılık

¹⁶⁴⁶ Esasen burada bundan biraz daha fazlasını varsayıyoruz. Terazinin bir tarafında bir ahlaki (verilen sözün tutulmasına ilişkin) ve bir sağduyu kaynaklı sebep, diğer tarafında ise iki adet sağduyu kaynaklı sebep bulunmaktadır. Böyle bir durumda ahlaki sebebin kategorik olarak karşı kefedeki sağduyu kaynaklı sebeplere üstün olacağı düşünülebilir. Örneğin, Himma yükümlülüğün ancak ahlaki sebepler temelinde tanımlanabileceğini ve yükümlülüğün sağduyu kaynaklı sebepleri dışlayacağını belirtir. Örn. bkz. Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223. Burada terazinin bir kefesindeki ahlaki sebebin diğer kefedeki sağduyu kaynaklı sebepleri dışlamadığını varsaydığımızı söyleyebiliriz. Yükümlülük kavramı ve bu kavramın anlamına aşağıda değineceğiz.

¹⁶⁴⁷ Elbette söz konusu çatışmanın bu şekilde çözümlenmesi gerektiğini kesin biçimde iddia edemiyoruz. Çünkü burada söz konusu sebeplerin ağırlığının nasıl belirlendiğini araştırıyoruz. Ancak, önemli bir sebebin terazinin bir tarafından eksilmesi nedeniyle bu sonuca varılabileceğini varsayıyoruz.

için de geçerli olduğunu soyleyebiliriz. Yani, normların gl anlamda bağlayıcı olup olmadığı durumdan duruma değişmektedir.

Gl anlamda bağlayıcılık ykmllk (*obligation*) kavramına benzemektedir. Nasıl en nihayetinde yapılması gereken eyleme işaret etmeyen norm gl anlamda bağlayıcı değilse, bir eylemi yerine getirmekle ykml olduğumuzu ifade edebilmek için söz konusu eylemin bütün ilgili sebepler dikkate alındığında yapılması gereken eylem olması gerekir. Dolayısıyla, devam etmeden önce ykmllk kavramına ve bu kavramın gl anlamda bağlayıcılıkla benzeştiği ve ayrıştığı noktalara değinmek isteriz.

1. Ykmllk Kavramı

Ykmllk kavramı ahlaki bir kavram mıdır yoksa hukuki mi? Veya ahlaki ykmllk ile hukuki ykmllk arasında fark var mıdır? Ne zaman belli bir şekilde davranma veya davranmaktan kaçınma ykmllğmz olur? Ykmllk ve bağlayıcılık arasındaki ilişki nedir? Ykmllk teşkil etmeyen bir bağlayıcılıktan söz edilebilir mi?

Bütün bu sorular ykmllk kavramının anlaşılması açısından bk önem arz eder. Ancak, bizim çalışmamızın sınırları içinde bütün bu sorulara tatmin edici bir cevap verilmesi mümkün değildir. Buradaki amacımız ana hatlarıyla ykmllk kavramına ilişkin doktrindeki tartışmaları aktarmak ve gl anlamda bağlayıcılıkla ykmllk arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koymaktır. Bunu yaparken ykmllk kavramının farklı tanımları üzerinden bir tartışma yürütmek yerine, ykmllğn temel ve değişmez niteliklerine odaklanmayı tercih edeceğiz.

Ykmllk kavramının normatif bir kavram olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Bir başka deyişle, ykmllk olana değil olması gerekene ilişkindir. Kavram bir tür gereklilik ifade eder. Buna göre, ykmllkten bahsedebilmek için yapılması veya yapmaktan kaçınılması gereken eyleme ilişkin bir norm olması gerektiğini

söyleyebiliriz¹⁶⁴⁸. Bununla birlikte, belli bir eyleme ilişkin bir normun mevcudiyeti, o eylemle ilgili bir yükümlülük olması için yetersiz, ancak gerekli bir şarttır¹⁶⁴⁹. Bir başka deyişle, her normun yükümlülük yüklediğinden bahsedilemez. Her normun “olması gereken” ifade ettiğini düşünecek olursak, yükümlülüğün “olması gerekenler” evrenin bir alt kümesi olduğunu, her yükümlülüğün bir olması gereken ifade ettiğini, ancak her türlü olması gerekenin (*ought*) yükümlülük arz etmeyeceğini söyleyebiliriz.

Himma’ya göre, yükümlülük kavramının normlarla bu şekilde ilişkilendirilmesi sorunludur. Nitekim ahlaki tikelciler (*moral particularist*) herhangi bir eylemin ahlakiliğinin genel normlar tarafından belirlenemeyecek kadar bağlamsal olduğunu iddia ederler. Himma’ya göre yükümlülük kavramının normlarla ilişkilendirilmesi ancak tartışmalı bir ahlak anlayışının benimsenmesi durumunda mümkündür¹⁶⁵⁰. Himma’nın çözümü yükümlülüğü genel normlarla ilişkilendirmek yerine buyruklarla ilişkilendirmektir¹⁶⁵¹. Bununla birlikte, bizim bakış açımızdan ortada bir sorun bulunmamaktadır. Nitekim normlar genel ya da birel olsun “olması gereken” ifade ederler¹⁶⁵². Dolayısıyla, ahlaki tikelcilerin itirazını yalnızca genel normlara ilişkin bir istisna olarak kabul ederek normların yükümlülük için *sine qua non* bir şart olduğunu belirtmekte bir sakınca görmüyoruz. Bununla birlikte, yükümlülüğün her zaman tek bir norm tarafından belirlenip belirlenemeyeceği ayrı bir sorundur. Biz yükümlülüklerin “her şey dikkate alındığında yapılması gereken” olarak tanımlanması gerektiğini iddia edeceğiz. Dolayısıyla, yükümlülük çoğu zaman birden fazla norma uymak yönünde sahip olunan sebeplerin tartılması neticesinde yapılması gerektirir. Ortada birden fazla eylem sebebi olduğuna ve bu eylem sebepleri normatif güçlerini normlardan alacağına göre, yükümlülüğün çoğu zaman birden fazla normun değerlendirilmesi sonucunda belirlenebileceğini söyleyebiliriz.

Yükümlülük kavramı normlarla ilgili olduğuna göre, eylem sebepleriyle de ilgilidir. Nitekim belirttiğimiz gibi eylem sebepleri, yani belli bir eylemde bulunmayı ya da bu eylemde bulunmaktan kaçınmayı gerekçelendiren olgular, normlar tarafından

¹⁶⁴⁸ Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 220; Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, s. 20.

¹⁶⁴⁹ Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 220.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, s. 221.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*

¹⁶⁵² Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, *op. cit.*, s. 221.

belirlenirler. Yükümlülükler normlarla ilgili olduğuna, bir yükümlülük mutlaka bir norm tarafından dile getirilmek zorunda olduğuna göre, yükümlü olunan eylem lehine sebebimiz olacağını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, yükümlülük ve normlar ilişkisinde olduğu gibi, burada da tek bir eylem sebebi yükümlülüğün varlığı için yeterli olmayabilir. Burada iddia edebileceğimiz tek husus yükümlü olunan eylem lehine bir veya birden fazla eylem sebebimizin olması gerektiğidir.

Madem her eylem sebebi ve her norm yükümlülüğe yol açmıyor, yükümlülüğe yol açan norm ve sebeplerle açmayanlar arasındaki ayrım, yükümlülük kavramının anlaşılması açısından önemlidir. Bu ayrımı yapmanın birkaç yolu olabilir. Her şeyden önce, yukarıda değindiğimiz yetki veren kural-yükümlendiren kural ayrımına değinebiliriz. Devam etmeden önce “yükümlendiren kural” (*duty-imposing rule*) ifadesindeki yükümlendirmeye, bizim bu kısımda araştırdığımız yükümlülük (*obligation*) kavramının farklı olduğunu belirtmemiz gerekir. Hart’ın ayrımı belli bir eylemin gerçekleştirilmesini gerektiren kurallarla salt yetki veren kurallara ilişkindir. Dolayısıyla, yükümlendiren bir kuralın varlığından bahsetmek, kendi başına muhatabın söz konusu eylemi gerçekleştirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmeyecektir. Hart’ın da belirttiği gibi yükümlendiren bir kuralın geçerli olması, yani bir kural olarak varlığı, kendi başına muhatabın ahlaken söz konusu kurala uymakla yükümlü olduğu anlamına gelmez¹⁶⁵³.

Bir görüşe göre, yetki veren kurallar muhatapları açısından tam eylem sebebi sağlamazlar¹⁶⁵⁴. Bu nedenle, Hart’ın ikincil kuralları gibi yetki veren kuralların (Tanıma Kuralı hariç olmak üzere) tek başlarına muhataplarına yükümlülük yüklemesi mümkün değildir. Bununla birlikte, biz yukarıda saf biçimde yetki verici olduğu düşünülebilecek kuralları dahi bir anlamda yükümlülük yüklediğini göstermeye çalıştık. Dolayısıyla, bizim açıklamamız yetki veren ve yükümlendiren kural ayrımına dayanamaz. Kaldı ki, yetki veren kurallar, Hart tarafından anlaşıldığı gibi saf biçimiyle, bizim norm

¹⁶⁵³ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 257. Aşağıda bu çalışma açısından yükümlülüğün ancak ahlaki eylem sebepleri temelinde tanımlanabileceğini kabul edeceğiz. Eğer yükümlülük ancak ahlaki olabiliyorsa ve Hart’ın teorisinde geçerli kurallara uymak için ahlaki bir yükümlülüğümüz olduğu söylenemezse, “yükümlendiren kural” ifadesindeki yükümlülük ile “her şey dikkate alındığında ahlaki sebepler temelinde olması gereken” anlamındaki yükümlülüğün anlamının farklı olduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁶⁵⁴ Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 106.

anlayışımıza da uymaz. Nitekim herhangi bir şekilde belli bir muhatabın eylemi üzerinde olması gereken ifade etmeyen, muhatabın uymak için eylem sebebine sahip olmadığı bir kuralın norm niteliği taşıması mümkün değildir. Bu anlayışa dayanarak niçin bazı normların yükümlülüğe yol açabildiğini, ancak diğerlerinin açamadığını açıklayamayız. Çünkü salt yetki veren kurallar bizim anladığımız anlamda birer norm değildir.

Yükümlülüğe yol açan ve açmayan kurallar arasındaki olası bir ayrım Joseph Raz'ın korunan sebep (*protected reason*) anlayışına dayanır. Korunan sebepler bir yandan belli bir eylem lehine birinci düzey sebep niteliği taşıırken bir yandan da muhatabın sahip olduğu bazı sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınması için sebep teşkil eder¹⁶⁵⁵. Bu sebepler korunur, çünkü aynı olgu (sebepler) bir yandan belli bir eylem lehine birinci düzey sebep teşkil ederken, diğer yandan muhatabın bu birinci düzey sebebin karşısında yer alan sebeplere dayanarak hareket etmemesini gerektirir. Raz'a göre yükümlülük muhatabın belli bir eylemi gerçekleştirmek için korunan sebebinin olduğu anlamına gelir¹⁶⁵⁶.

Korunan sebepler dışlayıcı olmak zorundadır. Hatırlanacağı gibi dışlayıcı sebepler ancak meşru otoritenin koyduğu bir kuralın mevcudiyeti durumunda söz konusu olur. Raz bir hukuki otoritenin çoğunlukla meşru olmayacağını düşünmektedir¹⁶⁵⁷. Dolayısıyla, bir muhatabın hukuki yükümlülüğe sahip olduğu durumlara sık rastlanmaz. Bu durum yükümlülük kavramının hukuka ilişkin genel kullanımıyla çelişki içindedir. Elbette bazı durumlarda hukukun bizim açımızdan yükümlülük yaratmadığını düşünürüz. Kimi durumlarda hukuka uymak için yenilmemiş sebeplere (*undefeated reasons*) sahip değilizdir. Ancak, genellikle hukukun yükümlülük yarattığını kabul ederiz. Belki de hukukun gerçek anlamda yükümlülük yaratmadığı durumlarda da yükümlü olduğumuzu kabul ederek hataya düşüyoruz.

Verilen sözlerin yükümlülük doğurması hakkında Raz şöyle der:

“İnsanların sözlerini tutmak yönünde bir yükümlülüğü vardır. Bu da her şey dikkate alındığına yapılacak en iyi şeyin bu olduğunu düşündükleri her zaman

¹⁶⁵⁵ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 18.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, ss. 234-235.

¹⁶⁵⁷ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 79-80. Ayrıca bkz. Arıkan, *Sert Pozitivizm*, op. cit., s. 58.

sözlerinden dönmekte özgür olmamalarına yol açar. Ancak bu, her ne olursa olsun sözlerini tutmaları gerektiği anlamına gelmez... Demek ki bir kimsenin yükümlü olması, belli şartlarda bu yükümlülüğü görmezden gelebilecek olması ile uyumludur...”¹⁶⁵⁸

Bu noktada özellikle son cümle şaşırtıcı olabilir. Uymamız gerekmeyen bir yükümlülüğümüz olması mümkün müdür? Yükümlülüğün belirleyici özelliği talep ettiği eylemi gerçekleştirmemiz gerekmesi değil midir? Biz Raz’ın bu ifadesini muhatabın genel olarak sözlerini tutma yükümlülüğü olduğu, ancak somut durumda belli şartların varlığı hâlinde bu yükümlülüğün ortadan kalkabileceği şeklinde yorumlamak gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin, madem yükümlülük bir dışlayıcı sebebin varlığı anlamına geliyor, daha önce de vurguladığımız gibi bu ikinci düzey sebebe ağır basan, mesela “otonomi ilkesi”nden kaynaklanan, bir başka ikinci düzey sebebin varlığı hâlinde dışlayıcı sebebin yükümlülük yaratmayacağını söyleyebiliriz. Keza hatırlanacağı gibi dışlayıcı sebeplerin bir muhatabın sahip olduğu bütün eylem sebeplerini dışlaması gerekmez. Dışlanmayan birinci düzey sebepler arasındaki dengeye göre, muhatabın dışlayıcı sebebin lehine birinci düzey sebep teşkil ettiği eylemin dışında bir eylemi gerçekleştirmesi gerekebilir. Dolayısıyla, iki durumda dışlayıcı sebebin varlığı yükümlülüğün bahsetmek için yeterli olmamaktadır. Ancak, bu durumda da şu sorun ortaya çıkmaktadır: Aynı akıl yürütmeye dayanarak birinci düzey sebeplerin de genel olarak yükümlülük yarattığı, ancak diğer birinci düzey sebeplerin ağır bastığı durumlarda bu yükümlülüğün ortadan kalkacağı söylenebilir. Keza, dışlayıcı sebeplerin söz konusu olduğu durumlarda da sebepler dengesine dayanarak hareket etmek mümkündür. Bu gibi durumlarda muhatap eylem lehine dışlayıcı sebebin sağladığı birinci düzey sebeplerin de bulunduğu kefenin ağır bastığına karar verirse, söz konusu eylemi gerçekleştirmekle yükümlü olacaktır. Öyleyse niçin yalnızca birinci düzey sebepler dengesine dayanarak yapması gereken eylemi yapmakla yükümlü olmasın?

Belki Raz’ın düşüncesi yükümlülüğün ancak başka gerekliliklere rağmen yerine getirilmesi gereken eylem açısından söz konusu olması vurgulanarak savunulabilir. Joseph Raz yükümlülüklerin muhatabın “kendisine rağmen” gerçekleştirmesi gereken, yükümlü olan eylemin gerçekleştirilmesiyle muhatabın belli amaçlarına ulaşacak

¹⁶⁵⁸ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 114.

olmasının önemli olmadığı gereklilikler olduğunu belirtir¹⁶⁵⁹. İlk bakışta Raz'ın muhatabın kendisine rağmen gerçekleştirilme gerekliliğiyle kastının sağduyu kaynaklı sebeplerin göz ardı edilmesi olduğu düşünülebilir. Ancak, Raz'ın aynı eserde yükümlülüklerin mutlaka ahlaki olacağını iddia etmediğini belirtmesi bu görüşün benimsenmesinin önüne geçer¹⁶⁶⁰. Zaten sağduyu kaynaklı sebeplerin muhatapların benimsediği amaçlarla ilgili olduğu düşüncesi de hatalı olacaktır. Nitekim sağduyu açısından mühim olan muhatabın benimsediği amaçların kendi menfaatlerine uygun olup olmadığı olacaktır. Sırf bir amacın benimsenmiş olması muhatabın söz konusu amaç doğrultusunda sağduyu kaynaklı bir sebebi olacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte, yükümlülüğün dışlayıcı sebeplerle açıklanması, muhatabın yükümlü olduğu durumlarda esasen sahip olduğu bazı birinci düzey sebeplere dayanmaktan kaçınması gerekliliğine vurgu yapar. Bir başka deyişle, yükümlülük her zaman bu tür birinci düzey gerekliliklere rağmen yerine getirilmesi gereken olarak ifade edilebilir.

Dikkat edileceği üzere, muhatap birinci düzey sebepler dengesine dayanarak hareket ettiğinde de başka gerekliliklere rağmen yerine getirmesi gerekeni belirlemektedir. Sebepler dengesinin hafif gelen kefesinde bulunan olgular sebep niteliklerini ve dolayısıyla gerekliliğe işaret etme yetilerini korurlar. Dolayısıyla, birinci düzey sebepler dengesine dayanan muhatap da esasında geçerli bazı gerekliliklere rağmen yükümlü olduğu eylemi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, kanımızca yükümlülüğün yalnızca ikinci düzey sebeplerin mevcudiyetinde söz konusu olacağını söylemek doğru olmaz.

Eğer yükümlülük çelişen birinci düzey sebeplerin varlığında söz konusu olabiliyorsa, birinci düzey sebeplerin çelişmediği durumlarda da söz konusu olabilmelidir. Dolayısıyla, aynı eylemin lehine bir veya daha fazla sebebe sahip olup, aksi yönde davranmak için sebebimiz olmadığında da söz konusu eylemi gerçekleştirmekle evleviyetle yükümlüyüzdür. Bununla birlikte, yükümlülük kavramının belli sebeplere rağmen yerine getirilmesi gereken bir eylemi ifade etmesi hâlâ bu kavramın önemli bir niteliğine işaret ediyor gibidir. Yani, yükümlü olduğumuz durumlarda, bu sebeplere sahip olalım ya da olmayalım, belli sebeplere sahip olsaydık

¹⁶⁵⁹ Raz, "Promises and Obligations", *op. cit.*, s. 223.

¹⁶⁶⁰ Bkz. *ibid.*, s. 225.

dahi aynı şekilde davranmamızın gerekeceğini düşünürüz. Bu nedenle, belli bir eylemi gerçekleştirmek için bir veya birbiriyle çelişmeyen birden fazla sebebimiz olan durumlarda “neye rağmen” ve “hangi sebeplere sahip olsaydık dahi” o eylemi gerçekleştirmemiz gerekebileceğini açıklayabilmemiz gerekir¹⁶⁶¹.

Bu noktada imdadımıza Kenneth Einar Himma’nın yükümlülük anlayışı yetişmektedir. Yazar yükümlülüklerin dışlayıcı olduğundan bahseder¹⁶⁶². Ancak, Raz’ın dışlayıcılık anlayışı ile Himma’nın anlayışı aynı değildir. Himma’ya göre bir gerekliliğin dışlayıcılığı, bu gerekliliğin muhatabının sağduyu kaynaklı sebepler ve menfaatler temelinde söz konusu eylemi gerçekleştirmekten kaçınamayacağı anlamına gelir¹⁶⁶³. Raz’ın dışlayıcı sebebi ahlaki bir sebep olarak, meşru otorite olmanın şartlarının sağlandığı durumlarda, diğer ahlaki sebeplere dayanılarak hareket edilmesinin de önüne geçmektedir. Himma’nın dışlayıcılığı ise yalnızca sağduyuya ilişkin gerekçelendirmelerin yükümlülüğün ihlalinin meşrulaştıramayacağını ifade eder. Yazara göre, sağduyuya ilişkin değerlendirmeler temelinde ihlal edilebilen yükümlülüklerden bahsetmek kavramsal açıdan evli bekârlardan bahsetmek kadar anlamsızdır¹⁶⁶⁴.

Himma’nın katkısının bizim açımızdan önem teşkil eden bir başka sonucu şudur: Yükümlülük kavramının sağduyuya ilişkin değerlendirmeleri dışlaması, ancak ahlaki sebeplerin yükümlülüğe yol açabileceği anlamına gelir¹⁶⁶⁵. Bir başka deyişle, Hart’ın *oblige* ve *obligate* fiillerinin anlamları arasındaki farka dayanarak eli silahlı eşkıyanın buyrukları ve hukukun muhatabının eylemi açısından arz ettiği gereklilik arasında yaptığı ayırım¹⁶⁶⁶, yükümlülük kavramının hiçbir zaman sağduyu kaynaklı sebeplere

¹⁶⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz. Philip Soper, *The Ethics of Deference: Learning from Law’s Morals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, ss. 89-90.

¹⁶⁶² Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, ss. 26; Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223; Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 117.

¹⁶⁶³ Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, ss. 26-27; Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223; Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 117.

¹⁶⁶⁴ Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 117; Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, s. 28; Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223.

¹⁶⁶⁵ Bkz. Himma, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 223, dn. 10; Himma, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *op. cit.*, s. 117, dn. 11; Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, s. 26, dn. 11.

¹⁶⁶⁶ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 82.

dayanamayacak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu düşünce aynı zamanda Raz'ın hukuki otoritenin ahlaki bir otorite olması fikriyle de uyum içindedir.

Bu noktada sormamız gereken bir diğer soru sağduyu kaynaklı bir yükümlülüğün olup olamayacağıdır. Sağduyu kaynaklı yükümlülüklerin olamayacağına ilişkin ilk argüman, sağduyuya ilişkin değerlendirmeleri saf dışı bırakacak sağduyu kaynaklı bir ikinci düzey sebebin varlığının mantıksal olarak tutarsız olmasıdır. En nihayetinde sağduyu açısından bir muhatabın yapması gereken sahip olduğu bütün sağduyu kaynaklı sebeplerin dengesine göre belirlenir¹⁶⁶⁷. Bu yönde bir başka argüman muhatapların bir başkasına karşı yükümlü olduğu, sağduyu kaynaklı gereklilikler durumunda bu gerekliliğin kimseye borçlu olunmadığı düşüncesine dayanır¹⁶⁶⁸. Herkes yükümlülüklerini bu yükümlülüklerin ihlalinin haksızlık edeceği (*to wrong*) kişiye borçludur¹⁶⁶⁹. Bununla birlikte, yükümlülüklerin her zaman bir başkasına borçlu olduğu düşüncesinin doğruluğu tartışmalıdır¹⁶⁷⁰.

Ahlaki sebeplerle sağduyu kaynaklı sebepler arasındaki çatışmaların ne şekilde çözüleceğine dair pek çok görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşler spektrumunun bir yakasında “egoist bakış açısı” olarak adlandırabileceğimiz ve sağduyu kaynaklı sebeplerin her zaman ahlaki sebepler karşısında üstün olduğunu savunan görüş bulunmaktadır. Buna göre, bir muhatap en nihayetinde kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmeli, her şey dikkate alındığında menfaatlerine en çok hangi eylem hizmet ediyorsa o eylemi yerine getirmelidir¹⁶⁷¹. Bishop Butler'a göre, belli bir eylem ancak mutluluğumuza hizmet edip etmemesine göre gerekçelendirilebilir¹⁶⁷². David Gauthier

¹⁶⁶⁷ Bkz. Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *op. cit.*, s. 29.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.* Sağduyu kaynaklı yükümlülüklerden bahsedildiği de olmaktadır (Ishityaque Haji, “Incompatibilism and Prudential Obligation”, *Canadian Journal of Philosophy*, C. 40, S. 3 (Eylül 2010) s. 386; Fred Feldman, *Doing The Best We Can: An Essay in Formal Deontic Logic*, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1986, s. 106). Sağduyu kaynaklı yükümlülük genel itibarıyla muhatabın her şey dikkate alındığında sağduyu kaynaklı sebepler temelinde gerçekleştirmesi gereken eylem şeklinde ifade edilebilir (Haji, “Incompatibilism and Prudential Obligation”, *op. cit.*, s. 388). Bizim burada araştırdığımız husus ahlak veya sağduyu kaynaklı olmasına bakılmaksızın “yükümlülük” kavramının nasıl tanımlanabileceğidir. Yoksa aşağıda görüleceği gibi, her şey dikkate alındığında muhatabın uyması icap eden sağduyu kaynaklı bir gereklilik olamayacağını iddia etmiyoruz.

¹⁶⁶⁹ Bkz. David Owens, “Promises and Conflicting Obligations”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, C. 11, S. 1 (Kasım 2016), s. 5.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*

¹⁶⁷¹ Roger Crisp, “Prudential and Moral Reasons”, in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 805.

¹⁶⁷² Joseph Butler, “Fifteen Sermons Preached at the Rolls Chapel”, in *The Works of Bishop Butler*, ed. David E. White, New York: University of Rochester Press, 2006, s. 118.

ise ahlakın rasyonel tercih ilkelerinin bir alt kümesi olarak görülebileceğini ileri sürer. Yazara göre ahlak rasyonel tercihin ahlaki olmayan öncüllerinden türetilbilir ve menfaat temelinde davranmanın rasyonel sınırını oluşturur¹⁶⁷³. Gauthier'in teorisi Hobbescu gelenekten yola çıkarak ahlakın normativitesini menfaat temelinde açıklamaya çalışır¹⁶⁷⁴. Spektrumun diğer ucunda ise doğru eylemin gerekliliğinin tespitinde muhatabın kendi menfaatlerini dikkate almayan ahlaki tarafsızlık (*impartialism*) düşüncesi bulunur¹⁶⁷⁵. Hâliyle bu iki ucun arasında kalan düşünceler hem ahlaki hem de sağduyu kaynaklı sebeplere belli bir ağırlık tanıyan, sebepler düalizmini benimsemiş görüşler olmaktadır¹⁶⁷⁶. Maalesef bu çalışmada bütün bu teorileri değerlendirme imkânımız bulunmamaktadır. Bu nedenle de ahlaki sebepler ve sağduyu kaynaklı sebeplerin ilişkisine dair *hukuki pozitivizmin lehine olmayacak* bir varsayımda bulunacağız.

Yükümlülük ancak ahlaki sebeplerin varlığı durumunda mevcut olur. Ancak, her ahlaki sebep bir yükümlülük teşkil etmez. Bunun nedeni her şey dikkate alındığında yapmamız gerekmeyen bir eylemi gerçekleştirmekle yükümlü olduğumuzu söylemenin mümkün olmamasıdır. J. C. Smith'e göre bağlayıcılık ve yükümlülük (*obligation*) arasında etimolojik bir ortaklık da bulunur. Her iki kelime de Latince "bağlamak" anlamına gelen "*ligare*" sözcüğünden türemiştir¹⁶⁷⁷. Yine Smith'e göre:

"Her ne kadar 'yükümlülük' genellikle *prima facie* bir 'olması gereken' işlevi görse de, 'yükümlülük' bildiren bir ifade [*'obligation'-statement*] çoğu zaman 'olması gerekene' ilişkin bir ifadeden daha güçlüdür... Bunun nedeni yükümlülük kavramı ile bağlı olma kavramı arasındaki ilişkidir. Yükümlülük bu kavram temelinde ve bağlı olma kavramı da yükümlülük temelinde tanımlanabilir."¹⁶⁷⁸

Kanımızca, Smith'in yükümlülük kavramını ilişkilendirdiği bağlayıcılık, bizim yukarıda "güçlü anlamda bağlayıcılık" olarak adlandırdığımız bağlayıcılıktır. Bir başka deyişle, her şey dikkate alındığında yapılması gereken eyleme işaret etmeyen bir yükümlülükten bahsetmek mümkün değildir. Bunun nedeni "bağlamak" fiiline yazar

¹⁶⁷³ David Gauthier, *Morals By Agreement*, Oxford: Clarendon Press, 1986, s. 4.

¹⁶⁷⁴ Crisp, "Prudential and Moral Reasons", *op. cit.*, s. 805.

¹⁶⁷⁵ Bu görüşlerin genel bir değerlendirmesi için bkz. *ibid.*, ss. 810-812.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, s. 812.

¹⁶⁷⁷ Smith, *Legal Obligation*, *op. cit.*, s. 50.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

tarafından yapılan vurgu ve yükümlülüğün *prima facie* gerekliliklerden daha güçlü olduğunun düşünülmesidir. Smith'in aynı zamanda yükümlülüklerin genellikle tek bir kural temelinde değil, bir kurallar bütünü veya sistemi temelinde belirlendiğini ifade etmesi de¹⁶⁷⁹ yükümlülüğün belirlenmesinde ilgili bütün sebeplerin dikkate alınması gerektiğini düşündüğünü gösterir. Sahip olunan tek bir eylem sebebi başka sebepler tarafından yenilebilir. Bu durumda muhatabın söz konusu sebep doğrultusunda eylemde bulunmakla bağlı olduğunu söylemek doğru olmaz. Öte yandan, muhatap ve kefenin kazanan tarafındaki eylem sebepleri arasında normatif bir bağ oluşur. Bu normatif bağ ancak normatif durumun, yani sahip olunan eylem sebeplerine veya bu eylem sebeplerinin değerlendirilmesine ilişkin durumun değişmesi hâlinde kesilir.

Netice itibarıyla yükümlülük kavramı hakkında şu ana dek ulaştığımız sonuçları özetleyelim: 1) Sağduyu kaynaklı sebepler yükümlülüğe yol açamaz. Yükümlülük niteliği itibarıyla ahlakidir. Yükümlülüklerin, sağduyu kaynaklı sebeplere rağmen yerine getirilmesi gerekir. 2) Yükümlülük teşkil ettiğini ifade ettiğimiz gerekliliğe dair eylem sebeplerinin, aksi yöndeki eylem sebeplerini yenebiliyor olması gerekir. Bir yükümlülüğün başka yükümlülükler tarafından saf dışı bırakıldığını, ancak hâlâ bir yükümlülük olarak kaldığını söyleyemeyiz. Yükümlülük olan gereklilik aksi yöndeki eylem sebeplerine yenilmişse, bu yönde bir yükümlülüğün bulunmadığını düşünmek icap eder.

2. Bir Karşılaştırma: Yükümlülük ve Güçlü Anlamda Bağlayıcılık

Yukarıda yükümlülük ve bizim güçlü anlamda bağlayıcılık kavramımız arasında bazı benzerlik ve bağlar olduğundan bahsettik. Burada kısaca bu benzerliklere değinmek ve bu iki kavram arasındaki farkları ortaya koymak istiyoruz.

İki kavram arasındaki benzerliklerle başlayalım. Her iki kavram da somut duruma ilişkin muhatabın sahip olduğu bütün eylem sebeplerinin değerlendirilmesini gerektirir. Güçlü anlamda bağlayıcılık da yükümlülük de bütün sebepler dikkate alındığında tartının ağır basan tarafına ilişkindir. Muhatabın tartının hafif kalan

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, ss. 65-66.

kısımındaki eylem sebepleri yönünde bir yükümlülüğünün bulunduğu bahsedemeyiz.

Madem her iki kavram da ilgili bütün sebeplerin değerlendirilmesini gerektiriyor, pek çok durumda bir normun güçlü anlamda bağlayıcı olup olmadığı veya normun yükümlülük yaratıp yaratmadığı konusunda sırf söz konusu normun değerlendirilmesi sonucunda karar verilemez. Bu sonuca varabilmek için bu normun sağladığı veya muhatapların bu norma uymak için sahip olduğu eylem sebebi veya sebeplerinin karşıt yöndeki sebeplerle tartılması gerekecektir.

Yükümlülük ve güçlü anlamda bağlayıcılık kavramlarının temel farkı bu sonuçlara yol açabilecek olan eylem sebeplerinin niteliğine ilişkindir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, yükümlülük kavramı ahlaki sebeplerle ilişkilidir. Ne kadar güçlü olurlarsa olsunlar sağduyu kaynaklı sebeplerin yükümlülüğe yol açacağı söylenemez. Belli bir eylemi yerine getirmekle yükümlü olduğumuzu söyleyebilmek için eylem yönünde yenilmemiş (*undefeated*) bir ahlaki sebebimizin bulunması gerekir. Güçlü anlamda bağlayıcılık kavramı ise sağduyuya ilişkin değerlendirmelere açıktır. Bir başka deyişle, bir normun güçlü anlamda bağlayıcı olduğunu söyleyebilmek için muhatapın söz konusu norma uymak için yenilmemiş bir sağduyu kaynaklı sebebinin bulunması yeterlidir. Dolayısıyla, eğer muhatapın belli bir normun gerekli kıldığı eylemi yerine getirmek için sahip olduğu tek sebep sağduyu kaynaklı bir sebepse, muhatapın söz konusu eylemi yerine getirmekle yükümlü olmadığını söylemeliyiz. Bunun nedeni yaptırım gibi sağduyuya ilişkin değerlendirmelerin muhatapı yükümlü kılamaması, ancak zorunlu (*obliged*) kılabilmesidir¹⁶⁸⁰. Dolayısıyla, yükümlülük münhasıran ahlaki normativiteye ilişkin bir kavramdır. Ancak, bu tespitle yükümlülük kavramının hukuki olamayacağını ifade etmiyoruz. Hukuki normativiteye ilişkin sebepler ahlaki veya sağduyu kaynaklıdır¹⁶⁸¹. Dolayısıyla, belli bir hukuk normu dolayısıyla veya bu hukuk normuna uymak için yenilmemiş ahlaki bir sebebi veya sebepleri bulunan muhatap “hukuken yükümlü” olacaktır. Burada kastettiğimiz, hukukun kendine özgü, ahlaki veya sağduyu kaynaklı olmayan eylem sebepleri bulunamayacağı ve dolayısıyla yükümlülük

¹⁶⁸⁰ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 82.

¹⁶⁸¹ Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, op. cit., s. 82, dn. 4.

kavramının, bir hukuk normuna ilişkin olsun veya olmasın, ancak ahlaki sebeplerden kaynaklanabileceğidir.

Sağduyu kaynaklı sebeplerin bir muhatabı yükümlü kılamaması, bu sebeplerin normatif olmadığı anlamına gelmez. Olgular neticede bir muhatabın ne yapması gerektiğini belirleyebildiği sürece normatif nitelik taşırlar. Dolayısıyla, hukuk alanında belli bir işlemin norm niteliği taşıyıp taşımadığını belirlerken, söz konusu işlemin yükümlülük teşkil edip etmediğine bakmamız gerekmez. Elbette, eğer bu işlem aynı zamanda yükümlülük teşkil ediyorsa *ipso facto* norm niteliği taşıyacaktır. Ancak, yükümlülüğün söz konusu olmadığı durumlarda da normatif niteliğin korunabileceğini söylemeliyiz. Bir normun yükümlülüğe yol açmadığı iki tür durumdan bahsedilebilir: 1) Eğer muhatapların bu norma uymak için sahip olduğu eylem sebebi veya sebepleri ahlaki nitelikteyse, söz konusu eylem sebebi daha güçlü sebepler tarafından yenilmiş veya muhatap bir dışlayıcı sebep nedeniyle söz konusu sebep veya sebeplere dayanarak hareket etmekten men edilmiş olabilir. 2) Muhatabın norma uymak için sahip olduğu eylem sebebi veya sebeplerinin tümü sağduyu kaynaklı olabilir.

İlk durumun söz konusu olduğu durumlarda yükümlülüğe yol açmayan normun norm niteliği zayıf anlamda bağlayıcılık kavramına dayanılarak açıklanabilir. Biz bu konuyu bir sonraki başlıkta ele alacağımız için burada kısa bir tespitte bulunmakla yetiniyoruz. Ahlaki eylem sebebinin daha güçlü sebepler tarafından yenildiği durumlarda, bu sebep normatif gücünü kaybetmeyecektir. Başka şartlar altında karşıt sebeplerin değişmesi durumunda söz konusu eylem sebebinin yükümlülük teşkil etmesi mümkündür. Bir başka deyişle, belli bir durumda karşıt eylem sebepleri tarafından yenilmiş bir sebebe dayanarak hareket edilmesi gerekse bile, söz konusu eylemi dikkate almadan, hesaba katmadan hareket etmek, neticede gerçekleştirilecek eylemi değiştirmese dahi, muhatabın irrasyonel davrandığı anlamına gelecektir. Benzer bir durum dışlanmış eylem sebepleri için de geçerlidir. Dışlanmış eylem sebepleri de sebep niteliklerini korurlar. Dışlayıcı sebebin varlığı ve bu sebebin dışlanacak sebepler üzerindeki etkisi dikkate alınmadan gerçekleştirilen bir pratik değerlendirme, neticede gerçekleştirilecek eylem aynı olsa dahi, irrasyoneldir. İrrasyonel muhatap rastlantı eseri doğru eylemi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, dışlayıcı sebep ve dışlanan sebeplerin varlığının farkına varmak, akıl yürütmenin rasyonel bir akıl yürütme olup olmaması

açısından önemlidir. Kaldı ki, Joseph Raz'ın görüşlerini incelerken gördüğümüz gibi, dışlanmış sebeplere uyamayacak olmamıza rağmen (*comply with*), eğer mümkünse, bu sebeplere uygun davranmamızın (*conform to*) gerekmesi de söz konusu sebeplerin normatif gücünü koruduğunu göstermektedir.

İkinci durum söz konusu ise, yani muhatabın bir hukuki işleme uymak için sahip olduğu eylem sebeplerinin tümü sağduyu kaynaklıysa, işlem yükümlülük teşkil etmese bile güçlü veya zayıf anlamda bağlayıcı olabilir. Zayıf anlamda bağlayıcılığa yukarıda kısaca değindik. Bu konu aynı zamanda gelecek başlığımızda tartışılacaktır. Dolayısıyla burada yalnızca yükümlülük teşkil etmeyen işlemin güçlü anlamda bağlayıcı olmasından bahsedeceğiz.

Sağduyu kaynaklı sebepler yükümlülüğe yol açamasa dahi güçlü anlamda bağlayıcı normların varlığına işaret edebilirler. Geçerli tek sebebin muhatabın işleme uymak için sahip olduğu veya işlem tarafından sağlanan sebep olduğu durumlarda işlem güçlü anlamda bağlayıcı olacaktır. Nitekim bu işlemin gerektirdiği eylemin aksini gerektiren bir ahlaki veya sağduyu kaynaklı sebepten bahsedemeyiz. Öte yandan, karışık sebeplerin bulunduğu durumlarda dahi, işlemin sağladığı veya muhatabın işleme uymak için sahip olduğu¹⁶⁸² sebebin kefenin ağır gelen tarafında bulunması mümkündür. Bu durumda da işlemin güçlü anlamda bağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz.

Bu noktada şu ana dek çözümüne değinmediğimiz bir sorunla karşılaşırız. Yukarıda yükümlülüğün ancak ahlaki sebeplerden kaynaklanabileceğini söyledik. Aynı zamanda Himma'yı takip ederek yükümlülüğün sağduyu kaynaklı sebeplere rağmen gerçekleştirilmesinin gerektiğini vurguladık. Ele aldığımız ikinci olasılıkta, işlem tarafından sağlanan veya muhatapların işlemin gerektirdiği eylemi yerine getirmek için sahip olduğu sağduyu kaynaklı eylem sebebinin karşısında ahlaki bir eylem sebebinin bulunduğu durumlarda işlemin güçlü anlamda bağlayıcı olup olmadığı, bir başka deyişle sağduyu kaynaklı sebebin ahlaki sebebi yenip yenemeyeceğini değerlendirmemiz gerekir. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi çatışma hâlinde ahlaki sebeplerin mi yoksa sağduyu kaynaklı sebeplerin mi üstün geleceğine dair bu çalışma kapsamında

¹⁶⁸² Bu kalıbı sık kullandığımızın farkındayız. Şu aşamada okuyucu açısından kafa karıştırıcı olabilecek bu ifadenin anlamını aşağıda "Pratik Fark Tezi (*The Practical Difference Thesis*)" başlığı altında açıklayacağız.

inceleyemeyeceğimiz pek çok teori bulunmaktadır. Dolayısıyla, burada yapabileceğimiz tek şey, şu ana kadar incelediğimiz yükümlülük kavramına dayanarak bu teorilerinden hangisinin geçerli olabileceğine dair bir varsayımda bulunmaktır. Yine daha önce belirttiğimiz gibi, bu soruya açık ve tutarlı bir cevap sunabilmek önemli olsa da, hukukun normativitesini sağduyu kaynaklı sebeplere dayanarak açıklamak mümkün olduğu sürece çalışmamızın temel sorusuna verilecek yanıtı etkilemeyecektir.

Yükümlülük kavramının ancak ahlaki sebepler temelinde ve “her şey dikkate alındığında” yapılması gereken eyleme ilişkin olabileceğini belirtmiştik. Elbette, her ahlaki sebep yükümlülük teşkil etmez. Bir eylemi gerçekleştirmek için sahip olduğumuz ahlaki sebep, bu eylemden kaçınmak yönünde sahip olduğumuz ahlaki sebebe yenilebilir. Bu durumda kaçınma yükümlülüğü vardır, eylemi gerçekleştirme yükümlülüğü değil. Bununla birlikte yükümlülüğü kısaca ahlaki sebepler temelinde ve “her şey dikkate alındığında” yapılması gereken (*ought*) olarak anlayabiliriz. Eğer sağduyu kaynaklı sebeplerin herhangi bir durumda ahlaki sebepleri yenmesine müsaade edersek, ahlaki sebepler temelinde olması gereken teşkil eden bir eylemin sağduyu kaynaklı sebepler dolayısıyla “her şey dikkate alındığında” olması gereken teşkil etmediği durumlara açık kapı bırakmış oluruz ki bu durum yükümlülük tanımıyla bağdaşmaz. Bir örnekle açıklamaya çalışalım.

Ahmet taşınmasına yardım etmek konusunda Seda’ya söz vermiştir. Verdiği söz Ahmet açısından gerekli yardımı sağlamak konusunda ahlaki bir olması gereken teşkil eder¹⁶⁸³. Varsayalım ki duruma uygulanabilir başkaca bir ahlaki sebep bulunmamaktadır. Seda’nın taşınacağı vakit yaklaştıkça trafik olağan dışı bir yoğunluk kazanır. Öyle ki Ahmet normal şartlar altında yarım saatte gideceği yolu yaklaşık iki buçuk saatte gidebilecektir. Yolda kaybedeceği zaman Ahmet için verdiği sözden dönmek yönünde sağduyu kaynaklı sebep sağlar. Olaya uygulanabilen tek ahlaki sebep, Ahmet’in vaadinden kaynaklanan ahlaki sebepse, sağduyu kaynaklı sebep göz ardı edildiğinde Ahmet’in Seda’nın taşınmasına yardım etmek için nihai bir ahlaki sebebi, yani bir yükümlülüğü olacaktır. Eğer yükümlülük ahlaken ve sağduyu kaynaklı

¹⁶⁸³ Sözlerin (*promises*) ahlaki açıdan olması gereken teşkil etmesine ilişkin olarak bkz. Raz, “Promises and Obligations”, *op. cit.*, ss. 210-228.

sebeplere rağmen yerine getirilme gereğini ifade ediyorsa, sağduyu kaynaklı sebebin ahlaki sebebi yenmesine müsaade edilmemelidir.

Muhatabın sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebebin ağır, ahlaki sebebin ise görece önemsiz olduğu durumlarda yukarıda ulaştığımız sonucun makul olmayacağı düşünülebilir. Olası bir itirazı Kant’ın tartışmalı “kapıdaki katil”inden mülhem bir örnekle açıklayacağız. Ancak, öncelikle orijinal tartışmaya ilişkin bilgi verelim. Kant “*On a Supposed Right to Lie from Philanthropy*”¹⁶⁸⁴ başlıklı makalesinde Fransız siyasetçi ve yazar Benjamin Constant’ın yalan söylememe yükümlülüğüne ilişkin bir itirazına yanıt verir¹⁶⁸⁵. Constant’ın itirazı temel olarak şu şekilde özetlenebilir:

“Eğer şartsız biçimde ve kendi başına ele alınırsa, ‘doğruyu söylemek bir yükümlülüktür’ şeklindeki ahlaki ilke herhangi bir toplumu olanaksız kılacaktır. Bunun ispatı bir arkadaşımızın peşinde olan ve bize bu arkadaşımızın evimize sığınıp sığınmadığını soran bir katile yalan söylemenin suç teşkil edeceğini söyleyecek kadar ileri giden bir Alman filozofun bu ilkeden çıkardığı doğrudan sonuçlarda yatmaktadır.”¹⁶⁸⁶

Constant’a göre, görevler ve haklar birlikte var olabileceği için, doğruyu (*truth*) söyleme yükümlülüğü ancak doğruya hakkı olan kişiye karşı var olabilir ve katilin gerçeği öğrenme hakkı yoktur¹⁶⁸⁷. Kant bu itirazı doğruyu söyleme yükümlülüğünün belli bir kişiye yönelik bir yükümlülük olmayıp, insanlığa borçlu olunan bir yükümlülük olduğunu vurgulayarak reddeder¹⁶⁸⁸. Bir başka deyişle, yalan söylememek dış etkenlere bağlı olmayan, kayıtsız şartsız (*unconditional*) bir iyiyi temsil eder¹⁶⁸⁹. Kant’ın bu denli güçlü bir “yalan söylememe yükümlülüğü”nü savunması ahlak felsefecileri arasında tartışmalara sebep olmuş, Kant karşıtları bu yükümlülüğe dayanarak Kant’ın ahlak felsefesini eleştirirken, Kantçılar Kant’ın ahlak felsefesini savunmanın yollarını

¹⁶⁸⁴ Immanuel Kant, *Practical Philosophy*, ed. ve çev. Mary J. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, ss. 609-615.

¹⁶⁸⁵ Mary J. Gregor, “Introduction”, in *Practical Philosophy*, ed. ve çev. Mary J. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 607.

¹⁶⁸⁶ Benjamin Constant, “On Political Reactions”, *Frankreich im Jahr 1797*, Bölüm VI, Sayı: 1, s. 123’ten aktaran: Kant, *Practical Philosophy*, op. cit., s. 611.

¹⁶⁸⁷ Benjamin Constant, “On Political Reactions”, *Frankreich im Jahr 1797*, Bölüm VI, Sayı: 1, s. 123’ten aktaran: Kant, *Practical Philosophy*, op. cit., s. 611.

¹⁶⁸⁸ Kant, *Practical Philosophy*, op. cit., ss. 613-614.

¹⁶⁸⁹ Christine M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 345.

aramıştır¹⁶⁹⁰. Bizim buradaki amacımız Kant lehine bir savunma veya eleştiri geliştirmek değil, Kant'ın görüşünden yola çıkarak ahlaki sebeplerin kategorik biçimde sağduyu kaynaklı sebeplere üstün tutulmasının ilk bakışta makul görünmeyen sonuçları olabileceğini göstermektir. Hemen belirtelim ki buradaki üstün tutmadan kastımız geçerlilik ilişkisi bağlamında bir üstünlük değil, bağlayıcı güç bakımından üstünlüktür.

Öncelikle, Kant'a göre de ahlaki yükümlülükler (dolayısıyla ahlaki sebepler) sağduyu kaynaklı sebeplerden üstündür. Bunu Kant'ın bir kimsenin cevaplamaktan kaçınmayacağı sorular bakımından *kendisine* veya bir başkasına gelebilecek zarardan bağımsız olarak doğruyu söylemekle yükümlü olduğunu söylemesinden anlıyoruz¹⁶⁹¹. Bununla birlikte, Kant'ın “kapıdaki katil” örneğinde doğruyu söylemekle yükümlü olup olmadığını tartıştığımız kimsenin sağduyu kaynaklı bir sebebi bulunmamaktadır. En azından arkadaşının ölümünden duyacağı üzüntü veya katilin kendisine uygulayabileceği şiddeti dikkate almadan, bu kimsenin sağduyu kaynaklı bir sebebi olduğundan bahsedemeyiz. Hatırlamamız gereken son bir husus bir başkasının sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebeplerin bizim açımızdan sağduyu kaynaklı sebep teşkil edemeyeceğidir. Sağduyu kaynaklı sebepler muhatap odaklıdır. Elbette, bir dostumuzun karşı karşıya olduğu ölüm tehlikesi, bir olgu olarak, bizim açımızdan sağduyu kaynaklı sebep teşkil edebilir. Ancak, aynı tehlikeden dolayı dostumuzun sahip olduğu sağduyu kaynaklı sebep ile bizim sahip olduğumuz sebep farklıdır. Bunların ağırlığı birbirinden farklı olacaktır. Buradaki durum, kanunlar ihtilafını açıklamak için yukarıda ileri sürdüğümüz hususları akla getirmektedir: Aynı olgu (yabancı hukuk sistemindeki organların belli bir hukuk yaratan eylemde bulunması olgusu) yabancı hukuk sistemi ve içinde bulunulan hukuk sistemi açısından farklı sonuçlara yol açmaktadır. Nitekim bu iki olgunun geçerlilik sebebi farklıdır. Arkadaşımızın eylem sebebi hayatın değeri veya hayata yönelen tehlikelerden kaçınma gerekliliğinden kaynaklanırken, bizim sahip olduğumuz sebebin “üzüntüden kaçınma gerekliliği”nden kaynaklandığı söylenebilir.

¹⁶⁹⁰ Kant'ı savunanlar farklı stratejiler izlemiştir. Bunlardan bir tanesi Kant'ın kısa yazısının yanlış yorumlandığını iddia eder (Helga Varden, “Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis”, *Journal of Social Philosophy*, C. 41, S. 4 (Kış 2010), ss. 403-421). Bir başka savunma esasen Kant'ın kendi felsefesine göre katile yalan söylemenin gerekli olduğunu ileri sürerek Kant'ın yukarıda aktardığımız görüşünü tutarsızlık olarak görür (Michael Cholbi, “The Murderer at the Door: What Kant Should Have Said”, *Philosophy and Phenomenological Research*, C. 79, S. 1 (Temmuz 2009), ss. 17- 45).

¹⁶⁹¹ Bkz. Kant, *Practical Philosophy*, op. cit., s. 612.

Dolayısıyla, örneği bir nebze değiştirmemiz gerekecektir. Kapıdaki maganda örneğimizde Ahmet ve Seda'ya geri döneceğiz. Olabildiğince uç bir örnek sunmaya çalışacağız ki Kant'ın görüşünün en azından bazı durumlarda makul olmadığını gösterebilelim. Ahmet Seda'ya taşınmasına yardım etmek üzere söz vermiştir. Ahmet Seda'nın evine doğru yola çıkmaya hazırlanmaktadır. Trafik yoktur, rahat bir yolculuk olacaktır. Ahmet evden çıkmak üzereyken kapısı çalar. Eli silahlı bir kadın Ahmet'i tehdit eder. Buna göre, Ahmet hemen Seda'yı arayıp yolda çok trafik olduğunu, hemen yola çıksa bile zamanında yetişemeyeceğini söyleyecek, aksi takdirde kapıdaki maganda elindeki silahla pencerelere ateş etmek suretiyle camları kırarak, istenilen yalanı söylemediği sürece Ahmet'in evine zarar vermeye devam edecektir. Varsayalım ki Ahmet dışında üç kişi daha Seda'ya taşınmak için yardım etmeye söz vermiştir. Bunun gibi yalanın sonuçlarının görece zararsız olacağı durumlarda Ahmet'in doğruyu söylemekle yükümlü olduğunu, yapması gerekenin sonuçları ne olursa olsun yalan söylemek üzere Seda'yı aramamak olduğunu söyleyebilir miyiz? Kanımızca bu sonuç makul olmayacaktır. Bu sonuca ulaşmak için ahlaki sonuççu¹⁶⁹² (*moral consequentialist*) olmamız şart değildir. Kant'ın ahlak felsefesi içinde -eğer mümkünse- bazı durumlarda sağduyu kaynaklı sebeplerin ahlaki sebepleri yenebilmesine müsaade etmek yeterlidir. Ancak, bunu yapmanın tek bir yolu var gibi görünmektedir: Sağduyuya ilişkin değerlendirmelere ahlaki sonuçlar bağlamak. Örneğin, bir şekilde bir kimsenin kendi malını korumak veya genel olarak menfaatini, sıhhatini gözetmek yönünde ahlaki bir yükümlülüğü olduğu gösterilebilir. Ancak, bu durumda sağduyu kaynaklı sebepler ahlaki sebeplere karışacak, bu iki grup arasındaki ayrımın ortadan kalkma tehlikesi doğacaktır.

Sağduyu kaynaklı sebeplerin belli durumlarda ahlaki sebeplere üstün olabileceğini düşünmenin bizim açımızdan asıl önemli sonucu yükümlülük tanımımızın değişecek olmasıdır. Eğer yükümlülük her şey dikkate alındığında ahlaki sebepler doğrultusunda yapmamız gereken eyleme ilişkinse, ahlaki sebeplerin dengesi her durumda yükümlülüğümüzü tespit etmeye yetmeyecektir. Somut durumda sağduyu kaynaklı sebeplerin teşkil ettiği bir eşikten bahsetmemiz gerekecektir. Ahlaki sebepler

¹⁶⁹² Ahlaki sonuççular bir eylemin ahlaken gerekli olup olmadığını eylemin sonuçlarına göre belirlerler. Buna göre, her birey olabildiğince az zarara ve fazla yarara yol açacak şekilde hareket etmelidir (Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*, op. cit., ss. 336-337).

dengeşinin kazanan tarafı, ancak bu sağduyu kaynaklı sebeplere üstün gelebilirse yükümlölük teşkil edebilecektir. Dolayısıyla, Kantçı anlamda, ahlaki eylemin somut durumdan bağımsız olarak ideal ilkelere başvuruyla belirlenebileceğı¹⁶⁹³ bir ahlak anlayışından uzaklaşmış olacağız. Sahip olduğumuz sağduyu kaynaklı sebepler her durumda farklı olabileceğinden, ahlaki sebeplerin yükümlölük teşkil edebilmek için aşması gereken eşik de değışecektir. Daha da ileri gidersek, başkalarının haksız veya ahlaka aykırı olarak nitelendirilebilecek eylemleri (kapıdaki maganda veya katil gibi) sağduyu kaynaklı sebeplerimizi, yani bir yükümlölüğün varlığı açısından önem teşkil eden eşığı değıştirmek suretiyle neyin ahlaki yükümlölüklerimizi bertaraf edebilecektir. Hâliyle bu düşünce hayli tartışmalıdır. Biz burada bu görüşü benimsemeyeceğiz. Yalnızca burada sunduklarımızın ahlaki sebeplerin sağduyu kaynaklı sebeplere kategorik olarak üstün olduğu fikri hakkında ufak da olsa bir şüphe uyandırabildiğini umuyoruz. Bu şüphe sonraki çalışmalarımız açısından önem teşkil edecektir.

Netice itibarıyla güçlü anlamda bağlayıcılık kavramının yükümlölük kavramını kapsadığını söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, her yükümlölüğün güçlü anlamda bağlayıcı olması gerekir. Her şey dikkate alındığında yerine getirmemiz gerekmeyen bir yükümlölükten bahsetmemizin bir anlamı yoktur. Öte yandan, güçlü anlamda bağlayıcılığın söz konusu olduğu her durumda yükümlölükten bahsetmemiz mümkün değildir. Güçlü anlamda bağlayıcılık ancak ahlaki sebeplere ilişkin olduğunda ortada bir yükümlölük olduğundan bahsedebiliriz.

3. Güçlü Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik

Sistemsel geçerlilik anlayışına eklenerek hukuk normunun varlığını açıklayabilecek iki farklı bağlayıcılık anlayışından ilkinini gördük. Burada sistemsel geçerlilik anlayışını tamamlayacak olan bağlayıcılık anlayışının güçlü anlamda bağlayıcılık olup olmadığını sorgulayacağız.

¹⁶⁹³ Kant'ın felsefesi iyiyi somut durumdaki zarar/yarar değılendirmesine göre değıl, koşulsuz değıerler üzerinden tanımlamaya çalışır. Bkz. *ibid.*, s. 345.

Kanımızca güçlü anlamda bağlayıcılık anlayışının sistemsel geçerliliğe eklemlenmesinin doğuracağı iki tür sakınca vardır. Bunlardan birini teknik diğeri ise eleştirel sakınca olarak adlandırabiliriz. Teknik sakınca hukuk kurallarının arasındaki ilişkiye dairdir. Eleştirel sakınca ise hukukun ahlaki veya hukuk dışı perspektiflerden eleştirisinin mümkün olması gerektiğine vurgu yapar. Teknik sakıncayla başlayalım.

Hukuk pratiğinde kuralların çatıştığı durumlarla karşılaşırız. Çatışma iki farklı normun aynı eyleme ilişkin farklı gereklilikler belirlemesi durumunda söz konusu olur¹⁶⁹⁴. Alchourrón ve Bulygin'in belirttiği gibi, normların gerektirdiği eylemlerin farklılığı, ancak bu iki norm aynı sisteme aitse sorun yaratır. Bir başka deyişle, çatışmanın çözülmesi gerekliliğini doğuran hukuk sisteminin birliğidir¹⁶⁹⁵. Dolayısıyla, farklı sistemlere mensup normların farklı eylemler gerektirmesi çözülmesi gereken bir çatışma değildir. Biz burada çözülmesi gereken ve hukuk sistemi açısından bir tutarsızlığa yol açan çatışmaları ele alacağız.

Mantık önermeleri doğru veya yanlış değeri taşırlar. Bu nedenle çatışan iki mantık önermesinden biri doğruysa diğeri yanlış olmalıdır. Normlar ise doğru veya yanlış değeri alamazlar. Bunlar ancak geçerli veya geçersiz olabilir¹⁶⁹⁶. Mantık önermeleri arasındaki çatışmalar doğruluk kriterini esas alırken, normlar arasındaki çatışmalar “yerine getirme” (*fulfillment*) kriterine dayanır. Bir başka deyimle, normlar arası çatışmaların yol açtığı sorun her iki norma da uymanın mümkün olmamasıdır¹⁶⁹⁷. Dolayısıyla, belirlenmesi gereken muhatabın bu normlardan hangisine uyması gerektirir.

Burada ilk olarak şuna dikkat çekmek gerekir: Karar verilmesi gereken husus bu normlardan hangisinin geçerli olduğu değildir. Normların geçerliliği ile mantık önermelerinin doğruluk değeri arasında bir paralellik bulunmaz. Nitekim geçersiz bir norm, norm değilken, yanlış bir önerme yine de bir önermedir¹⁶⁹⁸. Bununla birlikte, hukuk sistemi normatif çatışma durumunda çatışan normlardan bir tanesinin geçersiz

¹⁶⁹⁴ Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, op. cit., s. 34.

¹⁶⁹⁵ Achourrón ve Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, op. cit., s. 107.

¹⁶⁹⁶ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., ss. 212-213.

¹⁶⁹⁷ Achourrón ve Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, *New Studies in Deontic Logic*, s. 107.

¹⁶⁹⁸ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 213.

kılınması gerektiğini veya baştan itibaren geçersiz olacağını belirlemiş olabilir. Daha önce aykırılık ve çatışma kavramının birbiriyle ilişkisine değinmiştik. Buna göre, ne her türlü aykırılık bir çatışmaydı ne de her türlü çatışma bir aykırılık. Çatışma niteliği taşıyan aykırılıklar aralarında hiyerarşik fark bulunan normların içeriklerinin uyumsuzluğundan, her iki normun da öngördüğü eylemin aynı anda gerçekleştirilemeyecek olmasından kaynaklanır. Bununla birlikte, çatışma niteliği taşımayan aykırılıklar da hiyerarşik ast konumundaki normun hiyerarşik üstün öngördüğü kriterlere aykırı biçimde ihdas edilmesi söz konusudur. Aykırılık niteliği taşımayan çatışmalar ise hiyerarşik olarak aynı seviyedeki normların içeriklerinin uyumsuzluğu durumunda söz konusu olur. Burada mühim olan husus çatışmanın, çatışan normlardan birinin geçersiz kılındığı/kılınması gerektiği durumlar dışında, pozitif veya meta-pozitif bir çatışma kuralının uygulanmasıyla çözülecek olmasıdır. Çatışma kuralları normatif hiyerarşiye değil (*Geltungsvorrang*), uygulama önceliğine (*Anwendungsvorrang*) ilişkindir¹⁶⁹⁹. Çatışma kuralları uygulanmak suretiyle çatışan normlardan bir tanesi ihmal edilir. İhmal edilen norm ise geçerliliğini korur¹⁷⁰⁰.

Eğer geçerlilik kavramını sistemsel geçerliliğe eklemenecek güçlü anlamda bağlayıcılık olarak algıarsak, çatışma kurallarının uygulandığı durumlarda ihmal edilen normun geçerliliğini korumasını açıklayamayız. İhmal edilen/edilmesi gereken norm somut durumda ve her şey dikkate alındığında muhatabın gerçekleştirmesi gereken eyleme işaret etmez. Bu durumda ise geçersiz olması gerekir. Oysa hukuk pratiği bize bu normun hâlâ geçerli olduğunu ve 1) diğer normla çatışmadığı durumlar açısından (eğer iki norm arasındaki çatışma kısmi ise) bağlayıcı olabileceğini, 2) eğer çatıştığı norm bir sebeple (ilga, iptal vb.) geçerliliğini yitirirse başkaca bir işleme gerek olmaksızın ihmal edilen normun uygulanabileceğini, yani güçlü anlamda bağlayıcı olabileceğini söyler. Kısacası şöyle diyebiliriz: Sistemsel geçerlilik anlayışına güçlü anlamda bağlayıcılığın eklemesiyle ulaşılabilecek bir geçerlilik anlayışı uygulanabilirliği bağlayıcılığın ve dolayısıyla geçerliliğin ön koşulu hâline getirir. Oysa tıpkı uyamadığımız sebeplerin geçerli eylem sebebi olduğunu söylediğimiz zaman gibi, uygulanmayan normun geçerli olduğundan bahsedebileceğimiz durumlar mevcuttur.

¹⁶⁹⁹ Normatif üstünlük ve uygulama önceliği kavramları hakkında bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, op. cit., ss. 15-16, 34-38.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, s. 36.

Geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesinin ikinci sakıncasına eleştirel sakınca ismini veriyoruz. Burada söz konusu olan eleştiri de farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan biri geçerlilik kavramının güçlü anlamda bağlayıcılık kavramıyla ilişkilendirilmesi durumunda hukukun ahlaki eleştirisinin mümkün olmayacağını söyler. Diğerisi ise bu ilişkilendirme sonucunda güçlü anlamda bağlayıcı olmamasına rağmen geçerli olan normu dikkate almayan muhatapın eleştirilemeyeceğini belirtir. Bu ikinci durum aynı zamanda geçerlilik kavramının görelileştirilmesi sonucunu da doğurur. İlkinden hukukun ahlaki eleştirisinin imkânsızlığı, ikincisinden ise irrasyonel muhatapın eleştirisinin imkânsızlığı olarak bahsedeceğiz. Son olarak, hukuki geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılık ile bağdaştırılmasının geçerliliğin görelileştirilmesi sonucuna yol açacağını ve geçerliliğin göreliliği bir kavram olarak algılanmasının mümkün olmadığını ileri süreceğiz.

a. Hukukun Ahlaki Eleştirisinin İmkânsızlığı

İhlali yaptırıma bağlanmış, ancak muhataplarının uymak için ahlaki bir sebebi olmayan bir hukuk kuralını düşünelim. Yaptırım genel itibarıyla muhatapların bir norma uymasının belli bir menfaat sağlanarak ödüllendirileceği vaadini yahut ihlallerin muhataplara bir kötülük uygulanacağı tehdidini ifade eder¹⁷⁰¹. Bununla birlikte, genellikle kötülük biçiminde ortaya çıkanlara yaptırım ismi verilir¹⁷⁰². Muhatapların ihlali yaptırıma bağlanmış bir norma uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebi olur. Dikkat edilecek olursa, yaptırımın sağduyu kaynaklı bir sebep sağlaması için muhataba uygulanması veya mutlaka uygulanacak olması gerekmez. Kötülüğün veya ödülün bir olasılık olarak mevcut olması yeterlidir¹⁷⁰³. Elbette, söz konusu olasılık ne kadar

¹⁷⁰¹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 24-25. Bununla birlikte, Austin ödüllerin yaptırım olarak isimlendirilmesinin hatalı olduğunu düşünmektedir. Bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., ss. 23-24.

¹⁷⁰² Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 24-25.

¹⁷⁰³ Bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., s. 23. Bununla birlikte, Austin aynı yerde yaptırım, yani ihlalde bulunana uygulanacak nihai kötülük ne denli büyükse, norm tarafından yaratılan yükümlülüğün de aynı derecede güçlü olacağını ve ihlal olasılığının aynı derecede düşeceğini belirtmektedir (*ibid.*). Matthew Kramer ise bu görüşe muhatapların hukuk normundan ve öngörülen yaptırımdan haberi olmayabileceğine, haberdar olsalar bile hukuk metinlerini yanlış yorumlayabileceğine dikkat çeker. Kramer'a göre bu gerçek Austin'in yaptırımın sertliği ve ihlal olasılığı arasında kurduğu ters orantıyı yanlışlamaktadır (Matthew H. Kramer, "John Austin on Punishment", in *Oxford Studies in*

yüksekse, sağlanan sebebin gücü de o denli fazla olacaktır. Bu anlamda denebilir ki yaptırımların *etkili* bir biçimde uygulanması, yaptırımların ilişkilendirildiği normların bağlayıcı gücünü (zayıf anlamda bağlayıcılık) arttıracaktır.

Şimdi muhatabın yaptırıma bağlanmış bu norma uymamak için ahlaki bir sebebi olduğunu varsayalım. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu çalışma kapsamında ahlaki sebeplerin her zaman sağduyu kaynaklı sebepleri yeneceğini varsayacağız. Eğer ancak güçlü anlamda bağlayıcı olan norm geçerli olacaksa, yaptırıma bağlanan normun geçersiz olduğunu, nitekim en nihayetinde muhatap tarafından söz konusu norma uyulmaması gerektiğini söylemek zorundayız.

Burada geçersiz olan norm ile sağduyu kaynaklı sebebin kaynaklandığı norm arasında bir ayrıma gitmek zorundayız. Kelsen'in görüşüne göre, her norm bir yaptırım içermek zorundadır. Biz geçmişte bu görüşü çeşitli yerlerde eleştirdik¹⁷⁰⁴ ve hukuki gerekliliğe yer veren ve ihlal durumunda yaptırım uygulanmasını öngören normların farklı normlar olması gerektiğini vurguladık¹⁷⁰⁵. Dolayısıyla, bizim örneğimizde sağduyu kaynaklı sebep, vatandaşın uymasının gerekip gerekmediğini değerlendirdiği normdan farklı bir norm tarafından sağlanmaktadır. Değerlendirmeye konu normun geçersizliğinin sebebi muhatabın normun öngördüğü eylemi gerçekleştirmek için sağduyu kaynaklı bir sebebinin olmaması değil, bu sağduyu kaynaklı sebebin ahlaki bir sebep tarafından yenilmesidir. Bir eylem sebebi yenilse bile geçerli kalır. Dolayısıyla, örnekte söz konusu olan yaptırım öngören normun ve dolayısıyla bu normun sağladığı eylem sebebinin değil, değerlendirmeye konu olan normun güçlü anlamda bağlayıcı olmadığı için geçersiz olmasıdır.

Geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılık kavramıyla ilişkilendirilmesi durumunda uymak için sağduyu kaynaklı, uymamak içinse ahlaki sebeplere sahip olunan bir norm var olamayacaktır. Bu tespit uymak için ahlaki eylem sebebine sahip olunan, ancak

Philosophy of Law, Cilt: 2, editörler: Leslie Green ve Brian Leiter, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 105-106).

¹⁷⁰⁴ Bkz. Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *op. cit.*, ss. 711-721; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, *op. cit.*, ss. 10-11; Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, *op. cit.*, ss. 13-15.

¹⁷⁰⁵ Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, *op. cit.*, s. 11. Ayrıca bkz. Hauser, *Norm, Recht und Staat*, *op. cit.*, s. 9.

uymamak yönünde sahip olunan ahlaki sebebin daha güçlü olduğu hukuk normları açısından da geçerlidir. Var olmayan normun ise ahlaki açıdan eleştirisinden bahsedilemez¹⁷⁰⁶. Buna göre hukukun ahlaki açıdan eleştirilip, içeriğinin ahlaka uygun biçimde değiştirilebilmesini sağlamak, ancak hukukun ahlaka aykırı olabilmesine imkân tanıyan teoriler açısından mümkündür. Bir başka deyişle, hukukun ahlaka aykırı olsa da var olabilmesi gereklidir. Ahlaka aykırı olan normun güçlü anlamda bağlayıcı olamayacağı, bir başka deyişle hiçbir muhatabın her şey dikkate alındığına ahlaka aykırı hukuk normuna uymasının gerekmeyeceğini söylemekte -en azından bu çalışma kapsamında doğruluğunu varsaydığımız görüşler kapsamında- bir sakınca yoktur. Nitekim bu değerlendirme var olan normun bağlayıcılığına ilişkindir. Bu tespitte bulunabilmek için ahlaka aykırı hukuk normunun var olabilmesi, yani bu aykırılığa rağmen geçerli kalabilmesi gerekir.

Pozitivist olmayan (*non-positivist*) hukuk teorisyenleri güçlü anlamda bağlayıcılık ile geçerlilik arasındaki bu bağı açıkladığımız şekliyle kurmanın sakıncalarının farkındadır. Yukarıda gördüğümüz gibi, pozitivist olmayan veya pozitivism karşıtı hukuk teorileri hukuki belirlilik ve adalet değerleri arasında bir denge kurar. Bu dengede daha önemli olan değer hukuki belirliliktir. Bu nedenle de her adaletsizlik ve ahlaka aykırılık normun geçersizliğine yol açmaz. Bu teorilerde normun adalete aykırı olduğu, ancak bu aykırılığın tahammül edilemeyecek bir seviyeye ulaşmadığı durumlarda hukukun ahlaki eleştirisi mümkündür.

Hukukun ahlaki eleştirisinin imkânsızlığı argümanı geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılık ile ilişkilendirilmesine karşı kesin bir itiraz teşkil etmez. Buradaki argüman en nihayetinde değerli ve önemli olarak görülen bir imkânın, söz konusu ilişkilendirme neticesinde ortadan kalkacağını ifade eder. Ancak, değerli ve önemli gördüğümüz her olasılığın mümkün olması gerekmez. Bazen iyi, güzel ve değerliye ulaşmak imkânsız olabilir. Dolayısıyla, eğer güçlü anlamda bağlayıcılığın geçerlilik ile ilişkilendirilemeyeceğini göstermek istiyorsak daha güçlü bir argümana ihtiyaç duyarız.

¹⁷⁰⁶ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, ss. 193-194.

b. İrrasyonel Muhatabın Eleştirisinin İmkânsızlığı

Sahip olduğumuz eylem sebepleri çatışır. Bu çatışmada daha önemli sebeplerin desteklediği eylemi gerçekleştirmemiz gerekir. Bu anlamda ağır basan eylem setlerine dayanarak hareket etme yönünde bir ikinci düzey sebebimiz bulunduğu söylenebilir. Yahut yenilen sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınmak yönünde dışlayıcı bir ikinci düzey sebebimiz olduğunu düşünebiliriz¹⁷⁰⁷. Bu ikinci düzey sebepleri daha önce kısaca otonomi ilkesi olarak ifade ettiğimiz ikinci düzey sebebin iki farklı anlamı olarak algılayabiliriz. Bununla birlikte, sebepler tartışının hafif tarafında yer alan sebepler, sebep olarak kalmaya devam ederler. Eğer her sebep sahip olduğu normatif gücü bir norma borçluysa, sebebin normatif gücünü koruması, ilgili normun geçerliliğini koruduğu anlamına gelir.

Aşağıda pratik fark tezi kapsamında ileri süreceğimiz gibi hukuk kuralları her zaman muhataplarına yeni, daha önceden sahip olmadıkları bir eylem sebebi sağlamak zorunda değildir. En nihayetinde bir normun bağlayıcı olup olmaması muhatapın bu norma uymak için eylem sebebi olup olmamasına bağlıdır. Bu eylem sebebi bağlayıcılığı değerlendirilen normun dışından da kaynaklanabilir. Örneğin yaptırımların sağladığı sağduyu kaynaklı sebep, bağlayıcılığı değerlendirilen normun dışından kaynaklanır.

Bununla birlikte, başka bazı durumlarda hukuk kuralı muhataplarına daha önceden sahip olmadıkları yeni bir eylem sebebi sunabilir. Örneğin Raz'ın otoritatif direktifleri hem belli birinci düzey sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınma yönünde hem de belli bir eylem lehinde sebep teşkil eder¹⁷⁰⁸. Ancak, daha önce de gördüğümüz gibi, dışlayıcı sebepler muhatapın sahip olduğu bütün birinci düzey sebeplerin değerlendirilmesinin önüne geçemeyebilir. Böyle durumlarda muhatap dışlayıcı sebep doğrultusunda belli sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınsa ve geriye kalan sebepler dengesine otoritatif direktiften kaynaklanan birinci düzey sebebi dâhil etse bile en nihayetinde direktifin öngördüğü eylemin aksini gerçekleştirmesi

¹⁷⁰⁷ Bu tür dışlayıcı sebeplerle otoritatif direktiflerin teşkil ettiği dışlayıcı sebepler arasındaki temel fark dışladıkları sebeplere ilişkindir. Otoritatif direktiflerin dışlayacağı sebepler, tartışın ağır basan kısmından bazı sebepler de olabilir. Böylelikle hukuk, sebeplerin değerlendirilmesinde fark yaratarak pratik fark tezinin gereğini yerine getirebilir. Pratik fark tezinden aşağıda bahsedeceğiz.

¹⁷⁰⁸ Hatırlanacağı gibi Raz bu tür sebeplere korunan sebep (*protected reason*) ismini verir. Bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 18.

gerekebilir. Bu gibi durumlarda geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi, güçlü anlamda bağlayıcı olmayan otoritatif direktifin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Bir eylem sebebi ancak geçerli bir normdan kaynaklanacağına göre, esasında muhatabın somut durumda otoritatif direktiften kaynaklanan birinci düzey bir sebebinin olmaması gerekir. Oysa eylem sebepleri teorisinin bize söylediği birinci düzey sebeplerin dengesinde yenilen sebeplerin normatif güçlerini koruduğudur. Dolayısıyla, yenilen sebebi sağlayan norm güçlü anlamda bağlayıcı olmasa bile geçerli olabilmelidir ki sağladığı sebebin hâlâ bir sebep olduğundan bahsedebilelim.

Geçerlilik kavramının güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi durumunda sebepler dengesinde hafif kefedeyen alan olgulara bu niteliklerini kazandıran bazı normların geçersiz olması gerekir. Nitekim en nihayetinde muhatabın bu normların sağladığı sebeplere uyması gerekmez. Bu normlar güçlü anlamda bağlayıcı değildir. Burada öncelikle niçin “bazı normlar” ifadesini kullandığımıza değinmek gerekir. Hatırlanacağı gibi muhatabın bir norma uymak yönünde sahip olduğu sebepler normun kendisinden kaynaklanabileceği gibi başka normlardan da kaynaklanabilir. Örneğin bir norma aykırılığın yaptırıma bağlanmış olması durumunda muhatabın norma uymak yönünde başka bir normdan kaynaklanan sağduyu kaynaklı bir sebebi olur. Ancak, normu ihlal etme yönündeki ahlaki eylem sebebinin bu sağduyu kaynaklı sebebi yendiğini varsaydığımızda sağduyu kaynaklı sebep doğrultusunda hareket etmesek dahi yaptırımı öngören normun geçersiz kabul edilmesi gerektiğini söyleyemeyiz. Bunun nedeni yaptırım normunun muhatabının yaptırımı uygulayacak olan kişi, organ veya merci olmasıdır. Yaptırım normunun güçlü anlamda bağlayıcı, yani geçerli olup olmadığı söz konusu kişi, organ veya mercinin her şey dikkate alındığında yaptırımı uygulamasının gerekip gerekmediğine göre belirlenecektir. Öte yandan, çoğu durumda bir norma uymak yönünde sahip olduğumuz eylem sebebi başka bir normdan kaynaklansa da söz konusu sebep doğrultusunda hareket etmediğimizde bu sebebe normatif gücünü kazandıran normu da ihlal etmiş oluruz. Örneğin, hırsızlığı yasaklayan bir hukuk normuna uymak için sahip olduğumuz eylem sebeplerinden bir tanesi aynı içeriğe sahip bir ahlak normundan kaynaklanır. Eğer her şey dikkate alındığında hırsızlık yapmamızın gerektiği bir durumla karşı karşıyaysak, hukuk normunun da ahlak

normu gibi güçlü anlamda bağlayıcı olmadığı için geçersiz olduğunu söylememiz gerekecektir. Aşağıdaki açıklamalarımız bu tür durumlara ilişkindir¹⁷⁰⁹.

Bu durumda ise şöyle bir mantıksal çelişkiye düşülmektedir: Muhatabın hangi sebeplerin ağır bastığını belirlemesi için bir tartma işlemi gerçekleştirmesi ve ilgili bütün sebepleri bu tartma işleminde dikkate alması gerekir. Bu tartma sonucunda muhatap tartının hafif kefesindeki sebeplerin esasında sebep olmadığına karar verecektir. Bunun nedeni bu olgulara normatif önem atfeden normların geçersiz olduğu sonucuna varılacak olmasıdır. Bu kabul edildiğinde muhatabın bazı sebepleri değerlendirmeye konu ederek daha başlangıçta hata yaptığı düşünülmelidir. Oysa mantıken normlar sebepleri önceler. Sebeplerin yenilmesinden normun geçersizliği sonucuna varılamaz. Nitekim eğer bir norm geçerli değilse mevzubahis olgu hiçbir zaman sebep niteliği taşımamıştır.

Bu noktada şöyle bir itiraz öne sürülebilir: Norm baştan itibaren değil, sağladığı sebep tartma neticesinde yenildikten sonra geçersiz hâle gelmektedir. Dolayısıyla, söz konusu olan normun *ab initio* geçersizliği değil, *ex nunc* geçersizliğidir. Bu nedenle de sebebin başlangıçta normatif bir öneme sahip olabilmesi için normun geçerli olması gerektiği yönündeki gereklilik güçlü anlamda bağlayıcılığın geçerlilikle ilişkilendirilmesinin önünde bir engel oluşturmaz. Bu itiraz bir normun etkisiz olduğu tek bir durum dolayısıyla normun geçerliliğini yitireceğini iddia eder gibidir. Nitekim normun sağladığı sebebin belli bir somut durumda tartının hafif kefesinde olmasına rağmen, bir başka durumda ağır kefedeki bulunması mümkündür. Bu durumda itiraza göre her şey dikkate alındığında muhatabın yerine getirmesi gereken eyleme işaret edemeyen bir norm, bu başarısızlık yalnızca tek bir duruma ilişkin olsa dahi, geçerliliğini yitirmiş olacaktır. Bu durumu bir örnekle açıklamaya çalışalım.

Varsayalım ki yağmurlu günlerde şemsiye taşımamız için eylem sebebimiz vardır. Yağmurlu bir günde dışarı çıkacak olan iki kişinin sahip olduğu bu sebebin her

¹⁷⁰⁹ Bu durumda belki ahlak normunun geçerliliği ile hukuk normunun geçerliliğinin bağlayıcılık açısından farklı şartlara tabi olduğu iddia edilebilir. Böylelikle güçlü anlamda bağlayıcı olmayan hukuk normunun geçersiz olmasına rağmen güçlü anlamda bağlayıcı olmayan ahlak normunun geçerli kalacağı gösterilmeye çalışılabilir. Ancak bir ahlak normunun geçerliliği için güçlü anlamda bağlayıcılık şart değilken hukuk normu açısından niçin şart olsun? Kanımızca ahlak ve hukuk normlarının geçerliliği açısından farklı bağlayıcılık şartları öngörmek mümkün görünmemektedir.

şey dikkate alındığında yapılması gerekene işaret edip etmeyeceği somut durumdaki diğer gereklere bağlı olacaktır. Örneğin Ceren'in hâlihazırda bir şemsiyesinin bulunduğunu, Faruk'un ise şemsiyesi olmadığı gibi finansal açıdan zor bir dönemden geçtiğini ve kalan parasını şemsiye yerine daha hayati ihtiyaçlara harcaması gerektiğini varsayalım. Ceren'in her şey dikkate alındığında yapması gereken dışarı çıkarken şemsiyeyi yanına almaktır. Oysa Faruk'un durumunda değerlendirilmesi gereken başkaca sebepler vardır. Faruk'un hâlihazırda şemsiyesinin bulunmaması ve şemsiye almak için harcayacak parasının olmaması Faruk'un yağmurlu bir günde dahi şemsiye taşımaması gerektiği anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, finansal sıkıntı dolayısıyla sahip olunan sebep, şemsiye taşımak için sahip olunan sebebi yenmektedir. İtiraza göre "Yağmurlu günlerde şemsiye taşınmalıdır" şeklindeki norm, Faruk'un durumu dolayısıyla geçersiz kabul edilmelidir. Ne de olsa söz konusu norm somut durumda güçlü anlamda bağlayıcı değildir. Eğer bu doğruysa, Ceren'in başkaca bir engeli olmamasına rağmen yağmurlu bir günde şemsiye taşımak için sebebi olmayacağını söylemek durumunda kalırız. Bu tespitse açıkça irrasyonel olacaktır. Bir başka deyişle, bu itiraz farklı durumlarda farklı şekillerde değerlendirilmeye müsait olan sebeplerden yola çıkarak, genel anlamda gereklilik bildiren normların geçerliliğinin etkileneceğini ileri sürerek, geçersiz olduğu iddia edilen norma uymanın rasyonel olacağı durumları açıklayamaz hâle gelmektedir. İtirazın bu sonuçtan kaçınmasının tek yolu geçerliliği görece hâle getirerek normun belli bir muhatap açısından geçerli iken bir başkası açısından geçersiz olduğunu iddia etmek olacaktır ki bunu bir sonraki bölümde ele alacağız.

Güçlü anlamda bağlayıcılık somut durumlara ilişkindir. Belli bir normun veya eylem sebebinin belli bir durumda sahip olunan sebeplerle birlikte değerlendirildiğinde en nihayetinde yapılması gereken eyleme işaret edip etmediğiyle ilgilenir. Dolayısıyla, somut durumdaki bağlayıcılığa ilişkin yapılan bir değerlendirmeden bir normun genel geçerliliğine ilişkin sonuçlar çıkarılması uygun değildir. Ancak, belki de itirazı yanlış yorumluyoruz. İtirazı tek bir durumda güçlü anlamda bağlayıcı olamayan değil ama hiçbir muhatap tarafından olası hiçbir durumda güçlü anlamda bağlayıcı olamayacak normlara ilişkin bir itiraz olarak yorumlamak mümkündür.

Bu son ihtimali açıkça ahlaka aykırı bir hukuk normu örneğiyle ele alalım. Bu hukuk normu öyle bir norm olsun ki muhatabının söz konusu normun talep ettiği eylemi gerçekleştirmek için hiçbir ahlaki sebebi olmasın. Bununla birlikte, norma aykırılık yaptırıma bağlanmış olsun ve muhatabın norma uymak için sahip olduğu tek sebep de bu sağduyu kaynaklı sebep olsun. Söz konusu norm muhatap açısından hiçbir zaman güçlü anlamda bağlayıcı olamayacaktır. Bununla birlikte, normun uygulanabilir olduğu her somut durumda normu ihlal etmeye karar vermesi gereken muhatap, eğer bu kararın neticesinde karşılaşabileceği yaptırımı dikkate almadan bu kararı verirse irrasyonel davranmış olur. Bir başka deyişle, salt bir çıktı olarak doğru eylemi gerçekleştirmiş olsa dahi, pratik değerlendirmelerinde bir sağduyu kaynaklı sebebi olduğunu, ancak bu sebebin norma uymamak yönündeki ahlaki sebep tarafından yenildiğini değerlendirmeyen muhatap doğru eylemi yanlış bir değerlendirmeyle gerçekleştirmiş olur. Eğer hiçbir zaman güçlü anlamda bağlayıcı olmayacak olan bir normun bu nedenle geçersiz olduğunu iddia edersek, örnekteki muhatabın niçin irrasyonel olduğunu açıklayamayız. Bu noktada Hart'ın Radbruch formülüne karşı ileri sürdüğü dürüstlük (*candour*) argümanı¹⁷¹⁰ bir paralellik kurabiliriz: Doğru eylemi gerçekleştirmekle birlikte bunu ne pahasına yaptığının farkında olmayan bir muhatap da bir anlamda irrasyoneldir¹⁷¹¹.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Bir norm güçlü anlamda bağlayıcı olmasa ya da bir muhatap her şey dikkate alındığında norm tarafından sağlanan eylem sebebi doğrultusunda hareket etmek zorunda olmasa bile, söz konusu norm veya eylem sebebinin gerekli eylemin belirlenmesi sırasında dikkate alınmaması irrasyonelliktir¹⁷¹².

¹⁷¹⁰ Bkz. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, ss. 619-620.

¹⁷¹¹ Kaldı ki bu örneğimiz iki varsayıma dayanmaktadır: 1) Ahlaki sebepler sağduyu kaynaklı bütün sebepleri, bu sebeplerin önemine bakılmaksızın yenebilir. 2) Ahlaka belli bir düzeyin üzerinde aykırı olan norma uymak için hiçbir ahlaki sebebimiz olamaz. Bu varsayımların her ikisinden de şüphe edilebilir. Örneğin, eğer belli bir konunun hukuk tarafından düzenlenmesinin minimum da olsa ahlaki bir değeri olduğundan bahsedebilirsek, ikinci varsayım geçersiz hâle gelecektir. Birinci varsayımın da en azından sahip olunan ahlaki sebebin önemsiz olduğu durumlarda güçlü bir sağduyu kaynaklı sebep doğrultusunda hareket etmenin irrasyonel olmayacağını gösterebilirsek geçersiz olacaktır. Ancak, bizim örneğimizdeki ahlaka aykırılık önemli bir aykırılık olduğu için aynı argüman bu varsayımın çürütülmesi için kullanılamaz. Bunun için güçlü bir ahlaki sebebin, çok çok daha güçlü bir sağduyu kaynaklı sebep tarafından yenilip yenilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

¹⁷¹² Moreso pratik fark tezinden bahsederken hukukun normatif olabilmesi için muhataplarının değerlendirme ve eylemlerinin yapı veya içeriğini etkileyebilmesi gerektiğini belirtir (Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism", *op. cit.*, s. 115). Dolayısıyla, bir hukuk normunun normatif nitelik taşıyabilmesi için mutlaka neticede gerçekleştirilmesi gereken eylemi değiştirmesi gerekmez.

Dikkat edileceği sürece muhatabın en nihayetinde gerçekleştireceği eylem değişmeyecektir. Ancak, belli bir sebebin (normun) güçlü anlamda bağlayıcı olmadığına, ancak o sebebi dikkate aldıktan ve yarışan sebeplerle tarttıktan sonra karar verebileceğimize göre, doğru sebeple davranmak isteyen muhatabın güçlü anlamda bağlayıcı olmayan sebebi ve bu sebebi sağlayan normu da dikkate alması gerekir. Eğer güçlü anlamda bağlayıcı olmayan normun geçerli olmayacağını söylersek, var olmayan bir normun dikkate alınmaması irrasyonellik teşkil edemeyeceğinden, muhatabın bu tür durumlardaki *hatasını* ve irrasyonel eylemini (doğru eylemi yanlış sebeple gerçekleştirmek) açıklayamayız.

Bununla birlikte, burada söylediğimiz hiçbir şey sahip olunan eylem sebeplerinin dikkate alınmamasının her zaman muhatabın irrasyonelliğine işaret edeceği anlamına gelmez. Nesnel eylem sebebi anlayışı bir olgunun muhatap açısından eylem sebebi teşkil edip etmemesinin, muhatabın bu olgu hakkında sahip olduğu bilgi ve erişebileceği kanıtlara bağlı olmadığını ileri sürer¹⁷¹³. Nesnel sebep anlayışının uç bir örneği olarak şunu gösterebiliriz: Tütün mamullerinin kanserojen olması, insanların bunları tüketmemesi için eylem sebebi teşkil eder. Bu olgunun sebep niteliği içinde bulunulan dönem ve insanlığın kanser ve tütün mamulleri hakkındaki bilgisinden bağımsızdır. Dolayısıyla, yalnızca 20. yüzyılın ikinci yarısında yaşayan bir insan değil, Orta Çağ'da yaşayan bir insan da kanserojen olduğu için tütün mamulleri tüketmemelidir. Ancak, sanıyoruz Orta Çağ'da yaşayan bir insanın sahip olduğunu bilmediği bu sebebi dikkate almadığı için irrasyonel olduğunu söyleyemeyiz. Sigaranın kansere yol açtığı 20. yüzyılda ortaya konmuştur¹⁷¹⁴. Yine de burada söz konusu olan muhatabın tütün mamulleri tüketmemek yönünde bir eylem sebebinin olmaması, yani bu eylem sebebini sağlayan normun geçersizliği değil; söz konusu sebebin muhatap açısından bağlayıcı olmamasıdır. Bir başka deyişe, geçerli bir sebebi dikkate almayan muhatap, bu suretle bir hata işlemiş olmamaktadır. Dolayısıyla, geçerli eylem sebebini dikkate almamanın meşru olduğu durumlar, güçlü anlamda bağlayıcı olmayan normların geçerli olamayacağını göstermeye yaramaz.

Muhatabın ulaşması gereken sonuca ulaşabilmesi, rasyonel kabul edilebilmesi için dikkate alması gereken hususların değiştirilmesi de normativiteye işaret eder.

¹⁷¹³ Bkz. Andrew Sepielli, "Subjective and Objective Reasons", in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 785.

¹⁷¹⁴ Bkz. Robert N. Proctor, "The History of the Discovery of the Cigarette-Lung Cancer Link: Evidentiary Traditions, Corporate Denial, Global Toll", *Tobacco Control*, C. 21, S. 2 (2012), s. 87.

c. Geçerliliğin Görelileştirilmesi

Olgusal geçerlilik anlayışını incelerken Ross'un geçerlilik anlayışının dereceli olduğunu, oysa hukuk normunun varlığı olarak anlaşılan geçerliliğin siyah-beyaz ve derecelendirilemeyen bir kavram olması gerektiğini belirtmiştik. Geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılık ile ilişkilendirilmesi geçerliğin görelileştirmesi olarak adlandıracağımız bir duruma yol açar. Burada bu durumdan bahsedip, geçerliliğin yalnızca derecelendirilememe anlamında değil, bir başka anlamıyla daha siyah-beyaz bir kavram olduğunu vurgulamak istiyoruz.

Güçlü anlamda bağlayıcılık somut durumda normun gerektirdiği eylemin muhatabın her şey dikkate alındığında yerine getirmesi gereken eylem olup olmamasıyla ilgilidir. Bu nedenle de somut durum ve dolayısıyla da muhatabın sahip olduğu sebepler değiştikçe, aynı norm bazen güçlü anlamda bağlayıcıyken, bazen olamayacaktır. Şemsiye taşımaya yönelik örneğimizi hatırlayalım: Muhatabın içinde bulunduğu finansal durum, hâlihazırda bir şemsiyesinin olup olmaması gibi değişen şartlar muhataplara farklı sebepler sağlar ve bazı durumlarda bu farklı sebepler her şey dikkate alındığında yapılması gerekeni değiştirir. Eğer bir normun geçerliliği güçlü anlamda bağlayıcı olmasına bağlanırsa, aynı norm bazı muhataplar için geçerli iken bazı muhataplar için geçersiz olabilecektir. Bir başka deyişle, bir norm belli bir muhatap için varken, diğeri için yoktur. İşte böylelikle geçerlilik kavramı görelî hâle gelmiş olur.

Kanımızca bir şeyin aynı anda hem var olması hem de yok olması (normun bir muhatap açısından geçerliyken, diğeri açısından geçerli olmaması) mümkün değildir. Bununla birlikte, her iki durumda da var olan bir şeyin, iki durum açısından farklı etki göstermesi pekâlâ mümkündür. Normun varlığı geçerliliğiye, etkisi bağlayıcı gücüdür. Elbette, normun *norm olarak varlığı* minimum bir etki şartını beraberinde getirmektedir. Ancak, var olan norm kendisi dışındaki durumlar dolayısıyla (muhatapların sahip olduğu farklı eylem sebepleri) farklı durumlarda farklı etkiler gösterebilir. Bununla birlikte, varlık ortadan kalktığında etkisinin de herkes açısından aynı anda ortadan kalktığını düşünmek gerekir.

Biz yukarıda güçlü anlamda bağlayıcı olmayan normun niçin ve nasıl hâlâ bir etkisinin olabileceğini gösterdik. Buna göre bir norm güçlü anlamda bağlayıcı olmasa bile, somut durumda sağladığı eylem sebebinin muhatap tarafından dikkate alınması gerekir. Güçlü anlamda bağlayıcı olmayan normun etkisi de bu derecelendirilebilir normatif güçtedir. Kanımızca geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesine dair bu son argüman nihaidir. İlişkilendirme projesinin kesin başarısızlığına işaret etmektedir¹⁷¹⁵. Bunun nedeni argümanın varlık ve etkisi hakkında kavramsal bir gerçekten hareket ediyor olmasıdır. Geçerlilik ve güçlü anlamda bağlayıcılık kavramları, geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılığa ve güçlü anlamda bağlayıcı olmamanın geçersizliğe yol açmayacağı bir biçimde ayrılmalıdır.

B. ZAYIF ANLAMDA BAĞLAYICILIK

Güçlü anlamda bağlayıcılık hakkında tartışıklarımız bu kavramın geçerliliğin bir şartı olarak öngörülmesinin doğru olmayacağını, bu ilişkilendirmenin kimi zaman geçerlilik kavramını hukuk sistemlerinin işleyişini açıklamaktan alıkoyacağını, kim zaman ise kavramsal çelişkilere yol açacağını göstermektedir. Geriye zayıf anlamda bağlayıcılık kavramının geçerlilik kavramıyla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceğini tartışmak kalmaktadır. Hemen belirtelim ki bu noktada geriye kalan tek olasılığın zayıf anlamda bağlayıcılık olmasından yola çıkarak bir sonuca ulaşmamız mümkün değildir. Nitekim yukarıda bağlayıcılığın iki farklı anlamda kullanılabileceğini iddia etmemize rağmen bu iki farklı anlamın dışında başka anlamların mevcut olamayacağını göstermedik. Öte yandan, eğer zayıf anlamda bağlayıcılık ve geçerliliğin ilişkilendirilebileceğini, bu ilişkilendirmenin teorik ve mantıksal açıdan sorunlara yol açmadığını gösterebilirsek -ki bunu yapabilmeyi umuyoruz-, bağlayıcılığın diğer olası anlamlarını değerlendirmeye ihtiyaç duymadan tam bir geçerlilik tanımına ulaşmış olacağız.

¹⁷¹⁵ Alf Ross'un geçerlilik anlayışını tartışırken varlık-geçerlilik-etkililik özdeşleştirilmesi kurulamayacak olsa bile geçerlilik-etkililik-bağlayıcılık özdeşleştirmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştik. Bir başka deyişle, başlangıçta geçerlilik kavramını normun varlığıyla değil de güçlü anlamda bağlayıcılığıyla eş anlamlı kabul edersek ortada bir kavramsal çelişkinin bulunmayacağı düşünülebilir. Ancak, yine Ross'un anlayışını eleştirirken Eliaz ve Załuski'ye dayanarak (Eliaz ve Załuski, "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *op. cit.*, ss. 249-250) ileri sürdüğümüz gibi, böyle bir özdeşleştirme yalnızca geçerlilik ismini farklı bir duruma vermek anlamına gelecek, siyah-beyaz ve varlık anlamına gelen bir geçerlilik anlayışına ihtiyaç ortadan kalkmayacaktır.

Güçlü anlamda bağlayıcılığa ilişkin yaptığımız tartışmalarda gördük ki bir eylem sebebinin mevcut olduğu, ancak muhatabın bu eylem sebebinin işaret ettiği eylemi gerçekleştirmek zorunda olmadığı durumlar mevcuttur¹⁷¹⁶. Bir eylem sebebinin başka eylem sebepleriyle çatıştığı durumlarda söz konusu olan budur. Bu durumlarda muhatap ağır basan eylem sebepleri doğrultusunda hareket edecek, hafif gelen kefedeki eylem sebebi veya sebepleri muhatap açısından güçlü anlamda bağlayıcı olmayacaktır. Ancak, eğer bu eylem sebepleri hâlâ birer eylem sebebiyse ve bunları dikkate almadan hareket eden bir muhatap irrasyonel olacaksa, ortaya konacak olan geçerlilik anlayışının bu durumu açıklayabilmesi gerekir. Güçlü anlamda bağlayıcı olmayan bir eylem sebebinin geçersiz olduğu iddia edilirse, var olmayan bir sebebi dikkate almayan muhatabın niçin irrasyonel olduğunun açıklanamadığı durumlarla karşılaşırız.

Benzer bir durum normlar açısından normatif çatışmalar durumunda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi normların çatışması durumunda çatışma bu normlardan birinin geçersiz olduğu düşünülerek çözülmez. Elbette bazı çatışmalar neticesinde (aykırılık niteliği taşıyan çatışmalar gibi) normlardan bir tanesinin geçersiz kılınacağı öngörülmüş olabilir. Ancak, aynı durumun bütün çatışmalar açısından geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Genel olarak çatışan normlardan bir tanesi geçerliliğini korumakla birlikte güçlü anlamda bağlayıcılığını kaybeder. Somut durumda uygulanmayacağı gibi, muhatabın da güçlü anlamda bağlayıcı olmayan norma uymaması gerekir. Ancak, tıpkı sebepler açısından olduğu gibi çatışan normlar durumunda da ihmal edilecek olan normu dikkate almayan ve ihmal işlemi doğru gerekçeyle gerçekleştirmeyen muhatap belli bir irrasyonellik sergilemiş olur. Her ne kadar en nihayetinde muhatabın eylemi normatif düzenin gerektirdiği eylem olsa da, çatışan normların farkında olan ve doğru gerekçeyle normlardan birini ihmal eden muhatap ile ölçü olarak yalnızca uygulama önceliğine sahip olan normu dikkate alan muhatap arasında rasyonellik açısından fark bulunur. Örneğin normatif çatışmanın bir hukuk sisteminde cereyan ettiğini varsayarsak, ihmal eden muhatap da etmeyen muhatap da ihlal nedeniyle cezalandırılmayacak olabilir. Bununla birlikte, bu muhataplardan biri doğru sebeple hareket ederken, diğerrinin eylemi ancak rastlantısal

¹⁷¹⁶ İkinci bir örnek de dışlayıcı sebep nedeniyle güçlü anlamda bağlayıcı olamayan eylem sebeplerinin durumudur. Ancak burada yalnızca karşıt sebeplerin tartışılması/normatif çatışma durumuna değineceğiz.

biçimde doğrudur. Dolayısıyla, geçerlilik anlayışının ilişkilendirileceği bağlayıcılığın ihmalde bulunmayan muhatabın irrasyonelliğini açıklayabilmesi gerekir.

Kant’a göre ahlak eylemi doğru sebeple gerçekleştirmek yönündeki içsel süreçle ilgilidir. Hukuk ise yalnızca muhatabın neticede gerçekleştirdiği (dışsal) eylemin talep edilen eylem olmasını gerektirir¹⁷¹⁷. Bir başka deyişle, ortada hukuken bir ihlal olduğunu söyleyebilmemiz için muhatabın nihai eyleminin normun talebiyle uyumsuz olması gerekir. Bununla birlikte, bu durumun hukuk sistemindeki bütün muhataplar açısından geçerli olmadığını düşünüyoruz. Örneğin hâkimlerin kararları yalnızca doğru yönde olmakla kalmamalı, aynı zamanda doğru gerekçeyle verilmelidir. Aksi hâlde kararların üst mahkemeler tarafından düzelterek onanması mümkündür. Bu durumda hukuk dünyasında geçerli olan gerekçe ilk derece mahkemesinin değil, üst mahkemenin gerekçesi olacaktır. Kaldı ki, hukuki normativiteyi bir kez ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplerle açıklamaya kalktığımızda muhatabın eyleminde rasyonel olup olmadığıyla, herhangi bir hukuk kuralını ihlal edip etmediği soruları ayrılabilir hâle gelir. Nitekim neticede güçlü anlamda bağlayıcı olmayan bir norma uymayan muhatap doğru davranmış olsa da hukuk normunu ihlal edecektir. Yani, hukuk normunun bağlayıcılığından kastımız zaten bir anlamda muhatabın hukuku ihlal etmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu nedenle de burada söylediklerimizde bir çelişki, hukuki normativite açısından bir sakınca olduğunu düşünmüyoruz.

Bizim aradığımız bağlayıcılık anlayışı “normatif güç” olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla, muhatabın belli bir norma uymak yönünde bu norm veya başka bir norm tarafından sağlanan herhangi bir eylem sebebi mevcutsa, söz konusu normun minimum ölçüde bağlayıcı olduğuna karar vermek gerekir. Nitekim bu normun muhatapları açısından en azından dikkate alınma gerekliliği arz ettiğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte, bir normun minimum derecede bağlayıcı olması için muhatabın sahip olduğu eylem sebebini bağlayıcılığı tartışılan normun sağlamasının gerekmediğini ortaya koymamız gerekir. Bu bağlamda pratik fark tezini inceleyeceğiz.

¹⁷¹⁷ Bkz. Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, ed. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, ss. 42-43. Ayrıca bkz. Patrick Capps ve Julian Rivers, “Kant’s Concept of Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 63, S. 2 (2018), ss. 289-290.

1. Pratik Fark Tezi (*The Practical Difference Thesis*)

Rasyonel olabilmeleri için muhatapların ne yapacaklarına eylem sebepleri temelinde karar vermesi gerekir¹⁷¹⁸. Değerlendirmeye konu eylem sebepleri birinci düzey olabileceği gibi ikinci düzey de olabilir. Normlar, ister ilkeler biçiminde ortaya çıksınlar isterse kural, muhatapların bu pratik değerlendirmelerinde değişikliklere yol açar. Bu değişiklik sebepler dengesine daha önce mevcut olmayan bir sebebin eklenmesi, bazı sebeplere dayanarak hareket etmekten kaçınılması vb. şekillerde ortaya çıkabilir. Pratik fark tezi genel olarak şunu ifade eder: Hukukun normatif olduğundan bahsedebilmek için bu kuralların muhataplarının pratik değerlendirmelerinde veya eylemlerinde değişikliğe yol açabiliyor olması gerekir¹⁷¹⁹. Hukuk normları muhataplarına iki şekilde rehberlik eder. İlk olarak bir kural muhatabı sırf o eylemi düzenlemesi sebebiyle belli bir eylemi gerçekleştirmek yönünde motive edebilir. Buna motivasyonel rehberlik ismi verilir¹⁷²⁰. İkinci olaraksa kural eylem yönünde motivasyon sağlamasa bile muhatabı yükümlülükleri konusunda bilgilendirir. Buna epistemik rehberlik ismi verilir¹⁷²¹.

Pratik farkın değerlendirme veya eylemlerde ortaya çıkabileceğini söyledik. Buradaki “veya” konusunda kısa bir açıklama yapmamız gerekir. Coleman “pratik değerlendirme ve eylemlerde” değişiklikten bahsetmektedir¹⁷²². Buradan yola çıkarak pratik farklılığın ortaya çıkması için değerlendirme ve eylemlerdeki farklılığın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerektiği düşünülebilir. Biz “ve” bağlacının bu şekilde yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun ilk nedeni değerlendirme ve eylemlerdeki değişikliğin bir arada gerçekleşmesi gerektiğini kabul ettiğimizde “değerlendirmelerdeki değişiklik” ifadesinin lüzumsuz hâle gelmesidir. Nitekim bir pratik değerlendirme neticesinde gerçekleştirilecek eylem değişecekse, pratik

¹⁷¹⁸ Coleman, “Authority and Reason”, *op. cit.*, s. 303.

¹⁷¹⁹ Bkz. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 402; Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 46; Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 38; Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 115.

¹⁷²⁰ Scott J. Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, C. 4, S. 4 (1998), s. 490; Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 403.

¹⁷²¹ Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, s. 490; Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 403.

¹⁷²² Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 383. Aynı yönde bkz. Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 115.

değerlendirmenin mutlaka değişmesi gerekir. Bu durumda yalnızca eylemde değişiklik aranması yeterli olacaktır. Pratik fark için neticede gerçekleştirilmesi gereken eylemde değişiklik aramanın sakıncalarına aşağıda değineceğiz. “Ve” bağlacının değerlendirme ve eylemdeki değişikliğin kümülatif olarak gerçekleşmesini gerektirmediği yönündeki düşüncemizin ikinci sebebi bazı yazarların yalnızca pratik değerlendirmelerdeki değişiklikten bahsediyor olmasıdır¹⁷²³. Dolayısıyla, pratik fark tezinin bu formülasyonunun anlamı hukukun genel olarak muhatapların eylem ve pratik değerlendirmelerinde farklılık yaratabilmesi gerektiğini ifade eder.

Pratik fark tezi genellikle yumuşak ve sert pozitivizm arasındaki tartışmalarda sert pozitivizm lehine bir tez olarak ileri sürülmektedir¹⁷²⁴. Bununla birlikte, pratik fark tezinin yumuşak pozitivizmin iddialarını çürütmediği de savunulmaktadır¹⁷²⁵. Yumuşak ve sert pozitivizm arasındaki tartışma bizim konumuz değildir. Bununla birlikte, hukuk kurallarının normativitesini zayıf anlamda bağlayıcılık anlayışıyla açıklayabilmek için bu tartışmadaki bazı hususlara değinmemiz gerekecektir.

Her ne kadar pratik fark tezi genel itibarıyla muhatapların “değerlendirmelerde değişiklik yaratma”yı içerse de, kimi yazarların bazı ifadeleri değişikliğin değerlendirmede gerçekleşmesinin yeterli olduğu fikrine gölge düşürmektedir. Güçlü ve zayıf anlamda bağlayıcılık kavramları arasındaki farkı ortaya koyabilmek için bu soruya bir yanıt vermemiz gerekmektedir. Örneğin Scott Shapiro bir yerde kuralların pratik fark yaratmasından *herhangi bir kimsenin* pratik akıl yürütmesini etkilemeyi kastetmekteyken¹⁷²⁶, aynı çalışmanın başka bir yerinde pratik farklılığı muhatapın neticede gerçekleştirmesi gereken eylemin değiştirilmesi olarak algılamaktadır. Shapiro’ya göre:

¹⁷²³ Örn. bkz. Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 46 [“...*inclusive rules of recognition... render laws purportedly valid under them incapable of making any practical difference in our deliberations concerning what we ought to do*”]; Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 38 [“...*Practical Difference Thesis asserts that every legal norm must be capable of making a practical difference in the deliberations of those...*”].

¹⁷²⁴ Örn. bkz. Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷²⁵ Bkz. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, *passim*; Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, *passim*; Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, *passim*; Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op.cit.*, *passim*.

¹⁷²⁶ Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, s. 504.

“Bir kuralın pratik bir fark yaratıp yaratmadığını bilebilmek için, muhatap kurala başvurmasaydı ne olacağını düşünmemiz gerekir. Kural ancak bu aksi durumda [*counterfactual circumstance*] muhatap kurala uygun davranmayacaksa [*conform*] onun pratik akıl yürütmesinde bir fark yaratır. Öte yandan, eğer muhatap kurala başvurmasa bile kurala uygun davranacaksa [*conform*], kuralın pratik bir fark yaratmadığı sonucuna varmamız gerekir.”¹⁷²⁷

Bu alıntı yeterince açık olmayabilir. Bazı açıklamalarda bulunalım. İlk olarak uymak (*comply*) ve uygun davranmak (*conform*) farklı kavramlardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir kurala uyan muhatap, söz konusu kuralı eyleminin dayanağı hâline getirir. Bir kurala uygun davranma durumunda ise, söz konusu kural eylemin dayanağı olmasa da, en nihayetinde muhatapın gerçekleştirdiği eylem normun gerektirdiği eylem olabilir. Daha önce muhatapın bir dışlayıcı sebep dolayısıyla uyulması mümkün olmayan eylem sebeplerine uygun davranmak için sebebi olduğundan bahsetmiştik. Peki ama dışlanan sebebe uyulmasa bile uygun davranmak hangi şartlar altında mümkün olur? Şöyle bir örnek verebiliriz: Dışlayıcı sebepler, sebepler tartışının bir kefesinde yer alan sebeplerin hepsini değil, bir kısmını dışlıyor olabilir. Bu durumda muhatap kalan sebeplerin ağırlık dengesine göre hareket edecektir. Her ne kadar kefelerden birinde kalan sebeplerden birkaçına dayanarak hareket etmek mümkün olmasa da dışlanmış sebeplerin yer aldığı kefenin yine de ağır gelmesi mümkündür. Bu durumda muhatap her ne kadar dışlanmış sebeplere dayanarak hareket etmese de, en nihayetinde bu sebeplerin desteklediği eylemi gerçekleştirecektir. Dolayısıyla, muhatap dışlanmış eylem sebeplerine *uymasa* bile, en nihayetinde bunlara uygun davranmış olacaktır.

Bu örneği Shapiro’nun bahsettiği duruma uygulayalım. Eğer kuralın sağladığı eylem sebebi olmasaydı da muhatap sebepler dengesine göre aynı eylemi gerçekleştirecekse, kuralın pratik bir fark yarattığından bahsedemeyiz. Kanımızca bu akıl yürütmeye bazı sorunlar mevcuttur. İlk olarak, dışlanmış eylem sebeplerinin hâlâ birer eylem sebebi olduğunu hatırlayalım. Her ne kadar muhatap somut durumda söz konusu sebeplere uyamayacak olsa da, bu olguların sebep olarak varlığı muhatapın pratik akıl yürütmesinde bazı değişikliklere yol açmaktadır. Nitekim muhatapın gereken eylemi gerçekleştirirken dışlanmış sebeplere uygun davranmasının bir yolu mevcutsa,

¹⁷²⁷ *Ibid.*, ss. 495-496.

bu yolu tercih etmelidir. Eğer pratik fark bir muhatabın pratik akıl yürütmesinde değişikliğe yol açmak şeklinde de ortaya çıkabiliyorsa mühim olanın başvurulmayan kural neticesinde ulaşılan nihai sonucun değişmesi olmamalıdır. Eğer söz konusu kural muhatabın akıl yürütmesinde söz konusu kural olmadan gerçekleşmeyecek bir rol oynuyorsa, kuralın pratik bir fark yarattığından bahsedebilmemiz gerekir. Örneğin varsayalım ki muhatabın başvurmadığı kural belli bir eylemin gerçekleştirilmesini yaptırıma bağlamak suretiyle muhataba eylem aleyhinde sağduyu kaynaklı bir sebep sağlamaktadır. Söz konusu eylem aleyhine yaptırım dışında sağduyu kaynaklı veya ahlaki sebepler bulunabilir. Bu durumda, yaptırımın yokluğunda dahi muhatabın eylem aleyhine var olan diğer sağduyu kaynaklı veya ahlaki sebepleri izleyerek eylemi gerçekleştirmekten kaçınması gerekebilir. Bu durumda varılması gereken sonuç yaptırım biçiminde ortaya çıkan sağduyu kaynaklı sebebi sağlayan kuralın yokluğunda da kuralın yaptırıma bağladığı eylemi gerçekleştirmekten kaçınılması gerekmesi, yaptırım normunun pratik bir fark yaratmadığı olmamalıdır. Neticede kural muhataba daha önce sahip olmadığı bir sebep sağlamaktadır. Kurala dayanarak hareket etseydi, muhatabın toplamda söz konusu eylemi gerçekleştirmekten kaçınmak yönünde daha güçlü sebepleri olacaktı. Ancak, sebepler dengesi eylemden kaçınmak yönünde o denli ağır basmaktadır ki, sağduyu kaynaklı sebebin yokluğunda veya bu sebebe dayanılmadığı durumda dahi muhatabın gerçekleştirmesi gereken eylem değişmemektedir.

İşlevselci hukuk anlayışı pratik fark yaratamayan bir hukuk normunun mümkün olmadığını iddia eder. Buna göre, nasıl hiçbir şeyi kesemeyen bir bıçak, bıçak olarak nitelendirilemezse, kimsenin pratik akıl yürütmesinde bir fark yaratamayan bir hukuk kuralı da esasında bir hukuk kuralı değildir¹⁷²⁸. Eğer pratik fark Shapiro'nun yukarıdaki örneğinde olduğu gibi “neticede gerçekleştirilmesi gereken eylemi değiştirmek” olarak algılanırsa, hukuk normunun varlığı ile güçlü anlamda bağlayıcılığı arasında bir bağ kurulmuş olur. Biz yukarıda bu ilişkilendirmenin niçin yerinde olmadığını birçok açıdan açıklamaya çalıştık.

¹⁷²⁸ Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, s. 504; Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 402.

Burada çatışan normların durumunu hatırlayalım. Varsayalım ki aynı hiyerarşik seviyede yer alan normlardan sonraki tarihli olanla önceki tarihli olan arasında bir çatışma var ve bu çatışma *lex posterior* ilkesi dolayısıyla önceki normun uygulanmasını tamamen imkânsız kılıyor. Bu durumda sonraki tarihli norm var olduğu sürece önceki tarihli normun uygulanması, yani bu normun herhangi bir muhatabın pratik değerlendirmesinde (gereklik anlamında) bir değişiklik yaratması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle normun aslında bir hukuk normu olmadığına iddia edilmesi gerekecektir. İhmal edilen normun geçerliliğini niçin koruyacağını daha önce açıklamıştık. Bu tür normların hiçbir muhatabın gerçekleştirmesi gereken eylemi değiştirmemesine rağmen geçerli olmalarının iki pratik açıdan iki önemi vardır: 1) ihmal edilen normlar uygulama önceliğine sahip olan normun ilga veya iptal edilmesiyle birlikte başkaca bir işleme gerek olmaksızın uygulama bulabilirler ve 2) ihmal edilen norm uygulama bulmak suretiyle bir muhatabın gerçekleştirmesi gereken eylemi etkileyemeyecek olsa dahi, söz konusu normu pratik değerlendirmesinde ihmal etmeden uygulama önceliğine sahip olan norma dayanarak hareket eden muhatap, her ne kadar çıktı olarak doğru eylemi sergilese de pratik akıl yürütme açısından kusurlu olacaktır.

Shapiro pratik fark tezine sadık kalarak ahlaki ilke ve normlara hukuk düzeni tarafından geçerlilik tanınabileceğini ileri süren yumuşak pozitivizmi reddeder. Jules Coleman ise yumuşak pozitivizm lehine pratik fark tezini terk etmeyi veya önemli ölçüde değiştirmeyi teklif eder¹⁷²⁹. Ona göre içealım¹⁷³⁰ (*incorporation*) ve pratik fark tezlerinin bir arada barınması mümkün değildir¹⁷³¹. Burada yumuşak pozitivizm lehine argümanlar bizi ilgilendirmemektedir. Dolayısıyla, burada yalnızca Coleman'ın pratik fark tezine yaklaşımına değinmek istiyoruz.

Coleman'a göre pratik fark tezi en azından şu iki farklı ama ilişkili önermeye sadık kalır: 1) Hukuk zorunlu olarak pratik fark yarattığını iddia eder ve 2) bu iddianın doğru olabilmesi için bütün hukuk kurallarının ilkesel olarak pratik fark yaratabilmesi

¹⁷²⁹ Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 383.

¹⁷³⁰ İçealım tezi burada yumuşak pozitivizm tarafından savunulan, ahlaki ilke ve normların bir hukuk sisteminin tanıma kurallarının atfıyla hukuk sisteminde geçerli kılınabileceği ve hukuk normlarının geçerliliği ve içeriğinin bu normlara atfıyla belirlenebileceği düşüncesini ifade eder.

¹⁷³¹ Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 422.

gerekir¹⁷³². Coleman’a göre bu iki önermeden ilkinin kabul etmeden ikincisini kabul etmek mümkün olsa da, ilkinin ikincisi olmadan kabul etmek mümkün değildir¹⁷³³. Raz’ın otorite iddiasını ele alalım. Bütün hukuk kurallarının meşru otorite iddiası ileri sürdüğünü düşünen Raz, bu iddianın en azından kimi şartlar altında doğru olabilmesi gerektiğini ileri sürmekteydi¹⁷³⁴. Pratik fark tezinin önermeleri arasındaki ilişki de benzerdir. Eğer bütün hukuk kuralları pratik bir fark yarattıklarını iddia ediyorlarsa, ilkesel olarak bu farkı yaratabilmeleri mümkün olmalıdır. Coleman pratik fark tezini reddederken ilk önermeyi reddetmekte, ancak ikinci önermeye sadık kalmaktadır¹⁷³⁵.

Coleman pratik fark yaratma kriterinin bir hukuk kuralının geçerliliğinin şartı olarak görülmesine karşı çıkmaktadır. Buna göre, hukuk kurallarının genel itibarıyla muhatapların değerlendirme ve eylemlerini etkilediği doğrudur¹⁷³⁶. Bu etkileme eylem sebebi veya bilgi sağlama (epistemik rehberlik) şekillerinde ortaya çıkar¹⁷³⁷. Ancak, Coleman’a göre bir kuralın sırf pratik bir fark yaratmadığı için geçersiz olmasını anlamak zordur¹⁷³⁸.

Waluchow da pratik bir fark yaratmayan kuralların geçersiz olmayacağı konusunda Coleman’a katılmaktadır. Bunun nedeni pratik bir fark yaratabilmenin genel olarak hukuk sisteminin bir niteliği olarak görülmesidir¹⁷³⁹. Hukuk sisteminin bütününün pratik bir fark yaratması gerektiği düşünülebilir, ancak bu sisteme mensup olan bütün kuralların fark yaratmasına gerek yoktur¹⁷⁴⁰. Hukuk sisteminin normatif nitelik taşıyabilmesi için gerekli olan bir şartın, o sistemin bütün üyeleri tarafından yerine getirilmesi gerektiği söylenemez. Burada Coleman ve Waluchow’un görüşünün niçin doğru olduğuna dair ek bazı argümanlar sunmak niyetindeyiz. Bu argümanları sunduktan sonra “normun bir sebep sağlaması” ile “norma uymak için sebebe sahip olmak” arasındaki farkı açıklayacak ve zayıf anlamda bağlayıcılık için niçin bunlardan ikincisinin temel alınması gerektiğini ortaya koyacağız.

¹⁷³² *Ibid.*, s. 424.

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, s. 215.

¹⁷³⁵ Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 424.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ *Ibid.*

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ Waluchow, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 76.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.* Aynı yönde bkz. Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 28.

Niçin hukuk sisteminin bütününün pratik açıdan bir fark yaratması gerekir? Bir başka deyişle, hukuk sisteminin niçin muhataplarının pratik değerlendirme veya gerçekleştirmeleri gereken eylemlerde bir değişikliğe yol açması gerekir? Hukuki normativite ahlaki ve sağduyu kaynaklı normativite ile ilişki içindedir¹⁷⁴¹. Bir başka deyişle, hukuk normuna uyma gerekliliği ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir sebepten ileri gelir. Bu iki türden bağımsız bir “hukuki sebep” kategorisi bulunmaz. Bununla birlikte, hukuk normundan kaynaklanan veya hukuk normuna uymak için sahip olunan sebeplere “hukuki sebep” denmesinde bir sakınca yoktur. Yeter ki bu sebebin en nihayetinde ahlaki ya da sağduyu kaynaklı olacağı unutulmasın. Eğer hukuk sistemleri vatandaşların hukukun yokluğunda sahip olduğu eylem sebeplerinde hiçbir değişikliğe yol açamıyorsa, hukuki normativiteden bahsetmenin bir anlamı kalmaz. Kişilerin hukuken yapması gereken ahlak veya sağduyu açısından yapması gerekene eşitlenir. Hukuk kuralları ancak ahlak veya sağduyu açısından yapılması gerekenlerin bir listesi niteliği taşıyabilir. Bu nedenle, hukuki normativiteden bahsedebilmek için hukuk sisteminin genel olarak muhataplarının sahip olduğu eylem sebeplerine etki ederek, muhatapın pratik değerlendirmesini veya gerçekleştirmesi gereken eylemi değiştirebilmesi gerekir.

Joseph Raz’ın otorite temelli hukuki normativite anlayışı hukuk kurallarının muhatapların sahip olduğu sebepleri ve bu sebeplere ilişkin akıl yürütmelerini nasıl etkileyebildiğini açıklamaktadır. Otoritatif direktifler dışlayıcı sebep niteliği taşır ve muhataplarının pratik değerlendirmelerinde değişikliğe yol açar. Hukuk kuralının dışlayıcı sebep niteliği taşımadığı, örneğin meşru olmayan bir otorite tarafından ihdas edilen kuralların muhatapların pratik değerlendirmesini etkileyip etkileyemeyeceği sorulabilir. Hukukun meşru ahlaki otorite¹⁷⁴² tarafından ihdas edilmediği durumlarda dahi muhataplarının sahip olduğu eylem sebeplerini değiştirebilme gücü sağduyu kaynaklı sebeplerden kaynaklanır. Yaptırımlar muhataplarına sağduyu kaynaklı sebepler sağlayarak bu muhatapların pratik değerlendirmelerini etkiler. Elbette, bizim bu çalışma

¹⁷⁴¹ Hatırlanacağı gibi Kramer hukuki eylem sebeplerinin ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplerden ibaret olduğunu iddia etmekteydi. Bkz. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, *op. cit.*, s. 82, dn. 4.

¹⁷⁴² Bu noktada “meşru otorite”nin göreliliğini, bir muhatap açısından meşru otorite konumunda olan bir *de facto* otoritenin bir başka muhatap açısından meşru olmayabileceğini tekrar hatırlatalım. Dolayısıyla, *de facto* otoritenin meşruiyetine bir kerede ve ilelebet karar vermek mümkün olmamaktadır. Bu değerlendirme her muhatap ve her somut durum açısından ayrı ayrı yapılmalıdır.

açısından benimsediğimiz, ancak doğruluğunun su götürür olduğunu belirttiğimiz görüşe göre, vatandaşların uymamak için ahlaki bir sebebi olduğu normlar açısından yaptırım öngörülmüş olması, bu muhatapların norma uymasını gerektiremez. Nitekim ahlaki gereklilikler sağduyu kaynaklı gereklilikleri her zaman yener. Bununla birlikte, pratik fark tezine ilişkin tartışmada belirttiğimiz gibi, pratik farkın varlığı için pratik değerlendirmenin değişmesi yeterlidir. Bir başka deyişle, muhatabın belli bir hukuk kuralına uymamak yönünde ahlaki bir sebebi olsa dahi, bu norma uymak lehindeki sağduyu kaynaklı sebepleri dikkate almadan, ahlaki sebeplerin bağlayıcılık anlamında bu sebeplere üstünlüğüne vurgu yapmadan ahlaki sebepler doğrultusunda hareket eden muhatap irrasyonel olacaktır. Nitekim bu muhatap pratik değerlendirmesinde hatalıdır.

Burada sorduğumuz asıl soru ise söz konusu pratik farkı yaratmadığı durumlarda hukuk kurallarının norm niteliği taşıdığını söyleyip söyleyemeyeceğimizdir. Bir hukuk sisteminde “Kimse öldürmeyecektir” şeklinde bir kanun çıkarıldığını ve bu kuralın herhangi bir yaptırıma bağlanmadığını düşünelim. Ayrıca, kanunu ihdas eden otoritenin genel itibarıyla ahlaki açıdan yozlaşmış, bir başka deyişle muhatapları açısından ahlaki konularda meşru otorite niteliği taşımayan bir otorite olduğunu varsayalım. “Öldürmemek” aynı zamanda ahlaki bir yükümlülük olduğu için, söz konusu kanun muhatapların hâlihazırda sahip olduğu eylem sebeplerini değiştirmemekte, yaptırım veya dışlayıcı sebep teşkil etmesi söz konusu olmadığı için pratik değerlendirme ve sonuçlarda herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır. Bu kanun bir hukuk normu değil midir?

Biz söz konusu kanunun -sistemsal anlamda da geçerli olduğu sürece- hukuk normu niteliği taşıdığını düşünüyoruz. Bunun sebebi, bir irade açıklamasının norm niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirirken sorulması gereken sorunun “Bu irade açıklaması muhataplara yeni eylem sebepleri sağlıyor mu?” sorusundan ziyade “Muhatapların söz konusu irade açıklamasına uymak için sebebi var mı?” olduğunu düşünmemizdir. “Hukuk normatif midir?” sorusu ilk aşamada muhataplarının hukuka uymak için sebebi olup olmadığına ilişkin bir sorudur, muhatapların hukuk dolayısıyla yeni sebepleri olup olmadığına ilişkin değil.

Ahlakı ele alalım. Ahlak statik bir normatif sistemdir. Bu anlamda ahlakta belli bir normun içeriğinden başka normlar istihraç edilir¹⁷⁴³. Örneğin, yalan söylememe, kandırmama ve sözünü tutmaya ilişkin daha özel ahlaki normlar doğru sözlülüğün (*truthfulness*) gerekliliğine ilişkin daha genel bir normdan türetilir¹⁷⁴⁴. Bu anlamda yalan söylememek ve insanları kandırmamak yönünde ahlaki normlar mevcuttur, ancak bu normlar muhataplarına daha önceden sahip olmadıkları yeni bir eylem sebebi sunmamaktadır. Muhatabın sahip olduğu eylem sebebi hâlihazırda dürüstlüğe ve doğru sözlülüğe ilişkin en genel nitelikteki norm tarafından sağlanmaktadır. Bununla birlikte, yalan söylememe ve insanları kandırmama yönündeki ahlaki normların varlığından (geçerliliğinden) şüphe duymamız için bir sebep bulunmamaktadır. Bu durumda sorulması gereken soru hukuk normları açısından durumun niçin farklı olması gerektiğidir.

Bariz bir yanıt hukukun statik değil, dinamik bir normatif sistem olduğunu ileri sürecektir. Dinamik normatif sistemler norm yaratma yetkisini devreden bir temel norma dayanan ve normların birbirinin içeriğinden istihraç edilmektense belli bir usulle yaratıldığı için geçerli olduğu sistemlerdir¹⁷⁴⁵. Bir başka normun içeriğinden çıkarsanan normların yeni eylem sebepleri sunması gerekmebilir, ancak dinamik normatif sistemlerde durum farklıdır. Norm yaratma yetkisi daha önceden var olan normların içeriğinden çıkarsama yapmak için değil, daha önceden var olmayan, yeni bir norm ihdas etmek için devredilmektedir. Dolayısıyla, ortada bir hukuk normu olduğundan bahsedebilmemiz için bu normun muhatapların eylem sebeplerini değiştirebilmesi gerekir¹⁷⁴⁶.

Biz hukukun dinamik bir normatif sistem olduğunu reddetmiyoruz. Zaten sistemsel geçerlilik anlayışını nihai geçerlilik anlayışımıza entegre etmeye çalışmamızın nedeni de hukukun en nihayetinde dinamik bir normatif sistem olduğunu kabul etmemizdir. Bu noktada sistemsel geçerliliği nihai geçerlilik anlayışının *sine qua non* şartı olarak benimsemek gerekir. Daha önce de vurguladığımız gibi, sistemsel geçerlilik

¹⁷⁴³ Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 112.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, ss. 112-113.

¹⁷⁴⁶ Bu noktada muhatabın sahip olduğu birinci düzey eylem sebeplerinin değerlendirilme şeklinin değiştirilmesinin de en nihayetinde ikinci düzey eylem sebeplerinin değiştirilmesi anlamına geleceği için “eylem sebeplerinin değiştirilmesi”nden bahsetmekle yetindiğimizi belirtmek isteriz.

norm niteliğini garanti etmek için yeterli değildir. Norm niteliğinin garanti edilmesi için minimum bir bağlayıcılık kriteri aramak gerekir. Dolayısıyla, bir irade açıklamasının “hukuk normu” olabilmesi için sistemsel geçerliliğe sahip olması, yani dinamik bir sistem içinde yaratılmanın şartlarını yerine getirmesi hukuk normu olmanın *per quam* şartı konumunda değildir.

Bununla birlikte hukukun tamamen dinamik bir normatif sistem olduğu düşüncesine itiraz edilebilir. Bir hukuk sisteminde yalnızca belli bir organ tarafından ihdas edilen normlar değil, bunların mantıksal sonuçları da geçerlidir¹⁷⁴⁷. Mantıksal çıkarımla geçerli şekilde ihdas edilen normun içeriğinden başka normlar elde edilmesine “normların mantıksal olarak geliştirilmesi” (*logical development of norms*) ismi verilir¹⁷⁴⁸. Sistemsel geçerliliğe ilişkin bu tespit doğruysa, ki biz doğru olmadığını düşünmek için bir sebep göremiyoruz, hukuk sisteminde de statik bir normatif sistem olan ahlakta olduğuna benzer bir geçerlilikten bahsetmek mümkündür. Kanun koyucunun ihdas ettiği norm, bu normun içeriğinden mantıksal olarak çıkarsanabilen başkaca normları da geçerli kılar. Genel normdan çıkarsanan bu tür normlar muhataplara yeni eylem sebepleri sunmaz. Bununla birlikte geçerli kabul edilirler.

Netice itibarıyla bir irade açıklamasının sonucunda normun ortaya çıkıp çıkmadığı söz konusu irade açıklamasının muhataba daha önceden sahip olmadığı bir eylem sebebi sağlamasıyla değil, muhatabın bu irade açıklamasının işaret ettiği eylemi gerçekleştirmek veya gerçekleştirmekten kaçınmak için bir sebebi olup olmasına bağlanmalıdır. İşte zayıf anlamda bağlayıcılığı bu noktada tespit edebiliriz. Buna göre, sistemsel geçerlilik kriterlerine uygun olarak açıklanmış bir iradenin norma vücut verebilmesi için muhatapların bu irade açıklamasına uymak yönünde en azından belli bir eylem sebebine sahip olması gerekir. Söz konusu eylem sebepleri sağduyu kaynaklı veya ahlaki olabileceği gibi bunların normun kendisinden kaynaklanması gerekmez.

¹⁷⁴⁷ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 77.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, s. 78.

2. Zayıf Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik

Pratik fark tezinin hukuk sisteminin geneline ilişkin bir şart olduğunu, hukuk sisteminin genelinin pratik anlamda bir fark yaratabilmesinin gerektiğini, ancak sisteme ait normlar açısından zorunlu olmadığını vurguladık. Bu anlamda muhatabının uymak için en azından belli bir sebebe sahip olduğu normları zayıf anlamda bağlayıcı olarak nitelendirdik. Bu kısımda zayıf anlamda bağlayıcılığın nihai geçerlilik kavramıyla ilişkilendirilmesinin imkânı ve avantajları üzerinde duracağız. Ancak, daha önce üzerinde durmamız gereken bir sorun bulunmaktadır.

a. *Minimum Bağlayıcılık Şartı*

Bir irade açıklamasının norm niteliği taşıyabilmesi için en azından bir kişinin söz konusu normun ifade ettiği eylemi gerçekleştirmek için sebebi olması gerekir. Bağlayıcılık kavramının bu ifadesi ilk olarak zayıf anlamda bağlayıcılığa işaret ettiği için minimumdur. Bir başka deyişle, normun bağlayıcılığı için esas alınması gereken kıstas muhatabın en nihayetinde söz konusu normun işaret ettiği eylemi gerçekleştirmesi gerekmesi değil, muhatabın bu eylemi gerçekleştirmek yönünde normun kendisinden veya ona dışsal bir kaynaktan türeyen bir eylem sebebine sahip olmasıdır. Bu noktada normun sahip olması gereken normatif gücün minimum bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz. Norma uymak için sahip olunan eylem sebebinin aksi yöndeki eylem sebeplerini yenecek kadar güçlü olması gerekmez¹⁷⁴⁹.

Minimum bağlayıcılıktan ikinci kasıt normun bağlayıcılığı için şart koşulan eylem sebebinin normun kendisinden kaynaklanmasının gerekmemesidir. Söz konusu sebep bir eylem sebebi olduğuna göre, mutlaka bir normdan kaynaklanması gerekecektir. Ancak, bu norm bağlayıcılığı tartışılan normdan başka bir norm da olabilir. Örneğin kanımızca yaptırım yaptırımı bağlanan normdan farklı bir normdur. Dolayısıyla, zayıf anlamda bağlayıcılığın yaptırım normundan kaynaklandığı durumlarda, normun bağlayıcılığının kaynağı normun dışındadır.

¹⁷⁴⁹ Buradaki gereklilik geçerli olduğu, yani var olduğu iddia edilen normun taşıması gereken bağlayıcılık derecesine ilişkindir. Yoksa buradaki iddiamız zayıf anlamda bağlayıcılığın tek doğru bağlayıcılık anlayışı olduğu değil, geçerlilik ile ilişkilendirilmesi gereken bağlayıcılık kavramı olduğudur.

Minimum bağlayıcılık şartının ilk defa burada altını çizdiğimiz üçüncü bir anlamı bulunmaktadır. Her normun eylemini düzenlemeyi hedeflediği bir muhatap kitlesi olur. Bazı durumlarda normun muhataba ilişkin belirlenmesi muğlak olabilir¹⁷⁵⁰. Bununla birlikte, bu muğlaklığa rağmen normun belli bir muhatap kitlesi olmak zorundadır. Bu noktada sorulması gereken şudur: Zayıf anlamda bağlayıcılığın söz konusu olması için bu muhatap kitlesine mensup olan herkesin norma uymak için bir sebebi olması gerekir mi?

Normun ihlalinin yaptırıma bağlandığı durumlarda bu soru önemini kaybetmektedir. Nitekim yaptırım normun ilan edilmiş muhataplarının her biri açısından eylem sebebi sağlar¹⁷⁵¹. Uygulamada yaptırımın belli muhataplara uygulanıp, belli muhataplara uygulanmaması veya bazı muhatapların yaptırımdan kaçınmasının diğer muhataplara göre daha kolay olması yaptırımın bütün muhataplar açısından eylem sebebi sağladığı gerçeğini değiştirmez. Her şeyden önce bir yaptırımın geçmişte somut durumdaki muhatabın da dâhil olduğu bir muhatap alt kümesine (örneğin varlıklı vatandaşlara) uygulanmamış olması, somut durumdaki muhataba geleceğe yönelik mutlak bir güvence sağlamaz. Geçmişteki örnek olaylar yaptırımın çok büyük bir ihtimalle somut durumdaki muhataba uygulanmayacağını gösterebilir. Bu ise elbette yaptırımın sağladığı eylem sebebine etki eder. Ancak, bu etki eylem sebebinin herkes açısından var olup olmadığı değil, bağlayıcı gücü noktasında ortaya çıkar. Yaptırım dolayısıyla sahip olunan sağduyu kaynaklı sebebin bağlayıcı gücü sıfıra yaklaşırsa da sıfıra inmez. Benzer bir gözlem somut durumdaki muhatabın yaptırımdan kaçınmasının diğer muhataplara göre daha kolay olduğu durumlar açısından da yapılabilir. Bu durumda da muhatabın kaçınma ihtimali ne kadar yüksek olursa olsun muhatabın yaptırımdan kesin olarak kaçınabileceği söylenemeyecek, yaptırımın sağladığı sağduyu kaynaklı sebebin bağlayıcı gücü azalarak sıfıra yaklaşırsa da hiçbir zaman sıfır olmayacaktır. Zayıf anlamda bağlayıcılık için şart olan minimum normatif güce¹⁷⁵²

¹⁷⁵⁰ Örneğin, bir kanun “Başvuranların işlemleri ilgili idari makamca gerçekleştirilecektir” dediğinde ya “ilgili idari makam” hukuk sistemindeki diğer normlarca belirlenmiştir ya da sonraki tarihli bir normla belirlenecektir. En kötü ihtimalle söz konusu normun muhatap olarak idareyi ele aldığını söyleyebiliriz. Burada muhatabın belirlenmesine ilişkin zorluklar olabilmesine rağmen, bu zorlukların hiçbirinin normun muhatabının olmadığı anlamına gelemeyeceğini ifade etmekle yetiniyoruz.

¹⁷⁵¹ Bu yönde bkz. Matthew H. Kramer, “Requirements, Reasons and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, *Ethics*, C. 109, S. 2 (Ocak 1999), s. 379.

¹⁷⁵² Bizim burada kullandığımız “normatif güç” ifadesi Raz’ın normatif gücünden (*normative power*) farklıdır. Raz normatif gücü bir kimsenin irade açıklamasıyla kendisinin veya bir başkasının sahip olduğu

sahip bir eylem sebebinin yeterli olduğunu düşünecek olursak, yukarıdaki değerlendirmelerimiz bir normun yaptırma bağlanmasının her muhataba bir eylem sebebi sağlayacağını göstermeye yeter.

Muhatapların normun içeriğinin ahlaki değeri nedeniyle norma uymak için eylem sebebine sahip olduğu durumlar için de benzer bir gözlemde bulunabiliriz. Ahlak normları evrenseldir¹⁷⁵³. Hukuk normunun içeriğinin ahlaki değeri nedeniyle muhatapların bu norma uymak için sahip olduğu eylem sebebi, bütün muhataplar tarafından paylaşılacaktır. Dolayısıyla, muhatapların norma uymak için sahip olduğu sebebin normun içeriğinin ahlaki değerinden kaynaklanması durumunda muhatap kitlesinin bütününe norma uymak için eylem sebebine sahip olacağını söyleyebiliriz.

Eylem sebebinin muhatap kitlesinin tamamı açısından mevcut olmasının gerekip gerekmediği sorusu muhatabın norma uymak için yaptırım gibi genel bir sağduyu kaynaklı sebebinin veya normun içeriğinin ahlaki değerinden kaynaklanan sebeplerinin olmadığı durumlarda anlam kazanır. Muhatapların belli bir norma uymak için öznel ahlaki veya sağduyu kaynaklı sebepleri olabilir. Örneğin, göreve başlarken yasalara uygun davranacağına dair yemin eden bir memur, bu yemini etmemiş olan bir sivil vatandaşın aksine yasalara uygun davranmak yönünde kendine özgü bir ahlaki sebebe sahiptir. Söz vermek kişinin eylem sebeplerine etki eder. Öte yandan, bir kurala uymak bazı muhatapların menfaatlerine uygunken, bir başka grubun menfaatlerine uygun olmayabilir. Her hukuk kuralının hedeflediği bir muhatabı olduğuna göre ve bu muhataplardan bazılarının kurala uymak için sebebi olmasına rağmen, diğerlerinin olmayabilecekse, normun geçerli kabul edilmesi için en az kaç muhatabın bu eylem sebebine sahip olması gerekir?

Bu soruya nümerik bir cevap vermek mümkün değildir. Şu hâliyle cevaplanması güç bir soru gibi durmaktadır. Kanımızca bu güçlük doğru soruyu sormadığımız, daha doğrusu zayıf anlamda bağlayıcılığın niçin geçerliliğin bir koşulu hâline getirmeye çalıştığımız sorusunu gündeme taşımadığımız için ortaya çıkmaktadır. Hatırlayacak

dışlayıcı sebepleri etkileyebilme yetisi anlamında kullanılmaktadır (Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 101). Bu anlamda normatif gücün klasik örneği emirlerdir (*ibid.*, s. 100). Bizim burada bahsettiğimiz normatif güç birinci düzey veya ikinci düzey sebebin muhatabın pratik değerlendirmelerinde sahip olduğu ağırlık anlamına gelmektedir.

¹⁷⁵³ Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, op. cit., ss. 14-15.

olursak şunu demiştik: Sistemsel geçerlilik anlayışı bir hukuk sistemindeki normların ihdası, ilgası, geçerliliği ve geçersizliğini; yani bu normların geçerli veya geçersiz kabul edildiği durumları oldukça yüksek bir tutarlılıkla açıklayabilmektedir. Sanıyoruz yürürlükten kaldırılan bir normun geçerliliğini yitirdiği veya bir mahkeme tarafından iptal edilen normun hukuk sisteminin belirlediği gibi geçersiz hâle geleceği konusunda hiçbir teorinin bir itirazı olmaz. Dolayısıyla, bu konulara ilişkin olarak sistemsel geçerlilik anlayışını tartışmaya açmanın bir anlamı olmadığını varsayabiliriz. Sistemsel geçerlilik anlayışına ilişkin tartışmalar bu anlayışın makul bir geçerlilik kavramındaki yerine ilişkin değil, yeterliliğine ilişkindir. Gördüğümüz gibi yabancı hukuk sistemi ve uluslararası hukuk normlarının uygulanması ve anayasaya aykırı normların geçerliliği gibi konularda sistemsel geçerlilik anlayışına eleştiriler yöneltmiştir. Pozitivist olmayan ve doğal hukukçu geleneğin devamını oluşturan teorilerin aksiyolojik geçerlilik anlayışı ise sistemsel geçerlilik anlayışının gerekli ancak yetersiz olduğunu, sistemsel anlamda geçerli olsa bile ahlaka belli bir düzeyin üzerinde aykırılık teşkil eden normların geçersiz olacağını vurgulamaktadır. Biz ilk grup itirazlara karşı sistemsel geçerliliği savunduk. Bununla birlikte, bir açıdan aksiyolojik geçerlilik anlayışına yaklaşarak şunları söyledik: Hukuk sistemlerinin işleyişindeki kabullerin pek çoğuyla uyumlu olan sistemsel geçerlilik anlayışı, buna rağmen hukuk normlarının “norm” niteliğine, eylem sebeplerine ve bu normlara uyma gerekliliğine dair neredeyse hiçbir şey söylememektedir. Geçerliliğe sistemsel perspektiften yaklaşan hukuk teorileri bağlayıcılığı “Tanıma Kuralı” veya “temel norm” gibi, kanımızca eksiklikleri olan, gizemli temel kural veya normlar aracılığıyla açıklamaya çalışmaktadır. Dolayısıyla, sistemsel geçerliliğin en azından minimum bir bağlayıcılık kavramıyla birleştirilmesi gerektiğini ileri sürdük. Nitekim hiç kimsenin -zayıf anlamda bağlayıcılık olarak anlaşıldığında- uyması gerekmeyen bir irade açıklamasının norm niteliği taşıdığı iddia edilemez. Dolayısıyla, burada yapmamız gereken tek şey, norm niteliği taşıyıp taşımadığını, yani geçerli olup olmadığını değerlendirdiğimiz bir hukuk kuralına *en azından birinin uyması gerekmesini* şart koşturaktır.

Bu nedenle şöyle diyeceğiz: 1) Hukuk kuralı tarafından muhatap olarak belirlenmeyen bir kimsenin hukuk kuralına uyması gerekmez. Hukuk kuralının öngördüğü eylemi gerçekleştirmek için, örneğin eylemin ahlaki değeri dolayısıyla, muhatap olarak belirlenmeyen bir kimsenin sebebi olabileceğini kabul etsek de, buna

dayanarak hukuk kuralının bağlayıcı olduğu sonucuna varmak mümkün olmayacaktır.

2) Belirlenen muhatap kitlesinden en azından bir kısmının söz konusu kurala uymak için kuralın kendisinden veya kurala dışsal değerlendirmelerden kaynaklanan bir eylem sebebi olması gerekir.

İlk şarttan şunu anlıyoruz: Belli durumlarda hukuk kuralı tarafından muhatap olarak belirlenmeyen birinin, hukuk kuralının içeriğinde belirlenen eylemi gerçekleştirmek için sebebi olabilir. Örneğin bir kanunun “Aylık 10000 TL’nin üzerinde gelir elde eden herkes, yıllık gelirinin yüzde beşini fakirlere yardım için harcayacaktır” şeklinde bir hükme yer verdiğini düşünelim. “Fakirlere yardım etmek”, yani norm tarafından öngörülen eylemin ahlaken iyi bir eylem olduğunu varsayalım. Bu durumda aylık geliri 9999 TL olan bir kimsenin de fakirlere yardım etmek için sebebi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, bu kişinin sahip olduğu sebep söz konusu norma uymaya yönelik bir sebep olarak nitelendirilemez. Nitekim norm, eğer gerçekten normsa, bu kimsenin kendisine uymasını şart koşturmamaktadır.

Bununla birlikte şu soruyu sormamız gerekir: Eğer bir hukuk kuralının muhatabı olduğunu belirttiği ettiği kişilerin bir kısmının bu kurala uymak için -yenilmiş veya yenilmemiş- hiçbir sebebi yoksa, bu kişilerin hâlâ o kuralın muhatabı olduğu söylenebilir mi? Bir başka deyişle hukuk kuralının görünüşteki muhatabıyla gerçek muhatabı arasında bir fark var mıdır?

Gerçek muhatabı norma uymak için sebebi olan kişi veya kişiler olarak tanımlayabiliriz. Görünüşteki muhatap ise hukuk kuralının kendisine uymasını talep ettiği kişi veya kişilerdir. Görünüşteki muhatap kümesine dâhil olan bazı kişilerin gerçek muhatap olmaması mümkündür. Bu nedenle görünüşteki muhatap ve gerçek muhatap kitleleri arasında bir örtüşmezlik ortaya çıkabilir. Minimum bağlayıcılık şartının muhatap kitlesi açısından minimum olması, bir hukuk kuralının geçerliliğini değerlendirirken görünüşteki muhatapların hepsinin kurala uymak için eylem sebebine sahip olması, yani görünüşteki muhatap kümesinin gerçek muhatap kümesiyle eş olması gerekmediği anlamına gelir.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus geçerlilik kavramına ilişkindir. Hukuk kurallarının görünüşteki muhatap kitlesi ile gerçek muhatap kitlesi arasında yukarıda

bahsettiğimiz türden bir ayrışma söz konusu olabilir. Ancak, minimum bağlayıcılık ile geçerlilik arasında kurmaya çalıştığımız bağa dayanarak “bir hukuk kuralı ancak kendisine uymak için sebebi olan kişiler açısından geçerlidir” dememiz mümkün değildir. Her ne kadar minimum bağlayıcılık geçerliliğin bir şartı olsa da, geçerlilik siyah-beyaz bir kavramdır. Hukuk kuralının varlığı olarak geçerlilik anlayışında bir hukuk normu ya geçerlidir ya da geçersiz. Dolayısıyla, hukuk kuralının belirlediği muhataplardan bazılarının bu norma uymak için hiçbir sebebinin olmaması, bu kişiler açısından kuralın norm niteliği taşımadığının iddia edilmesiyle değil, norm niteliği taşıyan kuralın somut durumda bu kişilerin eylemi hakkında olması gereken ifade etmemesi; yani bu kişilerin normun *gerçek* muhatabı olmamasıyla açıklanabilir.

Toplumsal düzenlere özgü olan ve en etkin biçimde hukuk sistemleri tarafından kullanılan yaptırım mekanizmalarının bir önemi de burada yatar. Yaptırımlandırılan norma uymak için bütün muhatapların değişen güçte de olsa eylem sebebine sahip olacağını yukarıda açıklamıştık. Böylelikle hukuk sistemi hukuk normunun görünüşteki muhatap kitlesiyle *gerçek* muhatap kitlesi arasındaki farkı kapatmış olur. Her muhatap bir norma uymak için farklı eylem sebeplerine sahip olabilecek olsa da, normun muhatap olarak belirlediği herkese bir eylem sebebi sağlanarak görünüşteki ve gerçek muhatap kitleleri örtüştürülür.

Yukarıda bir hukuk kuralının muhatap olarak belirlemediği kişilerin, hukuk kuralının talep ettiği eylemi yerine getirmek için sebebi olmasının hukuk kuralının minimum ölçüde bağlayıcı olduğu anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştık. Buna göre, bir normun gerçek muhatap kitlesi görünüşteki kitleyle eş ya da ondan daha dar bir kitle olabilir. Bir anlamda gerçek muhatap kitlesinin görünüşteki muhatap kitlesinden dar olabileceğini, ancak ondan daha geniş olamayacağını iddia etmekteyiz. Bunun nedenini kısaca açıklayalım. Görünüşteki muhataplar normların içeriğinin bir parçasıdır. Norm kendisine hitap etmemesine rağmen normun uygun gösterdiği kişi bu nedenle norma uyuyor olamaz. Fırınlara için getirilen temizlik şartlarını kendi işletmesinde benimseyen bir kasap “Fırınlarda Uyulacak Hijyen Kurallarına İlişkin Yönetmeliğe” uyuyor olamaz. Olsa olsa bu yönetmelikten mülhem, kendi işletmesi için benimsediği bir kurallar bütününe uyuyor olabilir. Dolayısıyla, gerçek muhatap kitlesinin görünüşteki muhatap kitlesinden daha geniş olması mümkün değildir.

Minimum bağlayıcılık şartına dair aşmamız gereken bir zorluk daha mevcuttur. Kimi zaman normlar ihdas edildiğinde görünüşteki muhataplardan hiçbirinin norma uymak için geçerli bir davranış sebebi bulunmaz. Hatta normların görünüşteki muhatapları gerçekten mevcut olmayabilir bile. Uç bir örnekley başlayalım. Varsayalım ki ebeveynlere saygıyı fazlasıyla önemseyen bir yasama organı “Herkes annesine saygılı davranmakla yükümlüdür” hükmüne yer veren bir kanun çıkarmıştır. Yine varsayalım ki bu kanunun çıkarılmasından önce dünyanın başına gelebilecek en kötü felaketlerden biri gelmiş ve yeryüzündeki bütün anneler bir anda hayata veda etmiştir. Kanun çıkarıldığı anda anneye sahip olan hiçbir evlat mevcut olmadığına göre, kanuna uymak için kimsenin bir eylem sebebi bulunmamaz. Başka bir örnek düşünelim. Varsayalım ki bir yasama organı aylık geliri belli bir düzeyin üzerinde olan bütün vatandaşlardan yüzde bir oranında servet vergisi alınmasına karar verdi. Ancak ülkede hiçbir vatandaş söz konusu düzeyin üzerinde bir gelire sahip değil. Dolayısıyla, kimse norma uymak için bir eylem sebebine sahip değil. Hatta mevcut şartlarda bu normun görünüşteki muhataplarının gerçekten var olmadığını bile söyleyebiliriz. Bu durumda bu normların minimum bağlayıcılık testinden geçemedikleri için geçerli olmadıklarını mı düşünmemiz gerekir?

Öncelikle örneklerdeki normların geçersiz olduğunu düşünmenin bir sakıncasına dikkat çekelim. Bu durumda devletlerin geleceğe yönelik planlama yapmak suretiyle toplumsal işbirliği ve koordinasyonu sağlama fonksiyonunu kimi zaman yerine getiremeyeceğini düşünmek gerekir. Örneğin salgın hastalıklarla mücadele durumunda vatandaşlar tarafından uyulacak önlemlere ilişkin bir kanun bir salgın hastalığın yokluğunda geçersiz olacaktır.

Elbette bir tespit sırf olumsuz sonuçları mevcut olduğu için doğru olmaktan çıkmaz. Neyse ki hukuk normlarının gerçek muhatap kümelerinin boş olması durumunda geçersiz olacağını söylemek için teorik bir sebebimiz bulunmamaktadır. Yukarıda da dikkat çektiğimiz gibi minimum bağlayıcılık şartı hiçbir şekilde bir normun geçerliliğinin tespitinde gerçek muhatap kitlesine ilişkin, verilen bir anda gerçek bir kişinin norma uymak için bir sebebi olup olmadığına dair bir değerlendirme gerektirmez. Bir normun gerçek muhatap kitlesine ilişkin gerekli tek değerlendirme bu kitlenin var olmasının imkânıdır. Annelerin bir anda yok olduğu bir evrende anne olma

potansiyeline sahip kişilerin bulunması veya bazı vatandaşların ileride belli bir aylık gelir düzeyinin üzerine çıkma ihtimalinin bulunması yeterlidir. Nitekim gerçek muhatap kitlesinin var olmasının imkânsız olması, kimsenin söz konusu norma uymak için herhangi bir eylem sebebine sahip olamayacağı anlamına gelir ki bu durumda norm minimum bağlayıcılık şartını yerine getiremediği için geçersiz olacaktır¹⁷⁵⁴. Sonuç olarak, “en azından bazı muhatapların norma uymak için davranış sebebi olması gerekir” şeklinde formüle ettiğimiz zayıf anlamda bağlayıcılık gerçek muhatap kitlesine değil, olası muhatap kitlesine atıfta bulunur.

Kelsen’in tekil hukuk normlarının geçerliliği için minimum etkililiği şart koşmasını¹⁷⁵⁵ yukarıda eleştirerek bu konuda Hart’a hak vermiştik¹⁷⁵⁶. Eleştirimizin temel nedeni *desuetude*, yani bir norma uymama ve normu uygulamama¹⁷⁵⁷ yönündeki eylemlerin uyulmayan ve uygulanmayan normu yürürlükten kaldıran örfi bir norm yarattığı düşüncesinin¹⁷⁵⁸ pozitif dayanaktan yoksun olduğu durumlarda bu minimum etkililik ve geçerlilik arasındaki ilişkinin olan-olması gereken düalizmini ihlal etmesiydi¹⁷⁵⁹. Minimum bağlayıcılık şartı ise hâlihazırda normatif bir şart olduğundan, yukarıdaki eleştirimizden beridir.

Ulaştığımız nihai geçerlilik anlayışını sunalım. Bu anlayışa göre bir hukuk kuralının geçerliliği 1) kuralın sistemde geçerli olan bir başka kural veya kuralların

¹⁷⁵⁴ Burada kısaca hukuk sistemlerindeki bazı birel normların durumuna değinmek isteriz. Bu normlardan bir kısmı doğrudan belli bir kişinin gerçekleştirmesi gereken eylemi konu alırlar. Bir başka deyişle, bu normların görünüşteki muhatap kitlesi tek bir gerçek (veya tüzel) kişiden oluşur. Eğer söz konusu gerçek kişi birel işlemin yapılmasından önce ölmüşse, işlemin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim söz konusu işleme hiç kimsenin, hiçbir zaman uyması mümkün olmayacaktır.

¹⁷⁵⁵ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 212-213.

¹⁷⁵⁶ Hart’ın ilgili açıklamaları için bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 103.

¹⁷⁵⁷ Biz esasen uyma ve uygulama kavramlarının birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz. En nihayetinde uyma da uygulama da bir normun gereğini yerine getiren eylem tarafından gerçekleştirilir. Uyma ve uygulama arasındaki farkın söz konusu uyma eyleminin neticesinde bir normun ortaya çıkacak olmasına dayanarak açıklamak da mümkün görünmemektedir. Nitekim hukuk düzeninde hukuk uygulayıcılarının (genellikle kolluk kuvvetlerinin) cebrî uygulamaları neticesinde bir norm ortaya çıkmamasına rağmen hukuk uygulayıcılarının yine de hukuku uyguladığından bahsederiz. Detaylı açıklamalar için bkz. Gülgeç, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, op. cit., ss. 17-35. Ancak galat-ı meşhur fasih-i mehcürden evladır. Dolayısıyla, yaygın ifadeyi anlaşılabilirlik adına devam ettirdik.

¹⁷⁵⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 213.

¹⁷⁵⁹ Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 21-23.

belirlediği kriterlere göre geçerli olması (ve yürürlükten kaldırılmamış olması) ve 2) söz konusu kuralın belirlediği muhatap kitlesinden en az bir kişinin söz konusu norma uymak için sebebinin olması anlamına gelir. Bu şartların kümülatif biçimde gerçekleşmesi gerekir. Nitekim ne sistemsel kriterlere göre geçerli olmayan bir normun “hukuk” olduğundan ne de kimsenin uymak için sebebi olmayan irade açıklamasının bir norma vücut verdiğinden bahsedilebilir. Hukuk normu ancak bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda vardır ve geçerlidir. Bu şekilde formüle ettiğimiz geçerliliğe “aksiyo-sistemsel geçerlilik” ismini vereceğiz.

Esasen yukarıda ele aldığımız “pozitivist olmayan” (*non-positivist*) hukuk teorileri de bir anlamda aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışını benimsemiştir. Radbruch formülünden anlaşılabilirliği üzere, bu teoriler de hukuk kurallarının geçerliliğinin büyük ölçüde sistemsel olduğunu kabul ederler. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, yani hukuk kuralının adalete veya ahlaka tahammül edilemeyecek derecede aykırı olduğu durumlarda aksiyolojik bir geçerlilik anlayışı devreye girer. Bununla birlikte, bizim benimsediğimiz aksiyo-sistemsel geçerlilik ile pozitivist olmayan teorilerin anlayışı arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Bu farkları özetleyelim.

- 1) Her şeyden önce, bizim anlayışımızda hukuk kuralının geçerliliğinin değerlendirileceği dışsal kaynak ahlak ile birlikte sağduyudur. Bu nedenle, pozitivist olmayan teorisyenlerin iddia ettiğinin aksine hukuk ve ahlak arasında, hukuk kuralının hukuk kuralı olma niteliği, yani geçerliliği bakımından zorunlu bir bağ olmadığını düşünüyoruz. Hukuki normativite pekâlâ sağduyudan da kaynaklanabilir.
- 2) Hukuk kuralının geçerliliği ile dışsal kaynak arasındaki ilişki pozitivist olmayan teorilerde “aykırılık”, yani hukuk kuralı ile dışsal normun içeriğinin uyumsuzluğu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bizim aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışımızda ise durum bu değildir. Pozitivist olmayan teorilerin aksiyolojik unsuru negatiftir, aksiyo-sistemsel geçerliliğin aksiyolojik unsuru pozitifdir. Elbette aksiyo-sistemsel geçerlilik benimsendiği zaman da ahlaka aykırı bir hukuk kuralı, eğer muhataplarının bu kurala uymak için başka hiçbir sebebi mevcut değilse, geçerli olamayacaktır. Ancak, bir muhatapın bir irade açıklamasına uymak için sebebinin olmaması, bu irade

açıklamasının içeriğinin muhataplara eylem sebebi sağlayan dışsal normlara mutlaka aykırı olacağı anlamına gelmez. Aşağıda değineceğimiz gibi, anlamsız irade açıklamaları ne ahlaka ne de sağduyuya aykırıdır. Bununla birlikte, hiç kimsenin bu normlara uymak için bir sebebi olamaz. Dolayısıyla, anlamsız irade açıklamaları normlara vücut veremez. Kısaca, pozitivist olmayan teoriler geçersizlik için belli bir düzeyi aşan “aykırılık” ararken, aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışı muhatapların geçerliliği değerlendirilen norma uymak için bir sebebi olmamasını arar.

- 3) Bu anlamda aksiyo-sistemsel geçerliliğin aksiyolojik yönü pozitivist olmayan teorilerin benimsediği geçerlilik anlayışındaki aksiyolojik unsurdan daha zayıftır. Bu anlamda aksiyo-sistemsel geçerliliğin pozitivistlere daha yakın olduğunu söyleyebiliriz¹⁷⁶⁰. Ayrıca, pozitivist olmayan teoriler -bu tabiri çağdaş doğal hukuk teorilerini kapsayacak ve hukuki realizmi dışlayacak şekilde kullandığımız unutulmamalı- hukuk kuralının geçerliliği ile güçlü anlamda bağlayıcılığı ilişkilendirmektedir. Aksiyo-sistemsel geçerlilik ise geçerlilik ile bağlayıcılık arasındaki ilişkiyi zayıf anlamda bağlayıcılık üzerinden açıklar. Bu anlamda, aksiyo-sistemsel geçerlilikte bir muhatapın geçerli bir norma uymaması gereken durumlar mevcut olabilir. Bu anlamda aksiyo-sistemsel geçerlilik sivil itaatsizlik veya adil olmayan kanunların ihlali gibi durumları, ortada bir hukuk normu olmadığından bahisle değil, aksine ortada bir hukuk normu olmasında rağmen ihlalin her şey dikkate alındığında doğru olduğunu vurgulayarak açıklar.

b. Aksiyo-Sistemsel Geçerliliğin Üç Avantajı

Daha önce zayıf anlamda bağlayıcılığa dayanan bir normativitenin şu durumları açıklamakta başarılı olduğunu belirtmiştik: 1) Hukuk kurallarının çatıştığı ve geçerli bir hukuk kuralına uymamanın gerektiği durumlar ve 2) ahlaka aykırı bir hukuk kuralına uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebi olan muhatapın sağduyu kaynaklı sebebi dikkate almadan hareket etmesinin irrasyonelliği. Burada bunlar dışında kalan üç durumun açıklanmasında aksiyo-sistemsel geçerliliğin avantajlarına değineceğiz.

¹⁷⁶⁰ Aksiyo-sistemsel geçerliliğin pozitivist bir anlayış olarak görülüp görülemeyeceğini aşağıda değerlendireceğiz.

Bu durumlardan ilki *impossibilium nulla obligatio est* ilkesine ilişkindir. Bu ilke bir normatif içeriğin olması gereken teşkil edebilmesi için, talep edilen eylemin gerçekleştirilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade eder¹⁷⁶¹. Spektrumun diğer ucunda ise *necessitatem nulla obligatio est* ilkesi bulunur. Bu ilke ise zorunlu olarak gerçekleşecek olan eylemin yükümlülük teşkil edemeyeceğini ifade eder¹⁷⁶². Bir başka deyişle, ilk ilke normun gerçekleştirilmesi mümkün bir eylem, ikinci ilke ise ihlal edilebilir bir eylem talep etmesini gerektirir. Bu ilkeler pozitivist yazarlar tarafından da kabul edilmektedir.

İkinci durum anlamsız irade açıklamalarının norm niteliği taşıyamayacağını ileri sürer¹⁷⁶³. Örneğin, “Herkes abcd yapmak zorundadır” şeklindeki bir kanunun, sistemsel geçerlilik kriterlerine uygun olarak ihdas edilmiş olsa dahi, norm niteliği taşıdığı iddia edilemez. Nitekim “abcd yapmak” anlamlı ya da anlamlı biçimde yorumlanabilecek bir ifade değildir. Bu husus da pozitivist yazarlarca genel olarak kabul edilir¹⁷⁶⁴. Anlamsız ifadelerinin geçersizliğinin sistemsel geçerlilik anlayışı ile açıklanıp açıklanamayacağını değerlendirmek gerekecektir.

Üçüncü durum tasvirî önermelerin (*descriptive statements*) norm niteliği taşıyamayacağını ifade eder. Tasvirî önermeler doğru ve yanlış değeri alır. Normlar ise doğru veya yanlış değeri almayan, geçerli veya geçersiz olabilen önermelerdir¹⁷⁶⁵. Tasvirî önermeler olana ilişkin bilgi aktarırlar. Normların ise olanı tasvir etmemesi, beşerî eylem üzerinde olması gereken ifade etmesi şarttır. Tasvirî önermelerin buradaki önemi, kimi zaman hukukun şekli kaynaklarının tasvirî ifadeler içermesidir. Bazı tasvirî ifadeler “gereklilik” bildirecek biçimde yorumlanabilir ve bu tür ifadelerin norm niteliği

¹⁷⁶¹ Örn. bkz. Silvia Zorzetto, “Thinking of Impossibility in Following Legal Norms: Some Brief Comments About Bartosz Brożek’s Rule-Following”, *Revus*, S. 20 (2013), s. 56.

¹⁷⁶² Doğal zorunluluklar olması gereken ifade edemez. Nitekim gereklik için bir normun varlığı gereklidir ve normlar ihlal edilebilir olmalıdır. Bkz. *ibid.*

¹⁷⁶³ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, *op. cit.*, s. 29.

¹⁷⁶⁴ Örneğin Kemal Gözler bir yandan anlamsız ifadelerin norm niteliği taşıyamayacağını belirtmekte (bkz. *ibid.*), diğer yandan doğru geçerlilik anlayışı olarak sistemsel geçerliliğin diğer ismi olduğunu belirttiği biçimsel geçerlilik anlayışını benimsemektedir (*ibid.*, s. 73). Normun anlamlı olma gerekliliği ile sistemsel geçerlilik arasındaki ilişkiye aşağıda değineceğiz.

¹⁷⁶⁵ Bununla birlikte, bu konunun tartışmalı olduğunu, bazı düşünürlerin normların doğru veya yanlış değeri taşıyabileceğini düşündüğünü belirtelim. Örn. bkz. Alchourrón ve Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, *op. cit.*, s. 95. Bu tartışmanın detaylarına girmeyeceğiz. Ancak, zaten tasvirî önermelerin norm niteliği taşıyamayacağına dair tespitimiz, normların doğru veya yanlış değeri taşıyıp taşıyamayacağından bağımsızdır. Bu nedenle buradaki düşüncemiz nihai iddiamıza etki etmeyecektir.

taşıdığı savunulabilir. Bununla birlikte, bu şekilde yorumlanamayan ifadelerin norm niteliği taşımadığının kabul edilmesi gerekir. Aşağıda son olarak aksiyo-sistemsel geçerliliğin bu tür ifadelerin geçersizliğini açıklamak konusunda sistemsel geçerlilik anlayışından daha başarılı olduğunu vurgulayacağız.

(1) İmkânsız ve zorunlu davranışlar

Sistemsel geçerlilik anlayışı, hukuk sistemi pozitif normları aracılığıyla böyle bir şart öngörmediği sürece, hukuk kurallarının zorunlu bir içeriği olması gerektiğinden bahsetmez. Bu nedenle de doğa yasaları gereğince gerçekleşecek davranışların veya aynı yasalar nedeniyle gerçekleştirilemeyecek davranışların niçin normun talep ettiği eylem olamayacağı saf bir sistemsel geçerlilik anlayışıyla açıklanamaz.

Esasında bazı pozitivist teorisyenlerin saf bir sistemsel geçerlilik anlayışı benimsemediği söylenebilir. Kelsen sistemsel geçerlilik anlayışıyla olgusal geçerlilik anlayışını birleştirmektedir. Örneğin, tekil normların minimum etkililik düzeyinin altında bir etkililik sergilemesi hâlinde geçersiz olacağının iddia edilmesi, sistemsel geçerliliğe olgusal geçerliliğin eklemlendiğini göstermektedir¹⁷⁶⁶. Madem biz aksiyolojik geçerlilik anlayışını sistemsel geçerliliğe eklemleyebildik, bu bağdaştırmanın sınırlı bir olgusal geçerlilik anlayışı üzerinden gerçekleştirilmesi de mümkün olabilir.

Olgusal geçerlilik anlayışıyla düzeltilmiş bir sistemsel geçerlilik anlayışıyla *impossibilium nulla obligatio est* ilkesinin açıklanmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Nitekim uymanın imkânsız olduğu bir norm kaçınılmaz olarak minimum etkililik düzeyinin altında kalacaktır. Bununla birlikte, sistemsel ve olgusal geçerlilik anlayışlarının kombinasyonu *impossibilium nulla obligatio est* ilkesinden daha fazlasını ifade eder. Hatırlanacağı üzere Kelsen tekil hukuk normlarının etkililiğini kaybettiğinde geçerliliğini de kaybedeceğini *desuetude* kavramı üzerinden açıklar. Buna göre, bir

¹⁷⁶⁶ Kemal Gözler de olgusal geçerliliğin sistemsel geçerliliğe eklemlendiği bir geçerlilik anlayışını benimsemektedir. Bu anlayışa göre bir hukuk sistemindeki bütün normların geçerliliği yine bir başka hukuk normundan kaynaklansa da anayasanın geçerliliği başka bir normdan değil, asli kurucu iktidarın iradesinden kaynaklanır. Bir başka deyişle, anayasa konulduğu, olgusal anlamda var olduğu için geçerlidir. Bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 10. B., Bursa: Ekin, 2013, ss. 207-208.

hukuk sisteminde *yeterince uzun bir süre* boyunca *uyulmayan/uygulanmayan* norm minimum etkililik şartını taşıyamayacağı için geçerliliğini kaybedecektir.

Bu açıklamada dikkat edilmesi gereken ilk husus, *desuetude* neticesinde geçersiz kılınacak olan normun *impossibilium nulla obligatio est* ilkesinde belirtilenin aksine, geçerli şekilde ihdas edilse dahi zaman içinde bu geçerliliği kaybedecek olmasıdır. Anılan ilke ise imkânsız davranışı talep eden normun baştan itibaren geçersiz olduğunu belirtir. Dolayısıyla, sistemsel-olgusal geçerliliğin açıkladığı durumla ilkenin ifade ettiği hususun tamamen örtüştüğü düşünülmemelidir.

İkinci olarak bir normun etkililiğinin neye göre belirlendiği sorulmalıdır. Bir görüşe göre etkililik hukuk kuralının amaçlanan sonuca ulaşmadaki başarı derecesi olarak ifade edilebilir¹⁷⁶⁷. Bununla birlikte bu ifade genel itibariyle yükümlülük yükleyen kurallar için geçerlidir. Bu tür bir etkililik anlayışı açısından mühim olan hukuk kuralının gerektirdiği eylem ile muhatapın eylemi arasındaki uyum, yani muhatapların hukuk kuralına uygun davranmasıdır¹⁷⁶⁸. Stephen Munzer'a göre bu etkililik anlayışı yetki veren kurallar için uygun değildir. Yetki veren kurallar muhatapların uyması gereken standartlar önermediğine göre, bu tür kuralların etkililiği farklı bir ölçütle belirlenmelidir¹⁷⁶⁹. Bu ölçütse hukuk kuralının uygulanması aracılığıyla arzu edilen sonuca ulaşılabilir olması olarak tanımlanabilir¹⁷⁷⁰. Örneğin eğer bir hukuk sisteminde muhatapları kendi aralarındaki ilişkileri sözleşmeler aracılığıyla düzenleme konusunda yetkilendiren bir norm mevcutsa ve muhataplar bu norma dayanarak akdettikleri sözleşmeler aracılığıyla ilişkilerini düzenleyebiliyor, bu sözleşmeler hukuk sistemi içerisinde sonuç doğuruyor ve bağlayıcı hâle geliyorsa, bu yetki veren kuralın etkili olduğundan bahsedilebilir. Dolayısıyla, yalnızca muhatapların belli bir norma uyup uymadığını dikkate alan bir etkililik anlayışı hukuk sistemindeki bütün normların etkililiğini açıklamakta yetersiz kalır. Bu noktada eğer daha önce iddia ettiğimiz gibi her yetki veren norm aynı zamanda belli bir düzeyde yükümlülük içeriyorsa bu ayrımın bir önemi olup olmadığı sorgulanabilir. Bu şüpheye yanıt vermek gerekir. Evet, kanımızca her yetki veren norm minimum düzeyde yükümlülük yükler.

¹⁷⁶⁷ Munzer, *Legal Validity*, op. cit., s. 30.

¹⁷⁶⁸ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 79.

¹⁷⁶⁹ Munzer, *Legal Validity*, op. cit., s. 33.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, ss. 33-34.

Ancak, bu tespit yetki veren bir normun “tamamen” yükümlülüğe ait terimlerle açıklanabileceği anlamına gelmez. Konuyu tartıştığımız yerde dikkat çektiğimiz gibi yetki veren kuralın yükümlülük yüklediği muhatap ile yetki verdiği muhatap birbirinden farklı olabilir. Dolayısıyla, yetki veren bir kuralın etkililiğinin salt yükümlülüğün muhatabı olan kişilerin uyma eylemiyle açıklanması yeterli olmaz. Aynı zamanda yetkinin sahibi olan kişilerin “uygulama”, hukuk kuralı aracılığıyla hukuki sonuçlar doğurma eylemini de dikkate almak gerekir.

Joseph Raz şöyle demektedir: “[Bir hukuk sistemi] ancak etkili biçimde takip edildiği, uyulduğu ve uygulandığı takdirde yürürlüktedir”¹⁷⁷¹. Bu ifadeyi geçmişteki bir makalemizde tek başına uygulanmanın etkililiğin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini gösterir şekilde kullanmıştık¹⁷⁷². Aradan hayli zaman geçtikten sonra bu ifadeye tekrar baktığımızda okuyucunun “etkili” sıfatının “uygulanma” fiilini nitelendirip nitelendirmediği konusunda şüpheye düşebileceğini gördük. Belki de buradaki “etkili” sıfatı yalnızca “takip edilme” fiilini nitelendirmekte, bu eylem açısından bir şart teşkil etmektedir. Biz bu şüpheye kapılmadık, nitekim böyle bir şüphenin “takip etme” (*follow*) ve uyma (*observe*) eylemleri arasında, yalnızca birinin etkililik için kıstas olmasını haklı çıkaran ne gibi bir fark olduğunu açıklayabilmesi gerekir. Kanımızca böyle bir fark yoktur, hatta bu iki fiilin kullanıldığı bağlamda aynı anlama geldiği bile iddia edilebilir. Olsa olsa takip etmenin “*compliance*” anlamında uymaya, “*observe*”ün ise “*conformance*” anlamında uygun davranmaya tekabül ettiği düşünülebilir. Ancak, buna dayanarak bu iki eylemin etkililik açısından oynadığı roldeki farklılık meşrulaştırılamaz. Nitekim salt olgusal ve muhatabın dışındaki bir kavram olarak etkililik, muhatabın içsel dünyasında eylemini belirlerken sahip olduğu motivasyonu dikkate almaz. Zaten dikkat edileceği üzere yukarıdaki ifadede Raz yürürlük ile “etkili biçimde takip edilme, uyulma ve uygulanma”yı özdeşleştirmekte, birkaç satır sonra ise yürürlüğü genel olarak etkililikle açıklamaktadır¹⁷⁷³. Dolayısıyla daha önce benimsemiş olduğumuz etkililiğin değerlendirilmesine ilişkin melez anlayışı¹⁷⁷⁴ burada da sürdürüyoruz. Buna göre, bir normun etkililiğinin belirlenmesinde hem muhatapların söz konusu norma uyma derecesi hem de muhatapların veya hukuk

¹⁷⁷¹ Raz, *Legal Validity*, *op. cit.*, s. 344.

¹⁷⁷² Bkz. Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *op. cit.*, s. 704.

¹⁷⁷³ Raz, *Legal Validity*, *op. cit.*, s. 344.

¹⁷⁷⁴ Bkz. Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *op. cit.*, ss. 704-705.

uygulayıcılarının söz konusu kuralı uygulama, bu kuralla hukuki sonuçlar doğurma derecesi dikkate alınmalıdır.

Etkililiğin hesaplanmasında dikkate hangi eylemlerin dikkate alınacağına dair bu açıklamaları yaptıktan sonra sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışı ile bizim aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışımızın *impossibilium nulla obligatio est* ilkesine yönelik açıklamalarındaki bir başka farka değinelim. Sistemsel-olgusal geçerlilik kombinasyonu, talep ettiği davranışın gerçekleştirilmesi imkânsız olsa da, muhatapların bu norma aykırılıkların mahkemeler veya diğer hukuk uygulayıcıları tarafından yaptırımla cezalandırıldığı durumlarda normun minimum etkililik düzeyinin altına düştüğü, dolayısıyla da geçersiz olduğunu iddia edemeyecektir. Dikkat edilecek olursa, sistemsel-olgusal geçerlilik açısından mühim olan husus söz konusu yaptırımı uygulayan mercilerin bu uygulama için geçerli eylem sebebinin olup olmaması değil, talep ettiği davranış imkânsız olan normun hukuk uygulayıcıları tarafından uygulanıp uygulanmadığıdır. Hukuk uygulayıcılarının söz konusu yaptırımları *uygulamaması gerektiği* ifade edilebilecek olsa da yaptırımı uygulamak için sebebi bulunmayan mercilerin eylemi belli bir hukuki sonuç doğurmaya ve dolayısıyla talep ettiği davranış imkânsız olan normu etkili ve geçerli tutmaya devam eder. Dolayısıyla, sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışının hukuki pozitivistler tarafından kabul edilen *impossibilium nulla obligatio est* ilkesini açıklamakta tamamen başarısız olduğu durumlar da mevcut olabilir.

Aksiyo-sistemsel geçerlilik ise imkânsız davranışın yükümlülük teşkil edemeyeceğini açıklarken olgulara atıfta bulunmaz. Mühim olan muhatapın imkânsız bir davranışı gerçekleştirmek için geçerli bir sebebinin bulunup bulunamayacağıdır. Bu sorunun yanıtı ise olumsuzdur. Eylem sebepleri daha önce de belirttiğimiz gibi akıl aracılığıyla normatif önem kazanan olgular olduğuna göre, aklın imkânsızı talep etmeyeceğini söyleyebiliriz. Bu tespit hem ahlak hem de sağduyu açısından geçerlidir. Elbette somut durumda aklın taleplerini yerine getirmek mümkün olmayabilir. En basitinden çatışan eylem sebeplerinin bulunduğu durumlarda, normların çelişen eylemleri talep etmesi hâlinde bu eylemlerden birini yerine getirmemiz -bu yönde karşıt değerlendirmeler tarafından yenilen bir sebebimiz hâlâ mevcut olsa da- imkânsızdır. Ancak, *impossibilium nulla obligatio est* açısından söz konusu olan belli bir somut

durumda gerçekleştirilmesi imkânsız olan davranış değil, hiçbir zaman gerçekleştirilemeyecek olan eylemdir¹⁷⁷⁵. Aklın hiç kimse tarafından hiçbir zaman gerçekleştirilemeyecek bir davranışı talep etmesi ise mümkün değildir.

Sistemsal-olgusal geçerlilik anlayışı zorunlu davranışın norm niteliği taşıyamayacağını açıklayabilir mi? Her şeyden önce şuna dikkat çekelim: *Necessitatem nulla obligatio est* ilkesi bir normun etkililiğinin zorunlu olarak yüzde yüz olamayacağını ifade eder. Bir başka deyişle, norm ihlal edilebilir olmalıdır. Burada altını çizmemiz gereken husus *zorunluluktur*. Bir normun etkililiği olumsal olarak yüzde yüz olabilir. Öyle bir norm olabilir ki belli bir zaman dilimi içinde hiç ihlal edilmez veya bu norma dayanarak amaçlanan hukuki sonuçlar yüzde yüz başarıyla doğurulur. Bununla birlikte, *necessitatem nulla obligatio est* sonsuza kadar hiçbir şekilde ihlal edilemeyecek bir içeriğin norm niteliği taşıyamayacağını ifade eder.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, sistemsal-olgusal geçerlilik etkililiği geçerliliğin minimum şartı olarak görür. Bir başka deyişle, “çok etkili bir norm”a ne olacağıyla değil, “minimum ölçüde etkili” olmayan bir norma ne olacağıyla ilgilenir. Dolayısıyla, sistemsal-olgusal geçerlilik anlayışında zorunluluk teşkil eden davranışın niçin gereklilik teşkil edemeyeceğini açıklamak mümkün değildir. Etkililik geçerliliğin pozitif şartı olarak öngörülmüştür, negatif şartı değil.

Eğer hiçbir zaman ihlal edilemeyecek, yani doğal zorunluluk teşkil eden bir içerik normatif bir kural değil, bir doğa kanunu olarak görülebilirse, aksiyon-sistemsal geçerlilik anlayışı bu tür kuralların niçin hukuk normu niteliği taşıyamayacağını açıklayabilir. Doğa kanunları tasvirîdir. Bunlar doğal fenomenleri açıklar. Bu anlamda, aksiyon-sistemsal geçerlilik anlayışı *necessitatem nulla obligatio est* ilkesi ve tasvirî önermelerin normatif içerik teşkil edemeyeceğini hususlarını aynı şekilde açıklar. Tasvirî önermelere ilişkin duruma aşağıda değineceğiz. Burada yalnızca şu kadarını ifade edelim: Tasvirî önermeler bir eyleme ilişkin “olması gereken” bildirmezler. Olanı tasvir ederler. Dolayısıyla, muhatabın tasvirî bir önermede yer alan eylemi gerçekleştirmek, bir doğa kanununa uymak için eylem sebebi olacağını söylemek anlamsızdır.

¹⁷⁷⁵ Örn. Joachim Hruschka davranışın fiziksel olarak imkânsız olmasından bahsetmektedir. Bkz. Joachim Hruschka, “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie*, C. 22, S. 4 (1991), s. 454.

(2) Anlamsız ifadelerin norm niteliği

Yukarıda belirttiğimiz gibi anlamsız ifadelerin norm niteliği taşıyamayabileceği pozitivist olsun olmasın, teorisyenler tarafından genel kabul görmüştür. Bu kısımda anlamsız normlarının geçerliliğine ilişkin sistemsel-olgusal anlayışın mı yoksa aksiyon-sistemsel geçerliliğin mi daha doğru bir açıklama sağladığını tartışacağız.

Bu tartışmayı yürütmek için anlamsız ifadelerin durumunu *impossibilium nulla obligatio est* ilkesine bağlamayı önereceğiz. Eğer anlamsız ifadeler uyulması kavramsal olarak imkânsız normlar olarak algılanabilirse bu kısımda sorduğumuz soruya kısa yoldan bir cevap bulabiliriz.

Öncelikle anlamsız ifadelerin durumunun *necessitatem nulla obligatio est* ilkesi doğrultusunda kavranamayacağını vurgulayalım. Her iki durumda da ortak olan husus normların içeriği olarak kabul edilmeleri hâlinde ihlal edilemeyecek olmalarıdır. Bununla birlikte, zorunluluk teşkil eden davranışı talep eden sözde normun etkililiği yüzde yüz olmasına rağmen, anlamsız norm açısından aynısını söyleyemeyiz. Nitekim ilk durumda muhatap norma *mutlaka* uyacakken, anlamsız ifadeyi ihlal etmek de, bu ifadeye uymak da mümkün değildir. Dolayısıyla, belki anlamsız ifadelere uymanın mümkün olmamasından yola çıkarak kurulacak bir bağlantı daha doğru olacaktır.

Sözde normun içeriği anlamsız ise, muhatapların norma uymak için bir eylem sebebi olması mümkün değildir. Hatta bu norma yanlış sebeple uygun davranmak dahi imkânsızdır. Hemen belirtelim ki anlamsız ifade, belirsiz ifade anlamına gelmez. Belirsizlik durumunda hukuk uygulayıcılarının yapması gereken “faal yorum” (*operative interpretation*) aracılığıyla belirsizliği gidermektir¹⁷⁷⁶. Benzer şekilde bir normun gereğini belirsizlik nedeniyle yerine getirmemek ancak “hukuk devleti” ilkesi gibi hukuk sisteminin öngördüğü şartları yerine getirmeyen bir belirsizliğin söz konusu olması hâlinde mümkün olabilir. Dolayısıyla, belirlilik geçerliliğin bir ön şartı değildir. Anlamsızlıktan kastedilen herhangi bir yorum yöntemiyle ifadenin içeriğinin netleştirilmesinin mümkün olmamasıdır. Örneğin, mübalağaya başvuracak olursak

¹⁷⁷⁶ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 87.

“herkes abaşırlaşmak zorundadır” şeklindeki bir ifade, “abaşırlaşmak” anlamlandırılabilir bir fiil olmadığı için bir normun içeriğini oluşturamaz. Böyle bir norma uymak imkânsızdır.

Bu anlamda anlamsız ifadelerin norm niteliği taşıyamasının *impossibilium nulla obligatio est* ilkesi doğrultusunda açıklanabileceğini düşünüyoruz. Bu durumda ise sistemsel-olgusal ve aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışlarını değerlendirilmesi yukarıda söz konusu ilkeye ilişkin söylediklerimiz doğrultusunda gerçekleştirilebilir. Buna göre, sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışı muhatapların söz konusu norma uyamadığı için normun etkililiğinin sıfır olacağını ve dolayısıyla normun *er ya da geç* geçersiz hâle geleceğini açıklayabilir. Bu anlayışın açıklayamayacağı husus ise bu ifadeyi içeren bir sözde normun başlangıçtaki geçersizliğidir. İkinci olarak, anlamsız normlar muhataplar tarafından kaçınılmaz olarak ihlal edileceği için, hukuk uygulayıcıları tarafından bu norma aykırılıklara yaptırım uygulanması durumunda esasen içeriği anlamsız olan bir norm hukuk sisteminde uygulanmış ve etkili kılınmış olacaktır. Kanımızca sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışları bu sebeplerle anlamsız ifadelerin niçin norm niteliği taşıyamayacağını açıklamakta yetersizdir. Aksiyon-sistemsel geçerlilik ise hukuk sistemindeki herhangi bir muhatapın söz konusu norma uymak için bir sebebi olup olmayacağını değerlendirir. Etkililik kavramına herhangi bir atıfta bulunmaz. Eylem sebeplerinin nihai kaynağı olan akıl ise muhataplardan imkânsız davranışlar talep etmez.

(3) Tasvirî içeriğe sahip olan normların geçersizliği

Normların tasvir etmeyeceğini, buyuracağını söylemiştik. Buna göre bir kanunda “Evler beyazdır” içeriğine yer verilmişse ve bu içeriğin “Evler beyaza boyanmalıdır” şeklinde yorumlanması mümkün değilse, söz konusu kanun maddesini norm niteliği taşımayacağını ve geçersiz olacağını söylemeliyiz. Hukuki pozitivistler de içeriği tasvirî olan hukuk kaynaklarının norm niteliği taşımadığını kabul etmektedirler¹⁷⁷⁷. Bununla birlikte pozitivizmin geçerlilik anlayışının temsil eden sistemsel geçerlilik normun

¹⁷⁷⁷ Örn. bkz. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 16 (tasvirî öncüllerden normatif sonuç çıkarılamayacağına dair); Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 150.

içeriğine dair bu kriterleri bünyesinde barındırmaz. Bunlar ek şartlar olarak ayrıca belirtilir. Dolayısıyla, burada tasvirî önermelerin normların içeriğini teşkil edemeyeceğini açıklayamamakla eleştireceğimiz pozitivistlerin hukuk teorileri değil, genel olarak benimsedikleri sistemsel geçerlilik anlayışıdır. Eğer belli içerikteki irade beyanları (anlamsız irade açıklamaları) norma vücut veremiyorsa ve eğer geçerlilik normun varlığıysa, benimsenen geçerlilik anlayışının bu içeriksel sınırları açıklayabilmesi gerekir.

Sistemsel geçerlilik, bir normun geçerliliğini belirleyen pozitif kural bu şartı öngörmediği sürece, tasvirî önermeleri geçerli normların içeriği olmaktan çıkarmaz. “Türk vatandaşları suç işlemez” şeklindeki bir kanun maddesi, eğer “Türk vatandaşları suç işlememelidir” şeklinde algılanamazsa¹⁷⁷⁸, sistemsel geçerlilik kriterlerine uygun bir kanunda yer aldığı sürece geçerli kabul edilecektir. Oysa aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışı bu tür tasvirî önermelerin sistemsel geçerlilik kriterlerine uyulsa dahi norm niteliği taşıyamayacağını açıklayabilir. Hatırlanacağı üzere aksiyolojik unsur muhataplarının norma uymak için eylem sebebi olmasını gerektirir. Tasvirî önermeler belli bir eyleme ilişkin olması gereken belirtmediği için, muhatapların bu tür içeriklere uymak için bir eylem sebebi olamayacaktır.

Aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının bu kısımda ele aldığımız avantajları ufak avantajlardır. Elbette bu anlayışın pozitivist teoriler tarafından da kabul edilen bazı durumları sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışından çok daha tutarlı bir biçimde açıklayabilmesi, aksiyo-sistemsel geçerliliğin doğru anlayış olduğunu tartışmaya mahal bırakmayacak biçimde gösteremez. Neticede belki de olması gereken pozitivist teorilerin anlamsız ifadelerin norm olamayacağı veya normların imkânsız veya mutlaka uyulacak olan davranışları gerektiremeyeceği yönündeki düşüncelerden vazgeçmesidir. Ancak, burada yürüttüğümüz tartışmalar aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının niçin doğru olduğunu gösterme amacı gütmemektedir. Sistemsel geçerliliğe eklemlenen aksiyolojik unsurun niçin sınırlı olması gerektiğini, ancak buna rağmen hukuk

¹⁷⁷⁸ Kelsen haklı olarak gramatik açıdan tasvirî cümlelerin, eğer gereklilik bildiren gibi bir ifade şeklinde yorumlanabiliyorlarsa, normu ifade etmekte kullanılabileceğini düşünmektedir. Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., ss. 149-150.

kurallarının normatif niteliğini açıklamak isteyen bir teori için zorunlu olduğunu daha önceki kısımlarda açıkladık.

Yanlış anlaşılmalari önlemek amacıyla bir kez daha vurgulamak isteriz ki buradaki iddiamız Kelsen'in veya temel olarak sistemsel geçerlilik anlayışını benimseyen diğer düşünürlerin "teorilerinin" bu üç durumu açıklayamadığı değildir. Bu teoriler bu üç durumda ortada bir norm olduğundan bahsedilemeyeceğinin farkındadır. İddiamız yalnızca bu durumların aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışı tarafından açıklanabileceğı ve sistemsel-olgusal bir geçerlilik anlayışıyla açıklanamadığıdır.

Bu durumda ise tek yaptığımızın sistemsel geçerlilik anlayışını hukuki pozitivistlerce de farkında olunan uç durumları kapsayacak şekilde genişletmek olduğu ileri sürülebilir. Ancak, dikkat edilecek olursa Kelsen'in veya Hart'ın benimsediğı ve teorilerinin bütününden çıkarılan bir geçerlilik anlayışı ile aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışı arasında önemli farklar bulunur. Sistemsel geçerlilik anlayışına aksiyolojik unsurun eklenmesi yalnızca normların içeriğine ilişkin genel şartların sağlanmasını sağlamaz. Bu şartlara ve sistemsel geçerlilik kriterlerine uygun olsa bile bir normun muhataplarının bu norma uymak için sebebi olmadığı için geçersiz olabileceğini ifade eder.

c. Hukuk Sisteminin Geçerliliğı

Sistemsel geçerlilik münhasıran bir hukuk sistemindeki normların geçerliliğine ilişkindir. Wróblewski'nin tanımından yola çıktığımız andan itibaren sistemsel geçerliliğı bir hukuk sisteminin değil, bu sistemdeki normların geçerliliğine dair bir anlayış olarak algıladık. Dolayısıyla, aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışın hukuk sisteminin bütününe geçerliliğini açıklayamadığını söylediğimizde okuyucu şaşırmayacaktır.

Hukuk sisteminin bütününe geçerliliğinden kastımız nedir? Bir sistem geçerli olabilir mi? Joseph Raz'a göre bir hukuk sisteminin, hukuk sistemindeki normlardan

ayrı bir geçerliliği olamaz¹⁷⁷⁹. Hart ve Kelsen'in geçerlilik anlayışlarına değinirken iki düşünürün hukuk sisteminin nihai geçerliliğinden bahsettiğini ve bu geçerliliği Tanıma Kuralı ve temel norm ismini verdikleri nihai kurallar aracılığıyla kurduklarını görmüştük. Temel normun esas fonksiyonu “sistemsel geçerlilik” anlayışının işletilebilmesi için gerekli olan ilk pozitif normun geçerliliğini tesis etmektir. Bir başka deyişle, sistemsel geçerlilikteki “sistem” temel normun geçerli kıldığı anayasa ile başlamaktadır. Dolayısıyla, anayasanın kendisinin sistemsel geçerliliğe sahip olması mümkün değildir. Temel normun geçerli olduğu, ihdas edilmiş ve etkili bir anayasayı geçerli kıldığı varsayılır¹⁷⁸⁰.

Daha önce temel normun varsayımsal niteliğinin ve hukuki anarşist tarafından varsayılmasının zorunlu olmamasının geçerlilik kavramını tehlikeye soktuğunu, geçerliliği değil, varlığı söz konusu olan Tanıma Kuralının gerekliliğe yol açtığının kabul edilmesinin olan ve olması gereken düalizmine aykırı olacağını belirtmiştik. Bununla birlikte, eksiklerine dikkat çektiğimiz bu anlayışların yerine hiçbir şey önermedik. Buradaki amacımız öncelikle aksiyo-sistemsel geçerliliğin niçin hukuk sistemlerindeki en üstün pozitif normun geçerliliğini açıklayamayacağını belirtmek, sonrasında ise bu normun geçerliliğini temel norm veya Tanıma Kuralına başvurmadan açıklamanın bir yolunu araştırmaktır. Bununla birlikte, önerilerimizi hiçbirinin nihai nitelik taşıdığı söylenemez. Alt başlığımızın da ifade ettiği gibi bağdaştırma projesi esas olarak hukuk sistemindeki hiyerarşik anlamda en üstün norm dışındaki normların geçerliliğine dairdir ve hukuk sisteminin geçerliliği bağdaştırmanın odak noktasında yer almamaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi hukuk sistemindeki hiyerarşik açıdan en üstün normun ne olduğu ve bu normun geçerliliğinin nasıl belirleneceği konuları hayli zorlu ve üzerinde daha fazla emek harcanması gereken konulardır. Biz burada yalnızca bağdaştırma projesinin bu konuda nasıl bir tutuma sahip olacağını belirlemek niyetindeyiz.

Aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının sistemin en üstün pozitif normunun geçerliliğini açıklamakta niçin başarısız olacağı aşikârdır. Hukuk sisteminin tarihine bakıldığında bu en üstün normun ihdas edildiği anda herhangi bir sistemsel kritere göre

¹⁷⁷⁹ Bkz. Raz, “Legal Validity”, *op. cit.*, s. 341.

¹⁷⁸⁰ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 201.

ihdas edilmediği, ortada bir sistemin bulunmadığı açıktır. Yeni hukuk sistemleri “hukuk boşluğu” ismi verilen darbe, devrim ve savaş gibi olayların neticesinde¹⁷⁸¹ herhangi bir hukuki norm tarafından sınırlanmamış olan asli kurucu iktidar tarafından kurulumlar¹⁷⁸². Bu kurulma genellikle anayasa ismi verilen üstün bir pozitif normun ihdasıyla gerçekleşir.

Elbette bu noktada asli kurucu iktidarın ahlak ve sağduyu normlarıyla sınırlı olup olmadığı tartışılabilir. Kanımızca bu sorunun yanıtı açıktır: Ahlak ve sağduyu bütün rasyonel muhataplara uygulanan ve bu muhatapların eylemleri hakkında gereklilikler öngörerek onları sınırlandıran normatif düzenlerdir. Dolayısıyla, asli kurucu iktidarı oluşturan kişiler de ahlakın buyruklarına ve sağduyunun gerekliliklerine uymalıdır. Ancak, buradaki tartışma esasen asli kurucu iktidarın ahlak veya sağduyu ile sınırlı olup olmadığı değil, bu sınırlılığın ihdas edilecek anayasanın geçerliliği üzerinde bir etki sahibi olup olmadığıdır. Bu konuya anayasaların (ve örneğin İngiliz hukukundaki kanunlar gibi sistemdeki diğer en üstün normların¹⁷⁸³) geçerliliğinin nasıl açıklanabileceğine dair aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışından bahsederken değineceğiz.

Eğer tarihsel anlamda ilk anayasa ihdas edildiğinde bu anayasanın geçerliliğinin değerlendirilebileceği bir sistemden bahsetmek mümkün değilse, sistemsel geçerlilik anlayışı bu anayasanın geçerliliğinin açıklanması konusunda işlevsizdir. Bununla birlikte, eğer söz konusu anayasanın bir “norm” niteliği taşıdığını iddia etmek istiyorsak geçerliliğini açıklayabilmek zorundayız.

Öte yandan anayasalar kendi geçerliliklerini düzenler. Bir başka deyişle, anayasa metninin hangi organ tarafından hangi usulle değiştirilebileceğini belirlerler. Herhangi bir usulün belirlenmediği durumlarda ise anayasanın alelade kanunlar gibi değiştirilebileceği kabul edilir¹⁷⁸⁴. Dolayısıyla, bir kez tarihsel anlamda ilk anayasanın geçerliliğini kurduğumuzda, anayasa değişikliklerinin geçerliliğini açıklamakta

¹⁷⁸¹ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 3. B., New Jersey: Lawbook Exchange, 2003, ss. 415-416; Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 118.

¹⁷⁸² Asli kurucu iktidarın hukuken sınırsız olmasına dair bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, Bursa: Ekin, 2011, s. 324; Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 25.

¹⁷⁸³ Kanunların İngiliz hukukundaki hiyerarşik açıdan üstün konumu için bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 411-413, 443-447.

¹⁷⁸⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, op. cit., s. 117.

sistemsal geçerliliğe başvurabilir hâle geliriz. Zaten Kelsen'in temel normunun geçerli kıldığı normun tarihsel anlamda ilk anayasa olmasının nedeni de¹⁷⁸⁵, anayasa değişikliklerinin geçerliliğinin sistemin kendi kriterlerine göre belirlenebilmesidir¹⁷⁸⁶.

Tarihsel anlamda ilk anayasanın geçerliliği sorununa Kelsen temel norm ile yanıt verir. Uluslararası hukukun göz ardı edildiği bir durumda varsayımsal temel norm genel olarak etkili bir anayasanın buyruklarına uyulması gerektiğini söyler¹⁷⁸⁷. Hart da bir hukuk sisteminin geçerliliği için genel etkililiğini dikkate almaktadır. Buna göre, hukuk sistemindeki yetkililerin içsel bakış açısıyla Tanıma Kuralı ve diğer ikincil kuralları benimsemediği veya muhatapların genel olarak hukuk sistemindeki kurallara uymadığı bir hukuk sisteminin geçerli olduğundan bahsedilemez¹⁷⁸⁸. Bununla birlikte, Hart Kelsen'in genel etkililik şartıyla kendi anlayışı arasındaki bir farka değinir. Hart'a göre genel etkililik Tanıma Kuralı tarafından belirlenen bir kriter değildir. Bu anlamda, etkililik hukuk sisteminin geçerlilik kriteri olarak görülemez¹⁷⁸⁹. Hart'a göre bir sistemin etkili olduğu, bu sisteme ait bir kuralın geçerli olduğunun ifade edildiği her durumda açıkça söylenmese bile varsayılan bir husustur¹⁷⁹⁰. Hart'ın teorisinde her ne kadar sistemin genel etkililiği bir kuralın geçerliliğinin normal koşuluysa da, belli durumlarda etkili olmayan bir hukuk sistemine ait olan kuralların geçerli olduğunu ifade etmek ve düşünmek anlamlıdır¹⁷⁹¹.

Hukuk sisteminin etkililiği hukuk teorisi için niçin önem arz eder? Hukuk toplumsal bir düzendir¹⁷⁹². Bir başka deyişle, hukuk toplumsal olgular tarafından yaratılır¹⁷⁹³. En azından belli ölçüde etkili olmayan bir düzenin toplumsal düzen

¹⁷⁸⁵ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 199-201.

¹⁷⁸⁶ Elbette kanımızca bu geçerlilik anlayışına aksiyolojik unsur olarak “zayıf anlamda bağlayıcılık” şartının eklenmesi, bir başka deyişle “minimum bağlayıcılık” şartının yerine getirilmesi gerekir. Dolayısıyla, buradaki iddiamız sistemsal geçerliliğin tek başına anayasa değişikliklerinin geçerliliğini açıklayabileceği değildir.

¹⁷⁸⁷ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 201.

¹⁷⁸⁸ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, s. 295.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

¹⁷⁹¹ Bu durumlar için bkz. *ibid.*, s. 104.

¹⁷⁹² Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 25, 31, 33.

¹⁷⁹³ Bkz. Jules L. Coleman, “On the Relationship between Law and Morality”, *Ratio Juris*, C. 2, S. 1 (Mart 1989), ss. 68-70, 75; Jules L. Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 4 (2007), s. 586; Jules L. Coleman, “Rules and Social Facts”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 14, S. 3 (Yaz 1991), ss. 706, 717; Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, op. cit., s. 193; Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 37.

olduğundan bahsetmenin bir anlamı olmadığı söylenebilir. Nitekim toplumsal kurallar uygulanma ile varlık kazanırlar¹⁷⁹⁴. Bununla birlikte, hukuk yegâne toplumsal düzen değildir. Örneğin, nezaket kuralları da (*rules of etiquette*) toplumsal düzen teşkil eder¹⁷⁹⁵. Hukuk dışında öyle toplumsal düzenler olabilir ki, bunlar karmaşıklığı ve sistemsal niteliği açısından alışıldık hukuk düzenlerine yaklaşabilir. Bu gibi durumlarda hukuk düzenini diğer toplumsal düzenlerden ayırmanın bir yolu olmalıdır. Wróblewski'nin sistemsal geçerlilik tanımına göre bir hukuk kuralının *aynı hukuk sistemindeki* bir başka kuralın belirlediği kriterlere göre geçerlilik kazanacağını hatırlayalım. İşte burada hukuk sistemini diğer toplumsal düzenlerden ayıracak, ayrı bir kriter ihtiyacı duyarız. Etkililiğin aradığımız kriter olup olamayacağını aşağıda tartışacağız.

Olgusal geçerlilik anlayışının temelinde yatan etkililik kavramı da burada karşımıza çıkmaktadır. Etkililiğin niçin “sisteme ait” normlar açısından -sistemdeki bir norm tarafından öngörülmediği sürece- bir geçerlilik kriteri olamayacağını daha önce açıkladık. Burada söz konusu olan sistemi tesis eden normun geçerliliği olduğundan, etkililiğin en üstün pozitif normun geçerliliği açısından bir kriter olarak görülmesi mümkün olabilir.

Joseph Raz'a göre bir hukuk sisteminin belli bir toplum açısından yürürlükte olduğundan bahsedilebilmesi için bu sisteme genel itibariyle uyulması ve en azından toplumun belli kesimleri tarafından benimsenmesi gerektiği şeklindeki etkililik düşüncesi çekişmeli değildir. Hatta doğal hukukçular bile bu düşünceye karşı çıkmamaktadır¹⁷⁹⁶. Etkililik şartı hukuk sisteminin işlemeyen (*defunct*) veya işler hâle gelmeye çalışan (*aspiring*) bir toplumsal düzen olmasının önüne geçer¹⁷⁹⁷. Bir ülkede mevcut siyasi sisteme muhalif birkaç yüz kişilik bir kesimin kendi arasında bir anayasa

¹⁷⁹⁴ Örn. bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 254-255. Ayrıca bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit., s. 52. Raz'ın amacı en nihayetinde uygulamaya dayanan bu kural teorisini eleştirmektir (*ibid.*, ss. 53-58). Ancak, Raz da belli bir toplum tarafından uygulanan bir hukuk sistemine ait olmayan kuralın bir hukuk kuralı olmadığını ve bir toplum tarafından uygulanmayan bir kuralın toplumsal kural olamayacağını kabul etmektedir (*ibid.*, s. 53).

¹⁷⁹⁵ Örneğin Stefano Berteau nezaket ve oyun kurallarından “uygulanan” (*practised*) kurallar olarak bahsetmektedir (Berteau, “A Problem for the Unambitious View of Legal Normativity”, op. cit., s. 11). Benzer biçimde Feldman da nezaket kurallarını ait olunan toplumsal grubun kuralları olarak görerek bu normatif düzenin toplumsal niteliğine dikkat çekmektedir (Feldman, *Doing The Best We Can: An Essay in Formal Deontic Logic*, op. cit., s. 214).

¹⁷⁹⁶ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 43.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

hazırladığını, önceden tabi oldukları hukuka göre değil, üzerinde anlaştıkları anayasa temelinde kurulacak olan düzene göre hareket edecekleri konusunda ant içtiklerini varsayalım. İşte bu yeni anayasa üzerinde egemenlik iddia ettiği ülkenin vatandaşları açısından belli bir düzeyde etkili olmadığı sürece teorik açıdan bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmemelidir.

Buradaki iddia, söz konusu anayasa veya bu anayasaya dayanılarak ihdas edilen diğer kuralların hiçbir şekilde “norm” niteliği taşımadığı değildir. Muhatapların bu sözde anayasa ve ona dayanılarak yaratılan normatif düzene uymak için sebebi olabilir. İddia bu düzenin bir hukuk sistemi, ilgili kuralların ise hukuk normu olmadığı yönündedir.

Bununla birlikte, hukuk sisteminin en azından toplumun belli kesimleri tarafından benimsenmesi gerektiği şartına kanımızca temkinli yaklaşmak gerekir. Elbette bir hukuk sistemi muhataplarının hiçbir tarafından benimsenmemişse, bu sistemin kuralları meşru kurallar olarak muhataplar tarafından içselleştirilmemişse, sistemin etkisiz olmasını bekleyebiliriz. Belki bin örnekten dokuz yüz doksan dokuzunda da bu beklentimiz haklı çıkar. Ancak, hukuk sisteminin geçerliliği açısından etkililiğin oynayacağı rolü belirlerken işi olasılıklara bırakmamalı ve yalnızca zorunlu öğelere yer vermeliyiz. Biraz ileride Raz’ın da vurguladığı gibi, hukuk teorisinin bu genel geçerlilik kriterine ilişkin olarak yapması gereken genel ve doğru bir çerçeve çizip, fazla detay belirlemeden gerisini hukuk sosyolojisinin alanına bırakmasıdır¹⁷⁹⁸. Muhatapları tarafından kesinlikle içselleştirilmemiş bir hukuk sisteminin en azından belli bir süre için etkili olabileceği düşünülebilir mi? Çalışmamız kapsamında belirlediğimiz etkililik düşüncesi hatırlanacak olursa, bir hukuk sisteminin etkililiği açısından mühim olan muhatapların hukuk normlarına uyması ve aykırılıklara karşı öngörülen yaptırımların uygulanmasıdır. Yetki veren kurallar açınsansa söz konusu yetkilerin kullanılmasıyla arzu edilen hukuki sonuçların doğup doğmadığı esas alınır. Dolayısıyla, muhataplar bir hukuk sisteminin kurallarını içselleştirmemiş olsa dahi kurallara uyuyor olabilir. Çoğu zaman ve özellikle baskıcı hukuk sistemlerinde yaptırım korkusu muhatapların içselleştirmediği hukuk kurallarına uygun davranmasını sağlar.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, ss. 43-44.

Benzer şekilde, yaptırımların uygulanması şartının da doğrudan sisteme ait kuralların içselleştirilmesiyle ilgisi yoktur.

Sanıyoruz Raz'ın hukuk sisteminin kurallarının içselleştirilmesi şartına yer vermesinin nedeni Hart gibi ikincil kuralların varlığının hukuk sistemi açısından şart olduğunu düşünmesidir, içselleştirmenin etkililik için olmazsa olmaz şart olduğuna inanması değil. İleride göreceğimiz gibi Raz da Hart'a benzer bir biçimde yargı organının varlığının bir hukuk sisteminin varlığı için şart koşar. Biz kurumsallık şartının bu ayağını aşağıda eleştireceğimiz için burada herhangi bir açıklama yapmıyoruz.

Hukuk sistemi niteliği açısından mühim olanın bütün bir hukuk sisteminin etkililiği mi yoksa yalnızca “ilk pozitif” norm niteliği taşıyan kuralın etkililiği mi olduğu da tartışılabilir. Kelsen kimi zaman etkililiğin hukuk sisteminin geçerliliği için bir şart olduğundan bahsetmektedir¹⁷⁹⁹. Buradan bir hukuk sisteminin etkililiğinin, sisteme ait olan her normun etkililiğinin toplamı olduğu izlenimi edinilebilir. Öte yandan, Kelsen temel normun içeriği olarak yalnızca anayasanın etkili olmasını şart koşmaktadır¹⁸⁰⁰. Ayrıca, saf hukuk kuramında tekil normun geçerliliği ile etkililiği arasında da bir ilişkinin olduğunu, minimum düzeyde etkili olmayan bir hukuk kuralının *desuetude* nedeniyle geçersiz hâle geleceğini hatırlatalım. Burada bir çelişki var mıdır? Yoksa anayasanın etkililiği, geçerliliğini en nihayetinde ondan alan diğer normların etkililiğini garanti eder mi?

Türk Anayasasını örnek alalım. Anayasadaki hiçbir ifade doğrudan vatandaşların kanunlara uyması gerektiğini söylememektedir. Bununla birlikte, Anayasanın 123/1 maddesi idarenin kanunla bağlı olduğunu ifade etmektedir. Örneğin açık bir hükme gerek olmadan suç ve cezaların kanunla belirleneceğinin düzenlenmesi (m. 38) vatandaşların kanunla suç olarak belirlenen eylemleri gerçekleştirmekten yasaklı olduğu anlamına gelir mi? Bu tür bir soruyu niçin sorduğumuzu açıklayalım. Kelsen'in ifadelerinin bir çelişki teşkil etmemesi için hukuk sistemindeki diğer normlara uymanın, aynı zamanda bu normlara uyulması gerektiğini ifade eden anayasa hükmünün etkililiğini de arttırdığını ifade edebilmeliyiz. Ancak bu durumda anayasanın genel etkililiği, hukuk sisteminin genel etkililiğini garanti eder.

¹⁷⁹⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 212.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

Kelsen'in bu konuya verdiği basit bir yanıt vardır. Buna göre, bir anayasanın yasama organını belli bir norm çıkarmakla yetkilendirmesi, anayasal norm başkaca bir ifadeye yer vermemiş olsa dahi, muhataplarının kanuna uyması gerektiği anlamına gelir¹⁸⁰¹. Saf hukuk kuramında durumun niçin böyle olduğunu geçerlilik ve bağlayıcılık özdeşleştirmesi üzerinden açıklayabiliriz. Anayasanın organlara norm ihdas etme yetkisi veren hükümleri aynı zamanda geçerlilik kriteri olduğuna göre, bu şartlara uyularak çıkarılan bir normun geçerli, yani bağlayıcı olması gerekir. Bağlayıcılık ise muhataplarının söz konusu norma uyması gerektiğini ifade eder. Bu durumda bir anayasanın “Seçimlerin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir” şeklindeki ifadesi esasen “Seçmenler oy kullanırken kanunlara uygun davranmalıdır” anlamını da içerir. Eğer durum buysa şu sonuca varabiliriz: Söz konusu kanunların etkililiğini arttıran her türlü uyma veya uygulanma, aynı zamanda kanuna uyulması gerektiğini bildiren anayasa hükmünün de etkililiğini arttıracaktır. Benzer biçimde, sözleşme hürriyeti, yani muhataplara kendi aralarındaki ilişkileri sözleşmeyle düzenleme yetkisi veren ve bu yetkiye devlet müdahalesini sınırlandıran anayasal hüküm de muhataplar sözleşme yapıp bu sözleşme hükümlerine uydukça, sözleşmeye aykırı davranışlar mahkemeler aracılığıyla uymaya zorlandıkça etkili hâle gelecektir. Hâl böyleyse Kelsen'in bir yerde hukuk sisteminin genel etkililiğinden bahsederken aynı sayfada temel normun içeriği olarak yalnızca konulmuş ve etkili bir anayasanın geçerliliğini belirlemesi¹⁸⁰² bir çelişki olarak yorumlanamaz. Nitekim hukuk sistemindeki diğer normlara uymak, bu normlar en nihayetinde geçerliliğini anayasadan alacağı için ilgili anayasal hükümlerin de etkililiğini arttıracaktır. Hatta burada anayasa tarafından değil, hukuk sistemindeki bir başka norm tarafından öngörülmüş olan bir normun etkililiğinin bile en nihayetinde anayasanın etkililiğiyle ilgili olduğunu iddia edebiliriz. Özellikle yasama yetkisinin genel olduğu hukuk sistemlerinde kanunla anayasanın düzenlemediği bir konuda düzenleme yapılması, idareye anayasanın vermediği bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkündür¹⁸⁰³. Örneğin Türk hukukunda yasama yetkisinin genel olduğunu

¹⁸⁰¹ Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., ss. 103-104.

¹⁸⁰² İfade için bkz. *ibid.*, s. 212 (“gerçekten konulmuş, genel itibariyle etkili” (*actually established, by and large effective*)).

¹⁸⁰³ Örn. bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 209; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., ss. 607-608. Biz henüz yayınlanmamış, taslak bir makalemizde Türk hukukunda yasama yetkisinin genelliği ilkesinin geçerli olmadığını savunduk (Salih Taşdöğen ve Yahya Berkol Gülgeç, “Yasama Yetkisi Genel Midir?”, https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir, Erişim Tarihi: 26 Mart

varsayarsak, Anayasa tarafından öngörülmemiş olan adsız düzenleyici işlem yapma yetkisinin idareye kanunla verilebileceğini varsayabiliriz¹⁸⁰⁴. Bu durumda muhatapların adsız düzenleyici işleme uymaması yalnızca bu adsız düzenleyici işlemin değil, aynı zamanda bu işlemi yapma yetkisini öngören kanunun da etkililiğini düşürecektir. Nitekim kanunun adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi veren hükmü “Muhatapları bu kanun uyarınca çıkarılacak adsız düzenleyici işleme uymalıdır” anlamı da taşımaktadır. Dolayısıyla, adsız düzenleyici işlemin ihlali kanunun da ihlal edildiği anlamına gelecektir. Kanunlara uyulması gerektiği de yukarıda açıkladığımız gibi Anayasa tarafından öngörüldüğüne göre, adsız düzenleyici işlemin ihlali kanunlara geçerlilik tanıyan 87. maddenin ihlali anlamına gelecektir.

Buradaki akıl yürütmemiz bir hukuk sistemindeki bütün normların geçerliliğinin en nihayetinde tek ve üstün bir norma dayandığını varsaymaktadır. Hukuk sistemindeki bütün normların geçerliliğinin tek bir kaynağa dayandırılmadığı durumlarda bu açıklamalarımızın geçersiz olacağı düşünülebilir. Ancak, Kelsen temel normun bir hukuk sisteminin birliğini tesis ettiğini vurgular¹⁸⁰⁵. Dolayısıyla, bir hukuk sisteminde birden fazla temel normun bulunduğunu düşünmek mümkün değildir. Farklı temel normlara dayanan sistemler farklı hukuk sistemleri olacaktır. Eğer ortada farklı hukuk sistemleri varsa, bu sistemlerin etkililiğinin ayrı ayrı ve yukarıda bahsettiğimiz şekilde değerlendirilmesi mümkündür.

Hart da hukuk sisteminin genel olarak etkili olmasını, yani muhatapların sistemin birincil kurallarına genel olarak uymasını bir düzenin hukuk sistemi olarak değerlendirilebilmesinin ön şartı olarak görür¹⁸⁰⁶. Hukuk sisteminin varlığının ikinci şartı ise Tanıma Kuralı ve diğer ikincil kuralların hukuk sistemindeki yetkililer tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmiş olmasıdır¹⁸⁰⁷. Kelsen’in aksine Hart, etkililik prensibini hiçbir şekilde Tanıma Kuralının içeriği hâline getirmemektedir.

2020). Biraz sonra Türk hukukunda yasama yetkisinin genel olduğunu varsayarak yapacağımız yorum bu makalede savunduklarımızın reddi olarak yorumlanmamalıdır.

¹⁸⁰⁴ Daha önceki bir çalışmamızda bu yetkinin ancak kanunla, kanuna eşdeğer hiyerarşik güçteki bir normla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle verilebileceğini kabul etmiştik. Bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 303-305.

¹⁸⁰⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 205.

¹⁸⁰⁶ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

Tanım Kuralının içeriği önceden belirlenmez, tamamen uzlaşmsal (*conventional*) bir nitelik taşır¹⁸⁰⁸. Hart'ın genel etkililik şartına yer vermesinin nedeni etkisiz hukuk sistemlerinin söz konusu olduğu durumlarda hukuk kurallarının içsel bakış açısıyla benimsenmesi için gerekli olan arka planın mevcut olmamasıdır¹⁸⁰⁹. Bir başka deyişle: “Böyle durumlarda belli kişilerin hak ve ödevlerini bir sistemin birincil kurallarına atıfla belirlemek veya kurallarından birinin geçerliliğini tanıma kuralına atıfla değerlendirmek genel olarak anlamsız olacaktır”¹⁸¹⁰.

Hukuk sistemini onunla eş zamanlı olarak toplumda uygulama bulan diğer toplumsal düzenlerden ayırmanın gerekli olduğunu kabul ediyoruz. Toplumsal olgular tarafından yaratılan birden fazla normatif düzenin varlığıyla karşılaşan hukukçunun, bunlardan hangisinin hukuk sistemi olduğunu belirleyebilmesi gerekir. Burada önemli olan nokta genel anlamda etkili olma şartının bu ayırım için yeterli olup olmadığıdır. Bu konuda Joseph Raz'ın *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*'daki açıklamaları önem arz eder.

Raz'a göre hukuk sisteminin varlığı açısından iki tür test bulunur. Bunlardan bir tanesi söz konusu toplumda bir hukuk sistemi bulunup bulunmadığını belirlemeye yarar¹⁸¹¹. Bu teste “eşikli etkililik testi” ismi verebiliriz¹⁸¹². Buna göre, bir toplumsal düzen belli bir etkililik düzeyini aşmadığı sürece hukuk sistemi olamaz. Yani bu test bizim genel etkililik ismini verdiğimiz koşulun sağlanıp sağlanmadığını tespit etmeye yaramaktadır. Bununla birlikte, eğer bir toplumda birinci testi geçen bir veya daha fazla toplumsal düzen mevcutsa, ikinci test bu düzenlerden hangisinin hukuk sistemi olarak nitelendirileceğini belirler¹⁸¹³. Raz eşikli etkililik testini birden fazla “hukuk sisteminin”

¹⁸⁰⁸ Bkz. Gerald J. Postema, “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, C. 11, S. 1 (Ocak 1982), s. 166. Karşıt görüşler için bkz. Leslie Green, “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 12, S. 1 (1999), ss. 37-41; Julie Dickson, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 3 (2007), ss. 375-382. Doktrinde hukukun varlığının en nihayetinde bir uzlaşmaya dayandığı görüşüne uzlaşmsallık tezi (*conventionality thesis*) ismi verilmektedir (Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *op. cit.*, s. 385).

¹⁸⁰⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 103-104.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, s. 104.

¹⁸¹¹ Bkz. Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, *op. cit.*, s. 206.

¹⁸¹² Raz “ön test” (*preliminary test*) ifadesini tercih eder. Bkz. *ibid.*

¹⁸¹³ *Ibid.*

geçebileceğini belirtmektedir¹⁸¹⁴. Kanımızca burada hukuk sisteminden değil toplumsal düzenden bahsetmek gerekir. Nitekim eşikli etkililik testinin gerçekleştirildiği anda etkililiği değerlendirilen toplumsal düzenlerin hukuk sistemi niteliği taşıyıp taşımadığını bilemeyiz.

Kanımızca genel etkililik şartı veya “eşikli etkililik testi” kendi başına hukuk sisteminin diğer toplumsal düzenlerden ayrılmasına yetmeyebilir. Bunun nedeni farklı toplumsal düzenlerin çatışmak zorunda olmaması, çatışan düzenlerin bulunduğu durumlarda bile etkililiği azalan toplumsal düzenin, buna rağmen belirlenen etkililik seviyesinin üzerinde kalabilecek olmasıdır. Eğer toplumda yürürlükte olan toplumsal düzenler çatışırsa, bunlardan bazılarının etkililiği artarken, diğerlerinin azalacaktır. Bununla birlikte, çatışan toplumsal düzenlerden bir tanesinin etkililiği çatışma neticesinde muhatapların hangi düzene uyduğuna bağlı olarak azalacak olsa bile, uyulmayan toplumsal düzenin hâlâ etkililik eşiğinin üzerinde kalması mümkündür.

Raz ikinci teste “dışlama testi” (*test of exclusion*) ismini verir. Biz de bu terminolojiyi kullanacağız. Raz dışlama testini uygulamadan önce söz konusu toplumsal düzenlerinin birbirini dışladığından emin olunması gerektiğini düşünür. Bunun nedeni toplumun birden fazla toplumsal düzene sahip olabilmesi ve bunların kimi zaman çatışmalar dahi uyumlu olabilmesidir¹⁸¹⁵. İki toplumsal düzenin (Raz’a göre hukuk sisteminin) uyumlu olup olmadığı öncelikle parçası oldukları toplumsal örgütlenme şekline bağlıdır. Bu toplumsal örgütlenme şekilleri devlet, aşiret, din vb. şekillerde ortaya çıkabilir¹⁸¹⁶. Raz’a göre devletlerin toplumsal düzenleri genellikle birbiriyle uyumsuz olsa da bunlar genellikle dinî düzenlerle uyumludur¹⁸¹⁷. İkinci olarak toplumsal düzenlerin birbirlerine uyumu yasaklayıp yasaklamadığına, birine uymanın diğerine aykırılık anlamına gelip gelmeyeceğine bakılmalıdır. Raz bu noktada bazı dinlerin dinî olmayan otoritelerin tanınmasını yasaklayabileceği örneğini verir¹⁸¹⁸. Dışlama testi muhatapların devlet, rejim, aşiret ve din gibi toplumsal örgütlenme şekillerine bakış açısı ve eylemlerine özel bir önem atfeder. Örneğin, muhatapların belli bir toplumsal düzeni diğerine olan bağlılığından dolayı reddedip reddetmediği gibi

¹⁸¹⁴ Bkz. *ibid.*, ss. 204-205.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, s. 207.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ *Ibid.*

hususlar önem kazanır¹⁸¹⁹. Bunun yanında anayasal ve siyasi nitelikteki diğer kuralların etkililiği de önem arz edecektir¹⁸²⁰. Karşılaştırmalı bir test olan dışlama testi neticesinde “en iyi sonucu veren” düzen hukuk sistemi olarak nitelendirilecektir¹⁸²¹.

Raz’ın tespitlerinde şu iki temel eksikliği tespit ediyoruz:

1) İki toplumsal düzen birbiriyle uyumlu olsa da eşikli etkililik testini geçen her toplumsal düzen hukuk sistemi olarak adlandırılmaz. Örneğin hem pozitif ahlak hem de hukuk sistemi genel olarak etkili ve birbiriyle uyumlu olabilir. Ancak buradan toplumda aynı anda geçerli iki hukuk sistemi olduğu sonucuna varamayacağımıza göre, dışlama testi de tek başına hangi toplumsal düzenin hukuk sistemi olduğunu söylemekte yetersiz kalıyor demektir. Eşikli etkililik testinin uygulanmasından önce hangi toplumsal düzenlerin hukuk sistemi *olabileceğine* dair başka bir kriterimizin olması ve bu kriteri hukuk sisteminin geçerliliği (hukuk sisteminin en üstün normunun geçerliliği) açısından bir şart olarak görmemiz gerekir.

2) Raz’ın dışlama testinin neticesinde “en iyi sonucu veren” düzenin hukuk sistemi olacağı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. “En iyi sonucu vermenin” anlamını Raz tarafından dışlama testi tarafından önem atfedilen hususlara başvurarak belirlemeye çalışalım. Testin önem atfettiği ilk husus nüfusun toplumsal düzeni teşkil eden örgütlenmeye yönelik bakış açısı ve tavrıdır. Raz toplumsal düzenlerden biri veya birkaçına nüfusun genelinin bir başka düzene olan bağlılığı yüzünden uyup uymadığı sorusunun sorulması gerektiğini belirtir. Sanıyoruz bu anlamda “en iyi sonucu veren” düzen muhatapların başka bir düzene bağlılığı nedeniyle en az ihlal ettiği toplumsal düzen olacaktır. Bir başka deyişle, karşımızda özel bir etkililik anlayışı bulunmaktadır. Bununla birlikte, bir toplumdaki en etkili toplumsal düzen olma şartı hukuk sistemini belirlemeye yetmiyorken, bu özel etkililik koşulunun nasıl yardımcı olacağı belli değildir. Bir başka deyişle, bir düzenin benimsenmesine bağlı olarak en az ihlal edilen toplumsal düzen olmanın hukuk sisteminin hangi vazgeçilmez niteliğini teşkil ettiği açık değildir. “En iyi sonuç verme”nin dışlama testinin önem atfettiği ikinci husus açısından ne anlama geldiği açıktır. Bu anlamda en

¹⁸¹⁹ *Ibid.*

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ *Ibid.*, s. 208.

iyi sonuç verme anayasal ve siyasi açıdan önem arz eden kurallar bakımından daha etkili olmayı ifade etmektedir. Raz yine anayasal ve siyasi açıdan önem arz eden kuralların etkililiğinin hukuk sistemi niteliğinin sağlanmasında niçin daha önemli olduğunu açıklamamaktadır. Yukarıda bir hukuk sisteminin genel etkililiğinin en nihayetinde sistemin en üstün normunun etkililiğine yansıtacağını belirtmiştik. Burada bir hukuk sistemin hiyerarşik açıdan en üstün normu veya normlarının siyasi açıdan diğer normlara göre daha önemli olacağını da düşünebiliriz. Örneğin, siyasi organların yetki ve görevleri öncelikle anayasalarla belirlenir. Bu durumda Raz'ın bu son tespiti kabaca uyumsuz toplumsal düzenler arasında “en etkili” olan toplumsal düzenin, başka bir deyimle hiyerarşik açıdan en üstün normu “en etkili” olan düzenin hukuk sistemi olacağını söylemektedir. Oysa “daha etkili olma” ve “en etkili olma” kriterlerinin bir toplumsal düzenin hukuk sistemi olma niteliğini garanti etmeyeceği Raz tarafından da kabul edilmektedir.

Neticede Raz'ın yukarıdaki açıklamaları etkililik kriteri hakkında nihai bir tespit olma iddiası taşımamaktadır¹⁸²². Dolayısıyla, hukuk sisteminin varlık koşulları için Raz'ın başka çalışmalarına bakmakta yarar vardır. Joseph Raz “*The Authority of Law*” kitabında etkililik kriterinin tek başına bir toplumun hukuk sisteminin belirlenmesine yetmemesi üzerine ek bir şart öngörür. Bu şarta kurumsallık (*institutionality*) ismini verir¹⁸²³. Kurumsallık şartının iki önemli unsuru vardır. Bunlardan ilki bir sistemin “hukuk sistemi” niteliği taşıyabilmesi için sistemdeki normların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli kurumların mevcut olması gerektiğini ifade eder¹⁸²⁴. Bu ilk şartın Hart'tan mülhem olduğunu söyleyebiliriz. Hart'a göre, bir hukuk sisteminin varlığından söz edebilmek ve hukuk sistemini ilkel toplumsal düzenlerden ayırabilmek için muhatapların yükümlülüklerini belirleyen birincil kurallardan fazlasına ihtiyaç duyulur. Bu noktada karşımıza ikincil kurallar çıkar. Tanıma kuralları, değişiklik kuralları ve yargılama kuralları olarak ayrılan ikincil kurallar yalnızca ilkel toplumsal düzenlerin eksiklerini gidermekle kalmaz, aynı zamanda ilkel toplumsal düzenden hukuk sistemine geçişi de simgelerler¹⁸²⁵. Yargılama kuralları bir hukuk sistemindeki kuralların uygulanmasıyla ilgili çıkan uyuşmazlıkları gidermek için belli kişi veya

¹⁸²² Bkz. *ibid.*

¹⁸²³ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 43.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 94.

makamları yetkilendirir¹⁸²⁶. Dolayısıyla, Hart ve Raz’a göre hukuk kurallarının uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir organın bulunmadığı bir hukuk sisteminden bahsedilemez.

Kurumsallık kriterinin ikinci şartı hukuk sisteminin diğer toplumsal düzenler üzerindeki üstünlük iddiasıdır. Raz’ın ifadesi şu şekildedir: “*Ayrıca hukuk sisteminin yalnızca otoritatif olduğunu ve toplumda üstün bir konumda bulunduğunu iddia etmesi, yani diğer toplumsal kurumları meşrulaştırma veya yasaklama hakkını iddia etmesi gerektiği de genel olarak kabul edilir*”¹⁸²⁷. Hukukun iddia edemeyeceğini ve bu iddianın hukuku yaratanlara ait olması gerektiğini daha önce MacCormick’in görüşleri doğrultusunda belirtmiştik¹⁸²⁸. Dolayısıyla, Raz’ın bu görüşlerini hukuku yaratanların hukukun diğer toplumsal düzenlerin kural ve kurumlarından üstün olduğunu iddia ettiği şeklinde algılamamız gerekir. Raz’ın belirttiği gibi bu üstünlük hukuk aracılığıyla diğer toplumsal kurum ve kurallara uyulmasını yasaklamanın meşru olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

Kanımızca salt bir kurallar bütünü yaratan kişilerin bu kuralların diğer kurallardan üstün olduğuna dair iddiasının bir düzeni diğerinden ayırabileceği düşüncesi ciddi bir savunmaya ihtiyaç duyar. Özellikle birbirini dışlamayan normatif toplumsal düzenler söz konusu olduğunda (örneğin pozitif ahlak ve hukuk) bu düzenlerin yaratıcılarının kolaylıkla kendi düzenlerinin diğerinden üstün olduğunu (örneğin toplumun değerlerine aykırı hukuk kurallarının geçersiz olduğunu) iddia etmesi mümkündür. Bu durumda bu iki düzeni ayırabilecek tek kriter kurumsallığın ilk ayağı olmaktadır. Bu ayağın eleştirisini aşağıda gerçekleştireceğiz. Ancak, burada değinmemiz gereken bir husus daha var. Sonuçta Raz hukukun iddiasını hukuku yaratanların iddiası olarak algılamamaktadır. Bu bakış açısını, hukukun iddiasını başka bir biçimde yorumlayamadığımız için biz benimsiyoruz. Ancak, iddianın biri veya birileri tarafından dile getirilmesi zorunlu olduğuna göre, belki Raz’ın burada bahsettiği iddianın hukukun yaratıcılarından daha geniş bir kümeye atfedilmesi mümkündür. Belki de hukuk aracılığıyla diğer toplumsal düzenlerin meşru olmaktan çıkarılabileceği iddiası yalnızca hukuk yapıcılar değil, aynı zamanda hukukun muhatapları tarafından da dile

¹⁸²⁶ *Ibid.*, ss. 96-97.

¹⁸²⁷ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 43.

¹⁸²⁸ Bkz. MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, op. cit., ss. 59-67.

getirilmelidir. Bir başka deyişle, belki “dışlama testi”nde olduğu gibi Raz’ın buradaki kastı muhatapların hangi toplumsal düzeni üstün olarak gördüğüdür. Bununla birlikte, toplumsal düzeni yaratanların iddiaları gibi muhatapların iddiaları da olumsaldır. Pozitif ahlak-hukuk örneğine geri dönelim. Halkın büyük bir bölümü toplumun benimsediği ahlaki değerlere aykırı hukuk kurallarının geçersiz olduğunu düşündüğü sürece -ve kurumsallık şartının yargı organına ilişkin kısmını bir anlığına göz ardı ettiğimizde- siyasi iktidar tarafından yaratılmamış, bu iktidar tarafından yaratılan normlarla hiçbir normatif ilişki içinde olmayan, yazısız ve merkezî yaptırım mekanizmalarından yoksun bir toplumsal düzeni hukuk sistemi olarak nitelendirmemiz gerekecektir¹⁸²⁹. Sonuç olarak “hukukun iddiası”ndan yola çıkan bir stratejinin etkili hukuk sistemini diğer etkili toplumsal düzenlerden ayırmaya yardımcı olacağını düşünmüyoruz.

Bu noktada kurumsallık şartının ilk ayağına geri döneceğiz. İddia bir toplumsal düzenin hukuk sistemi niteliği taşıyabilmesi için bu sistemde uyumsuzlukları çözmekle görevli bir organ, makam veya kişinin bulunması gerektiği yönündedir. İlkel toplumsal düzen yalnızca birincil kurallardan oluşur¹⁸³⁰. Birincil kurallar ise toplumdaki üyelerin yükümlülüklerini belirleyen kurallardır¹⁸³¹. Hart ilkel toplumsal düzenlerde üç temel eksiklik tespit eder. Bunlardan ilki hangi birincil kuralların geçerli olduğunun belirlenmesine yarayan bir kuralın yokluğundan kaynaklanan belirsizliktir¹⁸³². İkincisi mevcut kuralların nasıl değiştirileceğini belirten kuralların yokluğundan kaynaklanır ve kuralların statik niteliği olarak adlandırılır¹⁸³³. Bu ise toplumsal gerekliliklere uymayan birincil kuralların doğrudan kaldırılması, değiştirilmesi veya bunlar yerine yeni kuralların getirilmesini imkânsız kılar¹⁸³⁴. Son olarak ilkel toplum düzenleri kuralları destekleyen toplumsal baskının dağılmış yapısından dolayı verimsizlikten (*inefficiency*)

¹⁸²⁹ İddiamız hukuk normlarının doğrudan siyasi iktidar tarafından yaratılması gerektiği, hukuk kurallarının yazısız olamayacağı veya hukuk sisteminin mutlaka merkezî bir yaptırım mekanizmasına sahip olması gerektiği değildir. Örneğin sözleşmeler çoğu durumda siyasi iktidar tarafından yaratılmaz. Ancak bu normlar geçerliliğini siyasi iktidar tarafından yaratılmış başka normlardan alırlar. Bir başka deyişle, siyasi iktidar tarafından yaratılan normlarla normatif ilişki içindedirler. Keza yazısız pek çok hukuk kuralı veya ilkesinin bulunduğundan da bahsedilebilir. Buradaki iddiamız sadece siyasi iktidar tarafından yaratılmış olan normlara dayanan, merkezî yaptırım mekanizmasına sahip, yazılı ve sistematik bir toplumsal düzen varken bu nitelikleri taşımayan bir düzenin hukuk sistemi olarak nitelendirilmesinde bir tuhafılık olacaktır.

¹⁸³⁰ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 91.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² *Ibid.*, s. 92.

¹⁸³³ *Ibid.*

¹⁸³⁴ *Ibid.*, ss. 92-93.

mustarıptır¹⁸³⁵. Bir başka deyişle, ilkel toplumlarda belli bir kuralın ihlal edilip edilmediğine dair tartışmalar, bu tartışmaları kesin biçimde sonlandırmakla görevlendirilmiş bir organ, makam veya kişinin yokluğundan dolayı sürüp gidecektir¹⁸³⁶. Hart bu üç eksikliğe üç tür ikincil kuralla yanıt verir. Bu kurallar sırasıyla tanıma kuralı (belirsizlik), değiştirme kuralı (kuralların statik niteliği) ve yargılama kuralıdır (verimsizlik)¹⁸³⁷.

Raz kurumsallık şartı kapsamında yargı organına sahip olmayan bir toplumsal düzenin hukuk sistemi olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürdüğünden bizi burada ilgilendiren yargılama kuralıdır. Dolayısıyla, Hart'ın bu konuda söylediklerine biraz daha yakından bakmakta fayda vardır. Yargılama kurallarına ilişkin olarak Hart kural ihlaline karar verecek olan organın belirlenmemiş olmasını, bu durumla ilgili bir başka olumsuzluktan ayırır. Yaptırım uygulayacak merkezî bir otoritenin bulunmayışı, kural ihlalleri açık olsa bile cezalandırmanın zaman alması ve intikam duygusuyla hareket eden kimselerin adaleti sağlamak için dizginleri kendi eline alması gibi pek çok başka olumsuzluklara da yol açar¹⁸³⁸. Bununla birlikte, Hart'a göre ihlale nihai biçimde karar verecek olan organların yokluğu bu yan etkiden çok daha önemlidir ve toplumların tarihsel olarak bu kusuru ortadan kaldırmaya yönelik önlemleri çok daha önce almış olması da bunu doğrulamaktadır¹⁸³⁹. İhlalleri tespitle görevli organların kurulmasını, bu ihlallere yaptırım uygulama yetkisinin toplumun genelinden alınması takip etmiştir¹⁸⁴⁰.

İlk olarak ilkel toplumsal düzenin kusuru olan verimsizliğin (*inefficiency*) anlamını sorgulamak gerek. Hart burada etkililikten (*efficacy*) mi bahsediyor? Kemal Gözler esasen hukukta etkililikten kastın “efektiflik” (*effectivité*) olduğunu, ancak yaygın olarak etkililik (*efficacité*) ifadesinin efektiflik yerine kullanıldığını belirtmektedir¹⁸⁴¹. Hart etkililik için *efficacy* ifadesini kullandığından¹⁸⁴², *inefficiency* ile kastının farklı olduğu düşünülebilir. Hart'ın *inefficiency* ifadesinin etkililiği kapsayıp

¹⁸³⁵ *Ibid.*, s. 93.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ *Ibid.*, ss. 94-97.

¹⁸³⁸ *Ibid.*, s. 93.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, ss. 93-94.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, ss. 97-98.

¹⁸⁴¹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 65.

¹⁸⁴² Örn. bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 103.

kapsamadığını bu kusura ilişkin söylediklerinden de çıkarmaya çalışabiliriz. Kanımızca kuralları ihlal edenlerin cezalandırılmasında yaşanan zaman kaybı etkililiğe işaret edebilir. Hatırlanacağı gibi bir hukuk sisteminin etkililiğinin iki ayağı olduğunu, birincisinin hukuk kurallarına uyulup uyulmadığından, ikincisinin ise ihlallere yaptırım uygulanıp uygulanmadığından müteşekkil olduğunu belirtmiştik. Neticede organize ve merkezî bir yaptırım mekanizmasının yokluğu kimi zaman ihlallerin yaptırımsız kalmasına yol açabilecektir. Hart'ın asıl sorun olarak gördüğü hususu, yani ihlalin var olup olmadığı konusundaki tartışma ve çekişmelerin sürüp gidecek olmasını da etkililik ile bağdaştırmak mümkündür. Nitekim eğer muhatapların birincil kurallara uyup uymadığı her daim tartışmalı olarsa, ihlallerin tespit edilip yaptırım uygulanması da mümkün olmayacak, bunun bir sonucu olarak da toplumsal düzenin etkililiği düşecektir.

Hart ilkel toplumsal düzenlerinin hukuk sistemine kıyasen sahip olduğu eksikliklere değinmekte, bu eksikliklerden bir tanesinin “*inefficiency*” olduğunu belirtmekte ve bu eksikliğin yargılama kuralları (ve dolayısıyla da yargı organları) tarafından giderileceğini ve genel olarak ikincil kurallar aracılığıyla ilkel toplumsal düzenden hukuk sistemine geçiş yapılacağını vurgulamaktadır. Gördüğümüz gibi “*inefficiency*” olarak ifade edilen eksiklik -her ne kadar Hart etkililik için “*efficacy*” tabirini kullansa da- genel olarak toplumsal düzenin etkililiğini düşürmektedir. Bu durumda, kurumsallık şartının birinci ayağı olan uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiş bir organın varlığını tek başına ayrı bir şart olarak değerlendirmeyip, etkililik kriterine katkıda bulunduğu ölçüde dikkate almak mümkündür. Neticede yargılama kurallarına sahip olan bir hukuk sisteminde de verimsizlik söz konusu olabilir. Ancak bu verimsizlik hukuk sisteminin varlığı için şart olan etkililiği belli bir düzeyin altına düşürmedikçe, toplumsal düzenin hukuk sistemi olma niteliğine halel gelmeyecektir. Bir başka deyişle, madem yaptırım uygulamak ve ihlalleri tespit etmekle görevli merkezî bir organın yokluğu hukuk sisteminin etkisiz olmasına yol açabiliyor, bu şart hukuk sisteminin genel olarak etkili olmasını engellediği ölçüde şarttır. Tek başına merkezî bir yargı organının yokluğu ne hukuk sisteminin genel olarak etkili olmadığı ne de diğer toplumsal düzenlerden daha az etkili olacağı anlamına gelir. Dolayısıyla, biz yargı organının varlığını hukuk sisteminin varlığı ve geçerliliği açısından vazgeçilmez bir unsur olarak kabul etmeyeceğiz.

Bununla birlikte, yargı organını tek başına hukuk sisteminin varlığı için bir şart olarak görmemek, hukuk sisteminin onu yaratan kaynakla hiçbir zorunlu ilişkisinin bulunamayacağı anlamına gelmez. Bir başka deyişle, genel olarak hukuk kurallarının devlet veya belki daha geniş bir şekilde siyasi iktidar tarafından yaratıldığı, pozitif ahlak kurallarınınsa toplum tarafından yaratıldığı (benimsendiği) genel olarak kabul edilir. Elbette hukuk kurallarının devlet veya siyasi iktidar tarafından yaratılacağını kabul etmek bütün sorunlarımızı çözmeyecektir. İki tür sorunu rahatlıkla öngörebiliriz. Bunlardan ilki devlet veya siyasi iktidar kavramının sınırlarına ilişkindir. Devlet derken neyi kastederiz? Bu kavramın sınırlarına yalnızca modern devlet mi yoksa modern devlet öncesi siyasi örgütlenmeler de dâhil edilir mi? Siyasi iktidar açısından da benzer sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Ancak bu ilk gruptaki sorunlar zor da olsa aşılabilir. Bununla birlikte, aynı toplum ve coğrafyada etkili olan ve iki farklı siyasi iktidar (veya devlet) tarafından yaratılmış toplumsal düzenleri ayırmak konusunda bu “kaynak kriteri”nin veya “organik kriter”in ne kadar yardımcı olacağı tartışmalıdır. Elbette, çoğu zaman bir coğrafya ve halk üzerinde egemen olan birden fazla etkili hukuk sistemi olmaz. Kısa bir süre sonra bunların yarattığı düzenlerden bir tanesinin eşikli etkililik testini geçemez duruma gelmesini bekleriz. Varsayalım ki düzenlerden bir tanesi zamanla mutlaka etkililik eşiğinin altında kalacak. Bu durumda en azından belli bir süre için bir toplumun hukuk sisteminin hangisi olduğunu bilemeyeceğimizi kabul etmek durumunda kalırız. Sanıyoruz bunda anormal bir durum da yoktur. Neticede bahsettiğimiz testler ister hukuk sisteminin kaynağına isterse etkililiğe odaklansın olgusal testlerdir. Söz konusu olan olgusal testlerse kimi durumlarda veriler kesin bir sonuca ulaşmak için yetersiz olacaktır¹⁸⁴³. Burada devlet ve siyasi iktidar kavramları arasında bir tercihte bulunmamız veya bu kavramların sınırlarını tespit etmemiz mümkün değildir. Söylediklerimiz yalnızca hukuk sistemi ve yaratıcısı arasındaki bağın en azından hukuk sistemi niteliği taşıyabilecek olan düzenlerle taşıyamayacak olan düzenlerin ayırt edilmesinde yardımcı olabileceğini ileri sürmektedir.

¹⁸⁴³ Raz da kimi durumlarda bir toplumda etkili olan düzenlerden hangisinin hukuk sistemi olduğunun tespitinin mümkün olmayabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 208.

Şu aşamaya kadar genel etkililik kriterinin bir hukuk sisteminin varlığını tespit etmek için zorunlu şart olduğunu ancak yeterli şart olmadığını, “daha etkili olma” kriteri, yargı organına sahip olma kriteri, dışlama testi ve üstünlük iddiası üzerinden genel etkililik kriterinin eksiklerini kapatma çabalarının başarılı olmadığını tespit edebildik. Bununla birlikte, hukuk sistemi ve sistemin yaratıcısı arasındaki organik bağdan yola çıkarak hukuk ve diğer toplumsal düzenlerin ayrıştırılmasının mümkün olabileceğine işaret ettik. Bir başka deyişle, hukuk sistemini diğer toplumsal düzenlerden ayırmaya yönelik bazı olgusal kriterleri benimsedik veya reddettik. Dolayısıyla, şartlarını bu çalışmada kesin olarak belirleyemsek dahi hukuk sisteminin geçerliliği için benimseyeceğimiz anlayışın olgusal geçerlilik olacağı, en azından olgusal geçerlilik anlayışının hukuk sisteminin geçerliliğinin önemli bir unsuru olacağını tahmin edebiliriz.

Kelsen’in etkililik anlayışı açısından dile getirdiğimiz gibi bir hukuk sisteminin etkililiği için mühim olan ölçüt anayasanın etkililiğidir. Nitekim anayasadan kaynaklanan bir hukuk sisteminin toplam etkililiği en nihayetinde anayasanın etkililiği olarak ifade edilebilir. Geçerli bir yönetmeliğe uymayan yalnızca yönetmeliğin veya yönetmeliğin çıkarılacağını (yani muhatapları tarafından bu norma uyulacağını¹⁸⁴⁴) öngören kanunun değil, aynı zamanda kanunların bağlayıcılığının kaynağı olan anayasanın da etkililiğine tesir eder. Hukuk sistemindeki anayasa (veya hiyerarşik olarak en üstün pozitif norm) dışındaki normların geçerliliği için aksiyo-sistemsel anlayışın benimsenmesi gerektiğine ve anayasanın geçerliliği bu anlayışla açıklanamayacağına göre, şimdiki çabamız hukuk sisteminin (anayasanın) etkililiği kavramı ve bu kavram üzerinden anayasa için özel bir geçerlilik anlayışı belirlemek olacaktır.

Bu özel ve yeni geçerlilik anlayışına değinmeden önce anayasa için farklı, hukuk sistemindeki diğer normlar için farklı bir geçerlilik anlayışı benimsememize yöneltilebileceğini düşündüğümüz bir eleştiriye yanıt verelim. Çalışmamızın girişinde olan-olması gereken düalizmini sorgulamadan benimsediğimizi belirtmiştik. Bu noktada asli kurucu iktidarın hiçbir normdan yetki almadığı hâlde norm yarattığını ve dolayısıyla

¹⁸⁴⁴ Hatırlanacağı üzere bu anlamı şuradan çıkarıyorduk: Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., ss. 103-104.

da normun geçerliliğinin olgulardan türetildiği düşünülebilir. Ancak, bu düşünce yerinde olmaz. Aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının aksiyolojik unsuru, normun salt olgulardan türetilmesinin önüne geçmeye yaramaktadır. Buna göre, muhataplara anayasaya uymak yönünde sebep sağlayan sağduyu veya ahlak normu, aynı zamanda asli kurucu iktidara anayasa ihdas etme yetkisi vermekte, asli kurucu iktidarın anayasa yapmaya yetkili olduğunu ifade etmektedir. Bir örnekten yola çıkarak durumu açıklayalım, sonra da örneği anayasanın geçerliliğine uyarlayalım.

“Gençler büyüklerinin sözlerine uymalıdır” şeklinde bir ahlak kuralının mevcut olduğunu varsayalım. Bu kural esasen yükümlendirici bir kuraldır. Yani, gençlere büyüklerinin sözlerini dinlemek için eylem sebebi sağlamaktadır. Ancak, aynı norm bir yandan da yaşça büyük olanları gençlere talimat vermek yönünde yetkilendirmektedir. Elbette, bu yetki sınırsız olmayabilir. Verilecek talimatları “ahlaka uygun” sıfatıyla nitelendirmemiz gerekebilir. Başka ahlak normlarının verilen bu yetkiyi sınırladığı söylenebilir. Ancak, esasen genç bireyleri yükümlendirmeyi amaçlayan bu normun, aynı zamanda yaşça büyükleri yetkilendirdiği reddedilemez. Bütün geçerlilik şartlarına uygun olduğu sürece yaşça büyüklerin talimatları gençler açısından norm niteliği taşıyacaktır.

Büyükler ve bu ahlak normu arasındakine benzer bir ilişkinin asli kurucu iktidar ve bir ahlak ya da sağduyu normu arasında olduğu da düşünülebilir. Örneğin, “Vatandaşlar siyasi egemenlerin ahlaka uygun talimatlarına uymalıdır” şeklindeki bir ilke pekâlâ geçerli ve asli kurucu iktidarı ahlaka uygun bir anayasa ihdas etme yönünde yetkilendiren bir ahlak ilkesi olarak görülebilir. Benzer biçimde “herkesin kendi menfaatlerine hizmet eden veya ihlalleri yaptırımla cezalandıran anayasalara uyması gerekir” şeklindeki bir sağduyu ilkesinin var olduğunu da söyleyebiliriz. Neticede muhatapların hukuka uymak için sahip olduğu sağduyudan kaynaklanan sebepler bu şekilde ifade edilebilecek bir sağduyu normu dolayısıyla mevcuttur. Bu sağduyu normu da asli kurucu iktidarı etkili ve/veya muhatapların menfaatlerine hizmet edecek bir anayasa yapmak konusunda yetkilendirmektedir.

Bununla birlikte, burada yükümlendirici her türlü kuralın aynı zamanda yetki veren bir yönünün olduğunu iddia ettiğimiz düşünülmemelidir. Yükümlendirici

kuralların aynı zamanda yetki vermesi yalnızca bir muhatabın başka bir kişi veya organın talimat, emir veya normlarına uyması gerektiğini belirten normlar açısından geçerlidir. Bununla birlikte, yükümlendirici normlar her zaman emir ve talimat verecek, norm yaratacak bir kimse veya organa atıfta bulunmaz. Örneğin “Komşularına yardım etmelisin” şeklindeki bir norm yetki içermeyen, saf anlamda yükümlendirici bir normdur. Dolayısıyla, daha önce yaptığımız ve saf anlamda yetki veren kuralların olamayacağı, ancak yalnızca gereklilik bildiren normların olabileceği yönündeki tespitimiz geçerliliğini korumaya devam etmektedir.

Anayasa koyucuyu yetkilendiren ahlak ve sağduyu normlarının varlığını göstermek ve bu normların diğer ahlak ve sağduyu normlarıyla ilişkisini belirlemek buradaki maksadımızı aşacak detaylı bir çalışma gerektirir. Ancak, eğer muhatapların hukuk kurallarına uymak için eylem sebebi olduğunu kabul ediyorsak, onları bu kurallara uymakla yükümlendiren ve bunu yaparken hukuk kuralını ihdas edecek kişileri yetkilendiren ahlak ve sağduyu normlarının bulunduğunu kabul ediyoruz demektir. Bu konuda daha detaylı açıklamalara bu çalışmada yer veremesek de, genelde hukuki pozitivistlerin özeldeyse Kelsen’in niçin temel norm yerine bu tür bir ahlak veya sağduyu normuna yer vermediğine değinmek gerekir. Böylelikle göstermeye çalıştığımız husus, burada yaptığımız açıklamaların sanıldığı gibi hukuki geçerliliğin ahlaki veya sağduyu kaynaklı gerekliliklere tabi kılınmasına yol açmayacağıdır.

Bu noktada Kelsen’in ulusal hukuk sistemi ve uluslararası hukuk arasındaki hiyerarşik ilişkiye dair düşüncesine değineceğiz. Kelsen’in bu iki sistem arasındaki hiyerarşik ilişkiye dair hatasından yola çıkarak bir ahlak veya sağduyu normunun asli kurucu iktidarı anayasa yapma konusunda yetkilendirmesi durumunda hukukun normatif açıdan bütünüyle bu iki dışsal kaynağın astı konumuna gerilemeyeceğini açıklayacağız. Kelsen’e göre, eğer öncelikle uluslararası hukukun temel normunu varsayarsak, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini uluslararası hukukun pozitif bir normundan kaynaklandığını gösterebiliriz. Buna göre, uluslararası hukukun temel normu, kendisi bir örf ve âdet hukuku normu olan *pacta sunt servanda* ilkesine geçerlilik tanıyan bir içeriğe sahip olmalıdır¹⁸⁴⁵. Dolayısıyla, uluslararası hukukun temel normu “örf ve âdet yoluyla yaratılan normlara uyulmalıdır” şeklinde ifade

¹⁸⁴⁵ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 323-324.

edilebileceğini söyleyebiliriz. Etkililik prensibi Kelsen'e göre bir hukuk sisteminin ancak belli bir nüfus ve ülke üzerinde etkili olması hâlinde geçerli olabileceğini öngören pozitif bir normdur¹⁸⁴⁶. Kelsen, hukuk sisteminin en üstün normunun geçerliliği bir uluslararası örf ve âdet hukuku normundan kaynaklandığına göre, uluslararası hukukun hiyerarşik olarak ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğu sonucuna varır¹⁸⁴⁷.

Biz Kelsen'in buradaki akıl yürütmesinin hatalı olduğunu düşünüyoruz. Buna göre, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğinin uluslararası hukukun bir normundan kaynaklanması uluslararası hukukun bir bütün olarak ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğunu göstermez. Bunun nedeni, anayasanın geçerliliğini etkililik prensibinden aldığına gösterilmesiyle, ortada birbirine kategorik olarak üstün olduğu söylenebilecek iki hukuk sisteminin kalmamış olmasıdır. Kelsen'in akıl yürütmesiyle gösterilen hususları şu şekilde sıralayabiliriz: 1) Uluslar hukuk sistemleri ile uluslararası hukuk nihai geçerliliğini aynı temel normdan alır. Dolayısıyla, ortada tek bir hukuk sistemi vardır. Temel norm bir hukuk sisteminin yalnızca geçerliliğini değil, aynı zamanda birliğini de sağlar¹⁸⁴⁸. 2) Etkililik prensibi ulusal hukuk sistemlerinin geçerlilik kaynağı olduğu için, hiyerarşik olarak ulusal hukuk sistemlerine üstündür. 3) Etkililik prensibi bir uluslararası örf ve âdet hukuku normu olduğu için diğer uluslararası örf ve âdet hukuku normları da ulusal hukuk sistemlerinden üstündür. Kelsen'in argümantasyonunun göstermediği husus uluslararası antlaşmaların da ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğudur¹⁸⁴⁹. Kelsen'in öğrencisi Alfred Verdross da uluslararası hukukun kategorik olarak ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğu düşüncesinin hatalı olduğunu kabul etmektedir¹⁸⁵⁰.

Asli kurucu iktidarın anayasa ihdas etme yetkisini bir ahlak veya sağduyu normundan aldığı söylemekle, hukuku hiyerarşik olarak ahlak veya sağduyunun

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, ss. 214-215.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, s. 336.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, s. 205. Ayrıca bkz. Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 65.

¹⁸⁴⁹ Bkz. Yahya Berkol Gülgeç, "A Purer Theory of International Law? Reassessing the Positivist Understanding of the Relationship Between International and Municipal Law", *European Review of Public Law*, C. 31, S. 2 (Yaz 2019), ss. 444-445; Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, op. cit., ss. 65-66.

¹⁸⁵⁰ Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, s. 134'ten aktaran: Bernstorff ve Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, op. cit., s. 98.

hiyerarşik astı konumuna getirmiş olmayız. Bu iddiayla üç şeyi göstermiş oluruz: 1) Anayasa ihdas etme yetkisi veren ahlak ilkesi veya sağduyu normuna dayanmayan bir anayasanın, yani muhataplarının uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir sebebinin olmadığı bir anayasanın geçerli olamayacağı, 2) anayasanın dayandığı ahlak veya sağduyu normunun ve bu normun hiyerarşik üstlerinin hukuk sistemindeki normlardan üstün olduğu ve 3) ahlak ve/veya sağduyu ile hukuk sisteminin tek bir normatif bütün oluşturduğu. Ancak, diğer ahlaki ilke veya sağduyu normlarıyla hukuk normlarının hiyerarşik ilişkisini değerlendirmek için daha fazla veriye ihtiyacımız vardır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için farklı ahlak ve sağduyu normları arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir. Kelsen'in saf bir hukuk bilimi inşa etme amacı açısından anayasanın geçerliliğinin hukuk dışı normlardan kaynaklandığının kabul edilmesinin niçin sakıncalı olduğunu görmek zor değildir. Ancak, anayasanın geçerliliğinin ahlaki bir norma dayanması durumunda hukukun hiyerarşik olarak ahlakın astı konumuna indirgeneceği düşüncesi doğru olmayacaktır. Tıpkı uluslararası hukuk-ulusal hukuk sistemleri ilişkisinde olduğu gibi, burada da bir kez bu sistemlerden birinin nihai geçerliliğini diğerinden aldığı gösterildiğinde, ortada esasında tek bir normatif sistem olduğu gösterilmiş olur. Bu noktadan sonra iki normatif düzen arasında kategorik bir hiyerarşi kurmaya çalışmak anlamlı değildir. Bu eleştiriye yanıt verdikten sonra, aksiyoloğusal geçerlilik anlayışını incelemeye devam edelim.

Kelsen'in temel normunun içeriğindeki “gerçekten konulmuş ve etkili”¹⁸⁵¹ ifadesinin de belirttiği gibi, bir anayasanın geçerli olması için iki şart bulunur: 1) Pozitiflik, 2) etkililik. İlk şart asli kurucu iktidarın¹⁸⁵² anayasayı ihdas edecek iradeyi göstermiş olmasını ifade eder. İkinci şart olan etkililik ise toplumun genel itibarıyla hukuk kurallarına uyuyor ve ihlallere karşı öngörülen yaptırımların uygulanıyor olmasını arar. En nihayetinde hukuk sisteminin etkililiği anayasanın da genel itibarıyla etkili olmasını sağlar.

¹⁸⁵¹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 212.

¹⁸⁵² Bu bağlamda hukuk sisteminin varlığına dair organik kriteri tekrar gündeme getirebiliriz. Buna göre, asli kurucu iktidar niteliği taşımayan bir kişi, grup veya organ tarafından kabul edilen bir metin hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normu niteliği taşıyamayacaktır. Elbette bu iktidarın isimlendirmesi hukuk sisteminden hukuk sistemine değişiklik gösterebilir. Örneğin İngiliz hukuk sisteminde yazılı ve üstün bir anayasanın varlığından bahsedilemez. İngiliz hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normları kanunlardır. Kanunlar ise Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve monark tarafından çıkarılır.

Yukarıda anayasa açısından benimsediğimiz anlayış olgusal geçerlilik (*factual validity*) olarak adlandırılabilir. Bu anlayışta mühim olan esasında birinci şartın belirttiği “ihdas edilme” değil, ikinci şarttaki etkililiktir. Alf Ross’a göre etkililik şartı açısından da mühim olan muhatapların belli bir içeriğe uyup uymamasından çok, hâkimlerin söz konusu içeriği gelecekte uygulayıp uygulamayacağıdır¹⁸⁵³. Bizim benimsediğimiz etkililik anlayışı ise geleceğe dair bir tahmin olmaktan ziyade geçmişe dönük gözlemlerle tespit edilir. Bu anlamda Raz’ın vurguladığı gibi “*bir hukuk sistemi her zaman belli bir anda veya belli bir dönem boyunca var olur*”¹⁸⁵⁴. Bununla birlikte, etkililik testi ancak belli bir süre boyunca uygulanması hâlinde sonuç verecektir¹⁸⁵⁵.

Bu noktada bir hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normunun geçerliliği için öngördüğümüz olgusal geçerlilik anlayışı çalışmamızın temel varsayımlarından birini ihlal etmektedir. Olan ve olması gereken düalizmi normların olgulardan türetilmeyeceğini belirtir¹⁸⁵⁶. Bir başka deyişle, sırf muhataplar belli bir eylemi gerçekleştiriyor veya hukuk uygulayıcıları bundan kaçınanları eylemi gerçekleştirmeye zorluyor veya onlara yaptırım uyguluyor diye ortada bir norm olduğunu söyleyemeyiz. Hatta muhataplar ve hukuk uygulayıcıları söz konusu eylemleri (hukuk teorisinde yerleşik olarak uyma ve uygulama olarak adlandırılan eylemleri) gerçekleştirirken ortada bağlayıcı bir norm olduğunu düşünerek hareket etmiş olsalar bile normun varlığı gösterilmiş olmaz¹⁸⁵⁷. Anılan bu son açıklama bir olguya (muhatap ve hukuk uygulayıcılarının eylemi) başka bir olgu (muhatap ve hukuk uygulayıcılarının bu eylem hakkındaki görüşü) eklemekten öteye geçmemektedir.

Hatırlanacağı üzere benzer bir eleştiriyi temel normun varsayılmadığı bir sistemsel geçerlilik anlayışı açısından da yapmıştık. Muhataplarının uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir eylem sebebinin olmadığı irade açıklamalarının norm yaratması mümkün değildir. Sistemsel geçerlilik gibi olgusal geçerlilik de muhatapların eylem sebepleriyle ilgilenmediği için hukuki normativitenin açıklanmasında yeterli olamaz. “Zayıf anlamda bağlayıcılık” anlayışından türettiğimiz “minimum bağlayıcılık”

¹⁸⁵³ Ross, *On Law and Justice*, op. cit., s. 22.

¹⁸⁵⁴ Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., s. 208.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*

¹⁸⁵⁶ Örn. bkz. Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., ss. 58-60.

¹⁸⁵⁷ Bu konuda Hart’ın Tanıma Kuralının hukuki normativiteyi açıklayamayacağını ileri süren yukarıdaki eleştirimize bakılabilir. Ayrıca bkz. Coleman, “Authority and Reason”, op. cit., ss. 297-300.

şartının ne anlama geldiğini açıklamıştık. Burada da yapmamız gereken anayasanın geçerliliğinin temel şartı olarak belirlediğimiz etkililik kriterine minimum bağlayıcılık şartını eklemlemektir.

Buna göre, bir anayasanın hukuk normu olarak¹⁸⁵⁸ geçerli olabilmesi için öncelikle en üstün siyasi iktidar tarafından yaratılması ve genel itibariyle etkili olması gerekir. Bununla birlikte, muhataplarının anayasaya uymak için geçerli eylem sebeplerinin olması gerekir. Eğer muhatapların anayasaya uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı sebepleri yoksa anayasanın bir norm niteliği taşıdığı söylenemez. Görülebileceği gibi, aksiyo-sistemsel geçerlilikte olduğu gibi aksiyo-olgusal geçerlilikte de olgularla ilgili kol “hukuk” olma niteliğini garanti etmeye, aksiyolojik kol ise “norm” olma niteliğini tesis etmeye yönelmiştir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki aksiyo-sistemsel geçerlilikte olduğu gibi aksiyo-olgusal geçerlilikte de aynı anayasanın içindeki farklı normların bazıları geçerliyken, bazılarının geçersiz olması mümkündür. Aksiyo-sistemsel geçerlilikte bunun sebebi genellikle¹⁸⁵⁹ geçerlilik anlayışının aksiyolojik unsurudur. Bir muhatabın aynı şekli kaynak (kanun) içindeki bir hükmün talep ettiği eylemi gerçekleştirmek için bir sebebi varken, başka bir hükme uymak için bir sebebi olmayabilir. Bu durumda aynı şekli kaynak içinde yer alan normlardan bir tanesi baştan itibaren geçersiz olacaktır¹⁸⁶⁰.

Benzer bir tespit anayasanın geçerliliği için belirlediğimiz aksiyo-olgusal geçerlilik açısından da geçerlidir. Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus etkililiğin

¹⁸⁵⁸ Etkililik şartı ve normun yaratıcısına odaklanan organik kriter, bir irade açıklamasının en nihayetinde norma yol açıp açmadığını değil, hukuk normu yaratıp yaratmadığını tespiti yarar. Bununla birlikte, bu kriterler her zaman bir toplumdaki hukuk sisteminin hangi toplumsal düzen olduğunu tespit etmekte başarılı olmaz.

¹⁸⁵⁹ Burada genellikle dememizin sebebi aynı şekli kaynak içindeki hükümlerin genellikle aynı usulle ve aynı anda ihdas edilmesi veya bu normların geçerlilik kriteri olarak belirlenen usulün şekli kaynağın bütünü üzerinde gerçekleştirilen ihdas fiili olmasıdır. Örneğin, Türk hukukunda kanun yapma usulünün pek çok aşaması ve şartı bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türk Anayasasının 148/2 maddesine göre kanunun sonradan geçersizliğine yol açabilecek olan usul şartları yalnızca son oylamanın gerekli çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlıdır. Son oylama ise kanun teklifinin bütünü üzerinde yapılır. Dolayısıyla, genel itibariyle aynı kaynak içindeki normlar şekli (sistemsel) geçerliliğini birlikte kazanır veya kaybeder.

¹⁸⁶⁰ Burada muhatabın norma uymak için başlangıçta bir sebebinin olduğu, ancak sonradan bu sebebin ortadan kalkabileceği durumları görmezden geliyoruz. Örneğin, muhatabın norma uymak için sahip olduğu tek eylem sebebinin norm ihlaline karşı yaptırım öngörülmüş olması olduğu durumlarda, sonradan yaptırımın kaldırılması muhatabın başlangıçta sahip olduğu eylem sebebinin kaybetmesi anlamına gelecektir. Bu durumda başlangıçta geçerli olan norm, sonradan geçersiz hâle gelebilir.

bir hukuk düzeninin *genel itibariyle* etkili olmasını gerektirmesidir. Biz bir hukuk düzeninin *genel itibariyle* etkililiğinin en nihayetinde sistemin anayasasının genel itibariyle etkililiğine tekabül ettiğini yukarıda gösterdik. Burada vurgulayacağımız husus az çok etkili olmanın her bir anayasal norm için değil, anayasanın bütünü için bir şart olduğudur. Bu anlamda, etkililik tekil bir normun geçerliliği için şart değildir. Elbette, eğer bir anayasa tek bir normdan müteşekkilse, bu durumda söz konusu normun ve onunla birlikte bu normun kurmuş olduğu normatif sistemin bir hukuk sistemi olarak geçerliliği etkililiğine bağlı duruma gelecektir. Ancak, anayasaların birden fazla norm içerdiği durumlarda anayasanın genel itibariyle etkili olması yeterlidir. Oluşturulan test anayasada yer alan normların teker teker belli bir etkililik düzeyinin üzerinde olmasını değil, anayasal normların genel itibariyle belli bir etkililik düzeyini aşmasını arar. Bu anlamda aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışında da, aksiyo-sistemsel geçerlilikte olduğu gibi, normatif şekli kaynağın içindeki farklı normların geçerliliğinin normatif olmayan kısmı dolayısıyla farklı farklı etkilenmesi mümkün değildir. Aksiyo-olgusal geçerliliğinin normatif boyutunu temsil edecek olan minimum bağlayıcılık açınsındansa aksiyo-sistemsel geçerlilik açınsından söylediklerimiz geçerlidir. Yani, anayasa metni tarafından ifade edilen normların bazıları geçerliiyken, bazılarının geçersiz olması mümkündür. Nitekim muhatapların bazı normlara uymak için eylem sebebi varken, diğerlerine uymak için sebebi olmayabilir.

Esasen burada söylediklerimiz hukuk doktrinde genel olarak kabul edilen bir durumu açıklamak için de kullanılabilir. Anayasaların siyasi metinler olduğu ifade edilir. Bununla ilişkili olarak anayasa metinlerinde, özellikle de başlangıç metinlerinde yer alan bazı ifadelerin bir nevi siyasi manifesto olduğu ve norm niteliği taşımadığı söylenir¹⁸⁶¹. Bu ifadelerin norm niteliği taşıyaması gereklilik bildiren bir şekilde yorumlanamamalarıdır. Böyle bir ifade genel olarak anlamsız olmasa da normatif açıdan anlamsızdır. Çünkü normlar beşeri eyleme ilişkin gereklilik bildirmelidirler.

¹⁸⁶¹ Elbette bu ifadeler anayasa dışındaki normlarda da mevcut olabilir (Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, op. cit., s. 38). Bizim bu çalışma açınsından benimsediğimiz minimum bağlayıcılık şartı yalnızca anayasalarda bulunan ve gereklilik bildiren şekilde yorumlanamayan ifadelerin değil, diğer kaynaklarda yer alan bu tür ifadelerin de niçin norm niteliği taşıyamayacağını açıklamaktadır. Burada anayasalar açınsından özellikle açıklama yapmamızın sebebi bu tür ifadelerin siyasi nitelikleri dolayısıyla anayasalarda yer almasının daha muhtemel olmasıdır. Ancak, ilk bakışta tasvir görünen bütün anayasal normların sırf bu yüzden normatif açıdan anlamsız olduğu düşünülmemelidir. Örneğin Kemal Gözler Türk Anayasasının 1. maddesindeki “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir” ifadesinin normatif anlamdan yoksun olmadığını düşünmektedir (*ibid.*, s. 44).

Yukarıda aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının avantajına değinirken belirttiğimiz gibi hiçbir muhatabın bir eylemi üzerinde olması gereken bildirecek şekilde yorumlanamayan bir ifadeye uymak için eylem sebebi olamaz.

Bu kısımda şu hususları ikna edici bir biçimde gösterebildiğimizi umuyoruz: 1) Hukuk sistemindeki diğer normların aksine anayasanın geçerliliği sistemsel geçerlilik anlayışına dayanarak açıklanamaz. 2) Etkililik kriteri, en azından hukuk düzeni olarak adlandırılacak olan sistemin genel itibarıyla etkili olması gerektiği düşüncesi genel olarak kabul görmüştür. 3) Hukuk düzeninin etkililiği, yansımaları anayasanın veya o hukuk sisteminin en üstün normunun etkililiğinde bulur. 4) Bir toplumsal düzenin hukuk sistemi olarak adlandırılabilmesi için genel olarak etkili olması gerekir, ancak bu etkililik yeterli değildir. Bu kriterin anayasanın yapıcısına ilişkin şartlarla desteklenmesi hukuk sisteminin varlığına dair testleri bir nebze daha belirli hâle getirmektedir. 5) Etkililik şartının tek başına anayasanın geçerliliğinin şartı olarak öngörülmesi Hume Kanununu ihlal edeceği için mümkün değildir. Dolayısıyla, olgusal geçerliliğin aksiyolojik bir unsurla birleştirilmesi gerekir.

II. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ ÜZERİNE

Benimsediğimiz hukuki geçerlilik formüllerinin aksiyolojik unsurları pozitivizm ve akıl temelli normativite teorileri arasındaki bağdaştırma projesini neticelendirmektedir. Şimdi cevaplamamız gereken soru bu bağdaştırmanın hukuki pozitivizm tarafından kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu kısımdaki amacımız ortaya koyduğumuz bağdaştırmanın pozitivist bir anlayış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit etmektir.

Bu kısmın amacına ulaşması güçtür. Bunun nedeni ise “hukuki pozitivizm” akımının savunması zorunlu olan tez ve ilkelerin belirlenmesinde karşılaştığımız zorluklardır. Hukuki pozitivizm denince akla ilk olarak ayrılabilirlik tezi (*separability thesis*) gelir. En basit anlamıyla ayrılabilirlik tezi bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaka uygunluğuna bağlı olmasının zorunlu olmadığı¹⁸⁶² veya hukuk ve ahlak arasında

¹⁸⁶² Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 100.

zorunlu bir ilişkinin bulunamayacağı¹⁸⁶³ şeklinde ifade edilebilir. Leslie Green bu anlamıyla ayrılabilirlik tezinin bağlantı tezine yönelik yıkıcı argümanlardan müteşekkil olduğunu belirtmektedir¹⁸⁶⁴. Her pozitivist hukuk teorisinin bu tezin bir türevini savunduğu düşünülebilir¹⁸⁶⁵. Bununla birlikte, ayrılabilirlik tezinin tam olarak neyi iddia ettiği veya pozitivist bir teorinin ayrılabilirlik tezini savunmasının zorunlu olup olmadığı pozitivistler arasında da tartışmalı hâle gelmiştir¹⁸⁶⁶. Bu tartışmaların en önemli sebeplerinden bir tanesi ayrılabilirlik tezinin farklı anlamlara gelebilecek olmasıdır¹⁸⁶⁷. Dolayısıyla, ilk olarak ayrılabilirlik tezinin tartışmalı içeriğini belirlemeye çalışmalı ve en nihayetinde de ayrılabilirlik tezinin pozitivist bir hukuk teorisi açısından şart olup olmadığını ve eğer şartsa bizim bağdaştırmamızın bu teze aykırı olup olmadığını tartışmalıyız.

Hukuki pozitivism denince akla gelen bir başka tez toplumsal olgu veya kaynak tezidir (*social fact thesis/sources thesis*). Bu tez bir hukuk normunun içeriğinin ve geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlerin rol oynamak zorunda olmadığını veya rol oynayamayacağını ileri sürer¹⁸⁶⁸. Bu anlamda, toplumsal olgu tezi yumuşak pozitivism (*inclusive* veya *soft positivism*) tarafından benimsenir ve ahlaki değerlendirmelerin bir hukuk normunun geçerliliği veya içeriğinin belirlenmesinde zorunlu olamayacağını savunur¹⁸⁶⁹. Raz tarafından benimsenen kaynak tezi ise hukuk normunun içeriği veya geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulamayacağını, bu başvurunun mümkün olmadığını ileri sürer¹⁸⁷⁰. Daha önce de vurguladığımız gibi bu çalışma kapsamında yumuşak ve sert pozitivism arasındaki tartışmaya girmeyeceğiz. Dolayısıyla, bağdaştırmamızın hukuki pozitivismle uyumluluğunu en müsait anlayışı temel alarak değerlendireceğiz.

¹⁸⁶³ Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*, ss. 140-141.

¹⁸⁶⁴ Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, C. 83, S. 4 (Ekim 2008), s. 1039.

¹⁸⁶⁵ Coleman, “Rules and Social Facts”, *op. cit.*, ss. 715-716.

¹⁸⁶⁶ Bkz. Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 191.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 46. Joseph Raz güçlü ve zayıf toplumsal olgu tezi arasında bir ayrım yapar ve “kaynak tezi” ifadesini yalnızca güçlü toplumsal olgu tezini ifade etmek için kullanır (*ibid.*, s. 47).

¹⁸⁶⁹ Örn. bkz. Coleman, “Rules and Social Facts”, *op. cit.*, s. 722.

¹⁸⁷⁰ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, ss. 39-40.

Hukuki pozitivistizmin temelinde yattığı söylenebilecek bir başka tez pratik fark tezidir. Pratik fark tezi hukukun muhataplarının pratik değerlendirmeleri veya gerçekleştirmesi gereken eylemlerde değişiklik yapabiliyor olması gerektiğini belirtir¹⁸⁷¹. Biz daha önce pratik fark tezini tartışmış ve Coleman'ı izleyerek¹⁸⁷² bu şartın bir hukuk sistemindeki bütün kural ve normlara ilişkin olarak değil, hukuk sisteminin bütüne ilişkin bir şart olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştik. Bu nedenle bu kısımda ayrıca pratik fark tezine yer vermeyeceğiz. Pratik fark tezine yer vermememizin bir başka nedeni sert ve yumuşak pozitivistizm arasındaki tartışmaya girmeyecek olmamızdır. Scott Shapiro yumuşak pozitivistizm ile pratik fark tezinin uyumsuz olduğunu iddia etmektedir¹⁸⁷³. Biz de bu tezi pozitivist teorinin yumuşak mı yoksa sert mi olacağına ilişkin bir kriter olarak kabul ederek, onu hukuki pozitivistizmin olmazsa olmaz temellerinden biri olarak görmeyeceğiz.

Bu çerçevede, hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik ve toplumsal olgu tezlerinden başka bir temel iddiası olmadığını düşünüyoruz. Yalnızca iki temel ilkedен müteşekkil bir pozitivistizm portresi ilk bakışta sınırlı ve yetersiz görünebilir. Ancak, aşağıda göreceğimiz gibi özellikle ayrılabilirlik tezi çok farklı anlamlara gelebilmekte ve teorilerin temel aldığı anlama göre önemli farklar oluşabilmektedir. Kısacası, yalnızca görünüşte iki temel tez olduğunu belirtmeliyiz.

Son olarak burada yalnızca bağdaştırmamızın pozitivistizmin temel tezlerine uyumluluğunu değil, aynı zamanda pozitivist olmayan (*non-positivist*) veya pozitivistizm karşıtı¹⁸⁷⁴ (*anti-positivist*) teoriler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine de kısaca değineceğiz. Nitekim görüleceği gibi bağdaştırma toplumsal olgu tezine tam

¹⁸⁷¹ Coleman, "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", *op. cit.*, s. 383.

¹⁸⁷² Bkz. *ibid.*, s. 424.

¹⁸⁷³ Bkz. Shapiro, "On Hart's Way Out", *op. cit.*, ss. 469-507.

¹⁸⁷⁴ Alexy kendi teorisini "*non-positivism*" olarak isimlendirmektedir (Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, *op. cit.*, s. 44). Radbruch ve Alexy'nin anlayışlarına başka yazarlarca da "*non-positivism*" ismi verilmektedir (Grabowski, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, *op. cit.*, s. 20; Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", *op. cit.*, s. 11; Jan Henrik Klement, "Common Law Thinking in German Jurisprudence – On Alexy's Principles Theory", in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 191). Bununla birlikte, Alexy ve Dworkin gibi yazarların pozitivistizm eleştiren görüşlerinin "*anti-positivism*" başlığı altında toplandığı da görülmektedir (Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 191).

olarak uygun olmasa da pozitivist olmayan teorilerle karşıtlığı, hukuki pozitivizmle olan uyumsuzluğundan çok daha serttir.

A. AYRILABİLİRLİK TEZİ VE BAĞDAşTIRMA PROJESİ

Bu kısımda ilk olarak ayrılabilirlik tezinin farklı anlamlarına değineceğiz. Sonrasında bu farklı anlamlardan hangisi veya hangilerinin pozitivizmin temel tezi olarak kabul edilebileceğini araştıracak ve en nihayetinde de bağdaştırma projesinin bu anlam veya anlamlarla uyumluluğunu değerlendireceğiz.

1. Ayrılabilirlik Tezinin Anlamları

Ayrılabilirlik tezinin bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaka uygunluğuna bağlı olmasının zorunlu olmadığı¹⁸⁷⁵ veya hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin bulunamayacağı¹⁸⁷⁶ şeklinde ifade edilebileceğini belirtmiştik. Bu iki ayaktan ilki pozitivist olmayan teorilerin eleştirisinin hedefidir. Yukarıda da gördüğümüz gibi Radbruch, Alexy ve Fuller gibi yazarlar hukukun ahlakla ilişkisinin, hukukun geçerliliği ve “hukuk” olarak nitelendirilmesinde önem arz ettiğini ve bu önemin kavramsal, zorunlu bir ilişkiden kaynaklandığını dűřünür. Bununla birlikte, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin bulunmadığı iddiası yalnızca hukuk normunun geçerliliği alanında tezahür etmez. İşte bu farklı alanlara göre ayrılabilirlik tezinin değişik anlamları ortaya çıkar. Bu farklı anlamlar Pino tarafından “Otostopunun Hukuk-ve-Ahlak Galaksisi Rehberi” (*A Hitchhiker’s Guide to the Law-and-Morality Galaxy*) bařlığı¹⁸⁷⁷ altında mükemmel biçimde özetlenmiştir. Biz de bu anlamları Pino’nun başlıklarını takip ederek ve gerektiğinde bu anlamlara ilişkin diğer yazarların dűřüncelerine yer vererek inceleyeceğiz.

¹⁸⁷⁵ Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 100. Bununla birlikte, bu ilk ayağın ayrılabilirlik tezinin mi, toplumsal olgu tezinin mi parçası olduğu, yoksa her iki teze de mi ait olduğu tartişmalıdır.

¹⁸⁷⁶ Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*, ss. 140-141; Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 135-136.

¹⁸⁷⁷ Bkz. Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 199.

a. Hukukun Belirlenmesi Açısından

Ayrılabilirlik tezinin hukuk-ahlak ayırımına ilişkin ilk anlamı hukukun belirlenmesi (*identification*) alanında ortaya çıkar. Ancak, “hukukun belirlenmesi”nden ne kastedildiği tam olarak belli değildir¹⁸⁷⁸. Pino’ya göre hukukun belirlenmesinin anlamına göre ayrılabilirlik tezinin bu versiyonunun üç farklı yorumu olabilir¹⁸⁷⁹.

Bunlardan ilki hukuk kavramının belirlenmesine ilişkindir. Hukuk kavramından kastımız bir toplumsal düzenin hukuk sistemi niteliği taşıyabilmesi için sahip olması gereken nitelikler, yani *quid ius* sorusunun yanıtıdır¹⁸⁸⁰. Hatırlanacağı gibi Raz hukuk sisteminin diğer toplumsal düzenlerden ayrılmasında etkililik, kurumsallık ve kaynak kriterlerini benimsemekteydi¹⁸⁸¹. Bu durumda etkililik, kurumsallık ve kaynak kriterleri hukukun kavramsal şartlarını oluşturmaktadır. Dikkat edileceği gibi, bu kriterlerden hiçbirisi ahlaki değerlendirmeleri şart koşturmamaktadır. Bunun sebebi ayrılabilirlik tezinin hukukun belirlenmesine ilişkin anlamını benimseyen yazarların, bu belirleme işleminin ahlaki kriterlere ihtiyaç duymadan gerçekleştirilebileceğini savunmasıdır¹⁸⁸². Bu alanda hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ, bir ilişki bulunduğunu düşünen yazarlarsa hukuk kavramının belirlenmesinde adalet ve eşitlik gibi ahlaki kavramlara başvururlar¹⁸⁸³.

Tezin belirlenmeye ilişkin ikinci anlamı hukukun kaynaklarının ampirik olgulara atıfla belirlenebileceği, kaynakların belirlenmesi için ahlaka başvurmanın zorunlu olmadığını ifade eder¹⁸⁸⁴. Bu iddia epistemik bir iddiadır¹⁸⁸⁵. Buna göre, bir hukuk sistemindeki her normun içeriği aynı zamanda ahlaki bir ilke olsa bile, bu normların içinde yer aldığı anayasa, kanun veya yönetmelik gibi kaynakları tespit edebilmek için

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* Pino aslen bir toplumsal kurumun hukuk niteliği taşıyabilmesi için sahip olması gereken niteliklerden bahsetmektedir. Ancak, sanıyoruz toplumsal kurum olarak hukuk ifadesi hukuk sistemi veya hukuk düzeni ifadelerine eşdeğerdir. Dolayısıyla, ifadeyi aktardığımız şekilde değiştirmekte bir beis görmedik.

¹⁸⁸¹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 42-43.

¹⁸⁸² Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, op. cit., s. 199.

¹⁸⁸³ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, op. cit., s. 199; Jules L. Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *Yale Law Journal*, C. 121, S. 1 (2011), s. 19.

¹⁸⁸⁴ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, op. cit., s. 200.

¹⁸⁸⁵ Coleman, “Negative and Positive Positivism”, op. cit., s. 142.

ahlaka başvurmak gerekmez¹⁸⁸⁶. Örneğin, hukuk sisteminin anayasasının ne olduğu ahlaki değerlendirmelere bakılmaksızın, bir devrim, darbe vs. sonrasında ihdas edilen metnin ne olduğu veya tali kurucu iktidarın belli bir usulü takip ederek bu metinde ne gibi değişiklikler yaptığına bakılarak tespit edilebilir. Kısacası, hukuk kaynakları belli kişi veya organların eylemlerinden müteşekkil ampirik veriler gözlemlenerek belirlenir. Bununla birlikte, örneğin Raz'ın kaynak tezi hukuk kaynaklarının toplumsal olgulara atıfla belirlenebileceğini söylemekten öteye geçer. Ona göre, yalnızca hukuk normlarının aracısı olan metinlerin yer aldığı kaynaklar değil, hukuk normlarının varlığı, yani geçerliliği de yalnızca toplumsal olgulara atıfla belirlenir¹⁸⁸⁷. Pino ise hukukun şekli kaynaklarından bahsetmektedir.

Son olarak, hukukun belirlenmesinden kasıt hukuk normunun ne olduğu, yani *quid iuris* sorusuna verilecek yanıt olabilir¹⁸⁸⁸. Burada söz konusu olan kaynağın olgusal varlığı değil, hukuk normunun geçerliliğidir. Hukuk normu hukuki metnin kendisi değil, onun anlamıdır¹⁸⁸⁹. Yorum ise hukuki metinden anlam istihraç etme işlemi olarak ifade edilebilir¹⁸⁹⁰. Pino metni yorumlayarak norma ulaşma sürecinde hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi yorumsal ilişki (*interpretive relation*) olarak adlandırmaktadır¹⁸⁹¹. Belirlenmenin bu son anlamına ilişkin ayrılabilirlik tezi hukuk metninin yorumlanmasında ahlaki argümanlara başvurmanın kaçınılmaz olmadığını, kimi zaman ahlaki argümanlar gerekli olabilse de bu argümanlara mutlaka başvurmak gerekmediğini ileri sürer¹⁸⁹². Hart'ın hukuk felsefesinin terminolojisiyle bir hukuk sistemindeki geçerli normlar tartışmaya ve anlaşmazlıklara mahal vermeyen bir biçimde köken testine (*pedigree test*) göre belirlenir¹⁸⁹³.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁸⁷ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 47.

¹⁸⁸⁸ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 200.

¹⁸⁸⁹ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 200; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 28.

¹⁸⁹⁰ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 200; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 149.

¹⁸⁹¹ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 200.

¹⁸⁹² *Ibid.* Burada ifade edildiği şekliyle ayrılabilirlik tezi yumuşak pozitivizm tarafından savunulmaktadır. Sert pozitivizme göre bir hukuk normunun geçerliliğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere hiçbir zaman başvurulmaz (William A. Edmundson, "Introduction", in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, s. 2; Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 46).

¹⁸⁹³ Coleman, "Negative and Positive Positivism", op. cit., s. 144.

Hukukun belirlenmesine ilişkin ayrılabilirlik tezi bizim toplumsal olgu tezi ismini verdiğimiz tezdır. Bu noktada öncelikle Moreso'nun ayrılabilirlik ve toplumsal olgu tezlerini birbirine karıştırdığı söylenebilir. Yazar hukuk normunun varlığının ahlaka başvurulmaksızın yalnızca toplumsal olgulara başvurularak belirleneceği iddiasını sert pozitivizmin toplumsal olgu (toplumsal kaynak) tezi olarak adlandırmakta, bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaki geçerliliğine bağlı olmadığı tezini ise yine sert pozitivizmin ayrılabilirlik tezi yorumuyla bağdaştırmaktadır¹⁸⁹⁴. Oysa eğer bu iki tez birbirinden farklı ise hukuk normunun varlığının onun geçerliliği anlamına geldiği unutulmamalıdır. Elbette, özellikle Pino'nun yorumu esas alınarak toplumsal olgu tezinin ayrılabilirlik tezinden türediği iddia edilebilir. Ancak, Moreso'nun ifadesi daha geniş kapsamlı (varlık + içeriğin belirlenmesi) tez olarak toplumsal olgu tezini almakta ve ayrılabilirlik tezini geçerliliğe indirgeyerek sanki ayrılabilirlik tezinin toplumsal olgu tezinden çıkarıldığı izlenimini yaratmaktadır. Bu bölümün göstermeye çalıştığı gibi ayrılabilirlik tezi toplumsal olgu tezini de kapsadığı söylenebilecek, çok geniş bir ilişkiler ağına ilişkindir¹⁸⁹⁵. Dolayısıyla, Moreso tarafından sağlanan tanımların tam anlamıyla doğru olduğunu sanmıyoruz.

Hukukun geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesinin toplumsal olgulara atıfla gerçekleştirileceğine ilişkin tezin güçlü ve zayıf versiyonları mevcuttur. Zayıf versiyona göre hukukun içerik ve geçerliliğinin belirlenmesinde ahlaki veya değerlendirci argümanlara başvurmak zorunlu değildir¹⁸⁹⁶. Güçlü versiyon ise hukukun içeriğinin veya geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirci kriterlerin hiçbir zaman gerekli olmadığını savunur¹⁸⁹⁷. Raz bu teze “kaynak tezi” ismini verir¹⁸⁹⁸. Biz bu konuları aşağıda ele alacağız. Geniş anlamıyla toplumsal olgu tezinin güçlü ve zayıf türleri arasındaki fark yumuşak ve sert pozitivism ayrımına tekabül etmektedir. Yumuşak ve sert pozitivism arasındaki fark ve tartışmalar bizim çalışmamızın kapsamı dışında kaldığına göre, bağdaştırmanın başarılı olup olmadığını “minimum pozitivism”

¹⁸⁹⁴ Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 101. Aynı eksiklik yumuşak pozitivismin bu iki teze ilişkin yorumu hakkında da dile getirilebilir. Bkz. *ibid.*, ss. 101-102.

¹⁸⁹⁵ Ayrılabilirlik tezinin toplumsal olgu tezinden daha geniş kapsamlı olması, bununla birlikte toplumsal olgu tezinin ayrılabilirlik tezinden daha talepkâr olduğu yönünde bir görüş için bkz. Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, ss. 1040-1041.

¹⁸⁹⁶ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 46.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.* Ayrıca Raz'ın bu tezi yalnızca ahlaki değil, bütün değerlendirci kriterleri dışlar (Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *op. cit.*, s. 947).

¹⁸⁹⁸ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 47.

anlayışına göre değerlendirmek yeterli olacaktır. Bu anlamda hukukun geçerliliği ve içeriğinin toplumsal olgularla belirleneceğine dair tezin zayıf versiyonunu esas almamız gerekir. Nitekim en nihayetinde belirlemeye çalıştığımız bağdaştırmanın pozitivizmle uyumlu olup olmadığıdır, sert pozitivizmle değil.

b. Metodolojik veya Epistemolojik İlişkiler Açısından

Ayrılabilirlik tezinin metodolojik veya epistemolojik anlamı hukukun ahlaki değerlendirmelere başvurmadan, ahlaken tarafsız bir yöntemle çalışılabileceğini ifade eder¹⁸⁹⁹. Pino metodolojiye ilişkin ayrılabilirlik tezinin yalnızca ahlaki yöntemleri dışladığı, diğer değerlendirici yöntemlerin dışlamadığını belirtir¹⁹⁰⁰. Bununla birlikte, saf hukuk kuramı yalnızca hukukun etikten bağımsızlığını savunmakla kalmayıp, diğer sosyolojik ve siyasi yöntem ve değerlendirmeleri de dışlar¹⁹⁰¹. Saf hukuk kuramının amacı diğer bilimlerden ve bunların yöntemlerinden bağımsız bir “hukuk bilimi” ve “hukukbilim metodolojisi” kurmaktır¹⁹⁰². Dolayısıyla, Pino’nun yöntemsel ayrılabilirliğe ilişkin söylediklerinin bütün pozitivist hukuk kuramlarını kapsayacak bir tanımın içeriği olarak değil, pozitivizmin minimum şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bir başka deyişle, pozitivist olduğu ileri sürülecek bir kuramın en azından metodolojik açıdan ahlaken tarafsız olması gerekir. Diğer değerlendirici ve olgusal yöntemlerin benimsenip benimsenemeyeceği pozitivist teoriler arasında farklılık gösterecektir.

c. Meşrulaştırma İlişkileri (Justificatory Relations) Açısından

Hukuk ve ahlak arasındaki meşrulaştırma ilişkisi hukuka uymak yönünde genel bir yükümlülüğün olup olmadığına ilişkindir¹⁹⁰³. Çalışmamızın giriş bölümünde

¹⁸⁹⁹ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 200.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 1.

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 200.

açıkladığımız gibi biz Raz ve diğer bazı yazarları¹⁹⁰⁴ takip ederek hukuka uymak yönünde genel bir yükümlülüğün bulunmadığını, hukuka uyma yükümlülüğünün (veya daha geniş anlamıyla gerekliliğinin) her hukuk normu ve somut durumdaki muhatap açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştik. Pino'nun zorunlu gerekçelendirme ilişkisi ismi verdiği tez hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu ileri sürer. Buna göre, hukuka uymak yönünde her zaman ahlaki bir yükümlülük vardır¹⁹⁰⁵. Dolayısıyla, ahlaken uymakla yükümlü olmadığımız bir kuralın hukuk niteliği taşıdığı iddia edilemez. Pino, Leslie Green'in bu düşüncüyü "legalizm" (*legalism*) olarak adlandırdığını belirtmektedir¹⁹⁰⁶. Leslie Green legalizm sözcüğünü tıpkı Fuller'ın içsel ahlakında olduğu gibi hukukun içsel ahlaki değerinin olduğu düşüncesini ifade etmek için kullanır. Buna göre, genel kabul görmüş kuralların her zaman ahlaken kabul edilebilir olduğunu söylemek mümkün olmasa da, bu gibi durumlarda belli adaletsizliklerle daha nadir karşılaşılacaktır¹⁹⁰⁷. Kanımızca Green'in söyledikleri doğrultusunda legalizmin her zaman hukuka uymak yönünde bir yükümlülüğümüz olduğunu iddia ettiği düşünülemez. Burada olsa olsa *prima facie* bir hukuka uyma ödevinden bahsedilebilir¹⁹⁰⁸. Yukarıda yükümlülük kavramını kısaca ahlaken her şey dikkate alındığında gerçekleştirilmesi gereken eyleme ilişkin gereklilik olarak ifade etmiştik. *Prima facie* yükümlülük veya muhatapların bir eylemi gerçekleştirmek için eylem sebebine sahip olması, tek başına muhatapın söz konusu eylemi gerçekleştirmekle yükümlü olduğu anlamına gelmez. Bunun belirlenebilmesi için muhatapın geçerli ve uygulanabilir olan bütün eylem sebeplerinin değerlendirilmesi gerekir.

Gerekçelendirme ilişkisine ilişkin ayrılabilirlik tezini savunan olumsal gerekçelendirme ilişkisi tezine göreyse, hukuka uyma yükümlülüğü ancak hukuk

¹⁹⁰⁴ Bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 233-249; Smith, "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", op. cit., ss. 950-976; Sartorius, "Political Authority and Political Obligation", op. cit., ss. 10-17; Wolff, *In Defense of Anarchism*, op. cit., ss. 3-19; J. Angelo Corlett, *Terrorism: A Philosophical Analysis*, Dordrecht: Springer Science + Business Media, 2003., ss. 10-18; A. John Simmons, "The Duty to Obey and Our Natural Moral Duties", in *Is There a Duty to Obey the Law?*, ed. R. G. Frey, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ss. 93-196.

¹⁹⁰⁵ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 201.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", op. cit., s. 1058.

¹⁹⁰⁸ Joseph Raz hukuka uymak için *prima facie* bir ahlaki ödevden dahi bahsedilemeyeceğini düşünmektedir. Bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 233.

olumsal bir biçimde ahlaki değere sahipse mevcuttur¹⁹⁰⁹. Bu anlayış bizim hukuka uymak yönünde genel bir ahlaki yükümlülük olmadığı yönündeki kabulümüzle uyumludur. Bu anlayışa göre bir kuralın hukuk normu niteliği taşıyıp taşımadığı söz konusu norma uymak yönünde ahlaki bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığına göre belirlenmez.

Son olarak hukuk ve ahlakın gerekçelendirme açısından bağımsız olduğu tezinin (*the thesis of justificatory autonomy of law and morality*) hukuki yükümlülüğün ve ahlaki yükümlülüğün normatif açıdan farklı anlama geldiği geldiğini iddia eder¹⁹¹⁰. Bir başka deyişle, hukuki ve ahlaki yükümlülük ayrılabilir. Daha önce yükümlülük kavramının ne anlama geldiğini sorgulamış ve yükümlülüğün ancak ahlaki yükümlülük anlamına gelebileceğini vurgulamıştık. Dolayısıyla, eğer hukukun bir yükümlülük yarattığı söylenecekse bunun ahlaki bir yükümlülük olduğu söylenmelidir. Öte yandan, her şey dikkate alındığında yapılması gereken eylem yalnızca yükümlülükle ifade edilmeyebilir. Yükümlülüğün bir de sağduyu kaynaklı bir kuzeni vardır. Bir hukuk normunun nihai bağlayıcılığı bu anlamda ahlaktan beri bir biçimde de açıklanabilir. Pino'nun dikkat çektiği hukuk ve ahlakın gerekçelendirme açısından bağımsız olduğu tezi hukuki ve ahlaki yükümlülüğün farklı anlamlara geldiğini iddia ettiğine göre, yükümlülük kavramını ahlaki alanla sınırlandırmıyor olmalıdır. Bu anlamda belki de Pino'nun kullandığı anlamda “yükümlü olunan eylem”, her şey dikkate alındığında yapılması gereken eylem, yani güçlü anlamda bağlayıcılıktan başka bir şey değildir. Ancak, durum böyle olsa bile bizim bu çalışmada benimsediğimiz konum buradaki bağımsızlık tezinden farklıdır. Hukuki eylem sebeplerinin ahlaki veya sağduyu kaynaklı olabileceğini belirtmiştik¹⁹¹¹. Eğer ahlaki güçlü anlamda bağlayıcılık ile hukuki eşdeğeri arasında normatif açıdan bir fark olacaksa, hukuki eylem sebeplerinin yalnızca sağduyu kaynaklı olabileceği iddia edilmelidir. Oysa bizim bu çalışmada ortaya koyduğumuz anlayış ahlak ve sağduyudan bağımsız hukuki sebeplerin olmadığı yönündedir. Olsa olsa hukuki ve ahlaki açıdan güçlü anlamda bağlayıcılığın aynı anlama gelmek zorunda olmadığını, hukuki alanda sağduyu açısından da güçlü anlamda bağlayıcı normlar olabileceğini söyleyebiliriz.

¹⁹⁰⁹ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 201.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹¹ Bkz. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, *op. cit.*, s. 82, dn. 4.

d. Fonksiyonel İlişkiler Açısından

Ayrılabilirlik tezinin bir başka olası anlamı hukuk ve ahlak arasındaki fonksiyonel ilişkiye dairdir. Buna göre, eğer bir toplumun varlığı, varlığının devamı ve gelişmesi ahlaken değerli ise hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin varlığından bahsedilebilir. Hukukun genel, belirsiz veya tartışmalı ahlaki gereklilikleri belirli ve kesin hâle getirdiği, bunları kamu tarafından erişilebilir kıldığı, bu gerekliliklerin korunmasını kolaylaştırdığı vs. iddia edilebilir¹⁹¹². Burada mühim olan bir husus, hukuk ahlaka bu anlamda hizmet ederken büyük kötülöklere yol açsa dahi, iki normatif alan arasındaki zorunlu ilişkinin var olmaya devam edeceğidir¹⁹¹³.

Mühim olan hukukun belli durumlarda ahlaken arzu edilebilir olup olmadığı veya varlığının belli fonksiyonları yerine getirmek suretiyle ahlaki değerlerin yüceltilmesine katkı sağlayıp sağlayamayacağı değil, bu katkılardan arı bir hukuk kavramının mevcut olup olamayacağıdır. Bir başka deyişle, hukuk ve ahlak arasında fonksiyonel anlamda zorunlu bir ilişki kurulması için her türlü hukuk sisteminin ahlaki açıdan değer taşıması gerekmektedir. Bu konuya aşağıda Joseph Raz'ın ayrılabilirlik tezini reddine değinirken tekrar döneceğiz.

e. Nedensel İlişkiler Açısından

Pino'ya göre pozitif hukuk beşerî eylemle yaratıldığı için, hukukun içeriği yaratıcısının ahlaki beklentilerini yansıtacaktır. Bir başka deyişle, hukuk normal olarak ahlaki konularla ilgilenir¹⁹¹⁴. Pino Hart'a atfen bu iddianın ampirik bir iddia, bir tür “doğal gereklilik” olduğunu ileri sürer¹⁹¹⁵. Buradaki atıf Hart'ın “doğal hukukun minimum içeriği”ne yapılmıştır. Hart “doğal hukukun minimum içeriği” ifadesiyle ayakta kalmak için her hukuk sisteminin sahip olması gereken minimum içeriği

¹⁹¹² Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 201.

¹⁹¹³ *Ibid.*

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ *Ibid.*

kastetmektedir¹⁹¹⁶. Hart’a göre “Burada ifade edeceğimiz basit ve apaçık gerçekler [simple truisms] ve bunların hukuk ve ahlakla bağlantısını değerlendirirken her bir durumda bahsedilen olguların hukuk ve ahlakın niçin belli bir içeriğe sahip olması gerektiğini gösterdiğini gözlemlemek önemlidir”¹⁹¹⁷. Eğer kurallar bu içeriğe sahip değilse, insanlar kurallara gönüllü bir biçimde uymayacaklardır¹⁹¹⁸. Söz konusu içerik insanoğlunun hayatta kalmasına (survival) ilişkindir¹⁹¹⁹. Hart’a göre beşerî faaliyetin nihai amacının hayatta kalma olması “çoğu insanın çoğu zaman varlığını devam ettirmek istemesi yönündeki olumsal olgu”dan¹⁹²⁰ kaynaklanmaktadır.

Hart hayatta kalma amacının hukuk kurallarının minimum içeriğine ilişkin sınırlarını beş apaçık gerçek üzerinden belirler. Bunlardan ilki insanların savunmasızlığıdır (*human vulnerability*). Buna göre, insanlar biyolojik yapıları nedeniyle kolayca zarar görebileceğinden, her hukuk sisteminin şiddeti yasaklaması gerekir¹⁹²¹. İkinci olarak yaklaşık eşitlik (*approximate equality*) şartı gelir. Buna göre, insanlar fiziksel güç, çeviklik ve entelektüel kapasite bakımından birbirinden farklı olsa da en nihayetinde hiç kimse başkalarıyla işbirliği içine girmeden diğer bir kimse üzerinde tahakküm kuracak kadar üstün değildir¹⁹²². Bu anlamda Hart, Hobbes’un doğa durumunda bireyler arasındaki fiziksel veya zihinsel farklılıkların bireyi güvence altına almaya yetmeyeceği düşüncesini benimsemektedir¹⁹²³. İnsanlar arasındaki bu yaklaşık eşitlik hukuk kurallarının ortak hoşgörüye dayalı bir içeriği olmasını gerektirir¹⁹²⁴. Hart üçüncü olarak insanların diğerkâmlığının sınırlılığına (*limited altruism*) dikkate çeker¹⁹²⁵. Buna göre insanlar ne birbirini yok etmeye odaklı şeytan ne de melektir. İnsanların bu iki uç arasında yer alıyor olması ortak hoşgörü sistemini hem mümkün

¹⁹¹⁶ Richard A. Epstein, “The Not So Minimum Content of Natural Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 25, S. 2 (2005), s. 221.

¹⁹¹⁷ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 193.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, s. 191.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ *Ibid.*, ss. 194-195.

¹⁹²² *Ibid.*, s. 195.

¹⁹²³ Hobbes’a göre doğa durumunda bireyler arasındaki güç farkı önemsiz düzeydedir. Bu nedenle de yaşamın sürdürülmesi için ihtiyaç duyulan nesnelerin elde edilmesinde herkesin eşit şansı bulunur (Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013, s. 100). Herkesin aşağı yukarı aynı güç ve yetkilere sahip olması ise güvensizlik ortamına yol açacak, birey elindekileri kaybetme korkusuyla yaşamak zorunda kalacaktır.

¹⁹²⁴ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., s. 195.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, s. 196.

hem de gerekli kılar¹⁹²⁶. Her hukuk sisteminin toplumsal yaşamı tehdit eden şiddet eğilimlerini kontrol etmesi gerekir¹⁹²⁷. Hart son olarak kaynakların sınırlılığına (*limited resources*) değinir. İnsanların yemek, kıyafet ve barınak gibi kaynakları sınırsız değildir. Bu nedenle de hukuk sistemlerinin mülkiyet hakkını tesis etmesi ve bu hakkı tecavüzlerden koruması icap eder¹⁹²⁸. Bu statik kuralların yanı sıra sınırlı kaynaklar aynı zamanda hukuk sisteminde dinamik bazı kuralların varlığını da gerektirir. Bu dinamik kurallar sözleşme ve benzeri araçlarla bireylerin kendileri ve başkaları üzerinde, belli şekilde davranma yükümlülüğü yaratmasına ilişkindir. Böylelikle aynı zamanda işbölümü ve işbirliğinin gerekleri de yerine getirilmiş olur¹⁹²⁹. Son olarak sınırlı feraset ve irade gücü (*limited understanding and strength of will*) karşımıza çıkar. Hukukun ortaya koyduğu meşru amaçlara uymak konusunda her birey aynı isteği göstermeyebilir. Bazı muhataplar kısa vadeli çıkarlarını hukuk kurallarının ulaşmayı amaçladığı uzun vadeli yararlar uğruna feda ederek hukuka uymak konusunda ekstra bir motivasyona ihtiyaç duymazken, diğer bazılarının kısa vadeli çıkarları tarafından baştan çıkarılması mümkündür¹⁹³⁰. Hart'a göre bir hukuk sisteminde yaptırımın bulunması gerekliliği yaptırımlar hukuka uyma konusundaki esas motivasyonu sağladığı için değil, kendi istekleriyle hukuka uymayanlara yönelik bir garanti olmasından kaynaklanır¹⁹³¹.

Bazı yazarlar Hart'ın pozitif hukukun doğal hukuktan kaynaklanan minimum bir içeriği olduğunu kabul etmesini pozitivizmden verilmiş bir ödün olarak kabul eder¹⁹³². Shadia B. Drury'ye göreyse Hart'ın teorisi üç nedenle doğal hukuka verilmiş bir ödün olarak kabul edilemez. İlk olarak hayatta kalma insanın *telos* olmaya uygun değildir. Bunun nedeni hayatta kalma amacının Hart'a göre çoğu zaman çoğu kişi tarafından arzu edilir olmasına bağlı olmasıdır¹⁹³³. Bir başka deyişle, Hart'ın akıl yürütmesi olgular düzeyinde kalmakta ve değerler düzeyine bir sıçrama gerçekleştirmemektedir¹⁹³⁴. Hart'ın doğal hukukun minimum içeriğini normatif bir gereklilikten doğan bir

¹⁹²⁶ *Ibid.*

¹⁹²⁷ *Ibid.*

¹⁹²⁸ *Ibid.*

¹⁹²⁹ *Ibid.*, s. 197.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ *Ibid.*, s. 198.

¹⁹³² Shadia B. Drury, "H.L.A. Hart's Minimum Content of Natural Law", *Political Theory*, C. 9, S. 4 (Kasım 1981), s. 533.

¹⁹³³ *Ibid.*, s. 543.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, s. 542.

zorunluluk (*natural necessity*) olarak tanımlaması¹⁹³⁵, yani iddianın temelde ampirik bir iddia olması¹⁹³⁶ da bundan dolayıdır. Drury ikinci olarak hayatta kalmanın ahlaki açıdan tarafsız olduğunu ve insanların varlıklarını devam ettirmeyi arzulamasından ahlaki sonuçlar istihraç edilemeyeceğini vurgular¹⁹³⁷. Drury son olarak Hart'ın minimum içerik teorisinin “geçerli” hukuk için değil, “sürdürülebilir” (*viable*) hukuk için bir şart teşkil ettiğini, bu nedenle de Hart'ın hukuk teorisinin hâlâ doğal hukuk anlayışına yer vermeyen saf pozitivist bir teori olduğunu düşünür¹⁹³⁸.

Hukuk ve ahlak arasındaki nedensel ilişkiye dair Pino'nun söyledikleri pozitif ahlak, daha doğrusu hukuku yaratanların ahlaki beklentileriyle hukuk kurallarının içeriği arasında bir ilişki kurar¹⁹³⁹. Leslie Green ayrılabilirlik tezinin yalnızca ideal ahlak ile hukuk değil, aynı zamanda pozitif ahlak ile hukuk arasında da zorunlu bağlantı olmadığını iddia ettiğini belirtir. Bu anlamda pozitivistler tarafından bir hukuk sisteminin zorunlu olarak ait olduğu toplumun değer ve geleneklerini yansıtacağı yönünde “mutabakat sosyologları” (*consensus sociologists*) tarafından dile getirilen iddianın da reddedildiğini vurgular¹⁹⁴⁰. Ayrılabilirlik tezi pozitif ahlakı da kapsayacak şekilde geniş yorumlansa dahi, bizim bağdaştırma projemizin ayrılabilirlik tezine ilişkin sakıncası olsa olsa ideal ahlaka ilişkin kısımdan kaynaklanabilir. Nitekim aksiyon-sistemsal (ve hukuk sisteminin geçerliliğine ilişkin aksiyon-olgusal) geçerlilik anlayışının atıfta bulunduğu ideal ahlaktır.

Hart'ın doğal hukukun minimum içeriğine dair söyledikleri ise ideal anlamda ahlaka ilişkindir. Hayatta kalma ahlaki bir amaç olarak görülebildiği ölçüde, hukuk ile ahlak arasında bir ilişki kurulduğu ve ayrılabilirlik tezinin bu anlamda reddedildiği söylenebilecektir. Ancak, Hart'ın ifadelerinin hukukun geçerliliği ile ahlaki doğruluğu arasında bir bağ kurduğu düşünülmemelidir. Yukarıda açıkladığımız ve Drury tarafından vurgulandığı gibi¹⁹⁴¹ Hart'ın minimum içerik şartı hukukun geçerliliğine değil, sürdürülebilirliğine (*viability*) dair bir şarttır. Bir başka deyişle, iddia edilen

¹⁹³⁵ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 199.

¹⁹³⁶ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 201.

¹⁹³⁷ Drury, “H.L.A. Hart's Minimum Content of Natural Law”, *op. cit.*, s. 544.

¹⁹³⁸ *Ibid.*

¹⁹³⁹ Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 201.

¹⁹⁴⁰ Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 1042.

¹⁹⁴¹ Bkz. Drury, “H.L.A. Hart's Minimum Content of Natural Law”, *op. cit.*, s. 542.

gönüllü itaati sağlamak istiyorsa, hukukun minimum bir içeriğe sahip olması gerektiğidir, bu içeriğe sahip olmayan bir kuralın hukuk kuralı olarak nitelendirilemeyeceği değil.

f. Psikolojik İlişkiler Açısından

Pino hukukun belli eylemleri zorunlu, yasak veya caiz kılmasının, söz konusu eylemlerin ahlaki anlamda da zorunlu, yasak veya caiz olduğu inancını yaratabileceğini belirtir¹⁹⁴². Bu anlamda hukukun ilgili toplumun pozitif ahlakını etkileyebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁴³. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bağdaştırma projemizin ayrılabilirlik tezi açısından sakıncası, eğer varsa, ideal ahlaka ilişkin tezden kaynaklanacaktır. Dolayısıyla, aksiyon-sistemsel ve aksiyon-olgusal geçerlilik anlayışlarının hukuki pozitivizmle bağdaşıp bağdaşmadığını değerlendirirken hukukun muhataplarının ahlak hakkındaki görüşü üzerindeki etkisine dayanan bir bağlantı olasılığını görmezden geleceğiz. Nitekim bu olasılık olsa olsa hukuk ve pozitif ahlak arasında bir bağlantı kurulmasına müsaittir.

g. İçerik Açısından

Hukuk ve ahlak kısmen de olsa aynı eylemleri düzenler ve bu iki normatif alanın kapsamı çakışır¹⁹⁴⁴. Pino'ya göre ahlakın yasakladığı veya gerektirdiği eylemlerin hukuk tarafından da yasaklandığı veya gerekli kılındığı durumlarda söz konusu çakışmayı gözlemlemek mümkündür¹⁹⁴⁵. Pino hukukun düzenlediği her şey ahlaki öneme sahip olmasa ve hukuk ahlaken önemli olan her konuyu düzenlemese bile hukuk tarafından düzenlenen pek çok konunun ahlakla ilgili olduğunun söylenebileceğini belirtir¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴² Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 201.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

Pino'nun bahsettiği anlamda hukuk ve ahlakın düzenleme alanlarının çakışması iki normatif düzen arasında zorunlu değil, olumsal bir ilişkinin bulunduğunu gösterir. Nitekim çakışmanın kısmi niteliği bir hukuk sisteminin bütün normlarının ahlaken ilgisiz konulara ilişkin olabileceğini ima eder. Dolayısıyla, bağdaştırmanın ayrılabilirlik tezine uygunluğuna dair değerlendirmelerimizde bu konuya ilişkin tartışmalardan kaçınabiliriz. Bununla birlikte, başka bir açıdan ahlak ve hukuk arasında içerik anlamında zorunlu bir ortaklığın olduğu reddedilemez. Buna göre, her ikisi de insan eylemi hakkında olması gereken bildirir¹⁹⁴⁷. Ancak, bu ortaklık o denli açıktır ki hiçbir pozitivist teorisin bu tespiti reddettiği söylenemez. Dolayısıyla, pozitivizmin ayrılabilirlik tezini yanlışlamak için bu iddianın öne sürülmesi mümkün değildir.

h. Yapısal İlişkiler Açısından

Hukukun bazı yapısal ve şekli niteliklerinin ahlaken değerli sonuçlarının olacağı düşünülebilir¹⁹⁴⁸. Örneğin, hukuk kurallarının genellik niteliği herkese eşit davranılmasına katkı sağlayarak biçimsel adaletin gerçekleştirilmesini sağlarken, yayınlanma ve kamusal nitelikleri de muhataplara eylemlerini kurala göre ayarlama olanağı vererek kişisel otonomi (*personal autonomy*) ve insanlık onuru (*human dignity*) açısından minimum bir standardı garanti eder¹⁹⁴⁹. Hukukun ahlaka bu katkısının zorunlu olarak mevcut olduğu düşünülebilirse hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağın bulunduğu söylenebilir¹⁹⁵⁰.

Bu düşünceler Fuller'ın içsel ahlakını akla getirmektedir. Hatırlanacağı gibi içinde genellik¹⁹⁵¹ ve yayınlanma¹⁹⁵² şartlarının da bulunduğu sekiz adet ilke hukukun içsel ahlakını ifade etmekteydi. Dolayısıyla, burada ifade edilen hukuk ve ahlak ilişkisi Fuller'ın içsel ahlakına yöneltilen eleştirilere tabi olacaktır. Biz bu eleştirilere yukarıda

¹⁹⁴⁷ Bu konuda bkz. Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, op. cit., s. 233.

¹⁹⁴⁸ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", op. cit., s. 202.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ Fuller, *The Morality of Law*, op. cit., s. 46.

¹⁹⁵² *Ibid.*, s. 51.

değınmiřtik¹⁹⁵³. Temel olarak Fuller tarafından ortaya atılan sekiz ilkenin içeriğe atıfta bulunmadığı için ahlakiliğinden şüphe edildiği sylenebilir¹⁹⁵⁴. Fuller'ın ilkeleri pekâlâ hukuki etkililiğe ilişkin ahlak dışı maksimler olarak kabul edilebilir¹⁹⁵⁵. Örneğin, Varga etkililik argümanını kabul ederek bunları kural koyuculuğun temel kuralları olarak kabul etmiřtir¹⁹⁵⁶.

Kanımızca yukarıda belirttiğimiz yapısal ilişkiler açısından ayrılabilirlik tezinin bir iddiası olup olmadığı, bahsedilen ilişkide ahlakın rolü şüpheli olduğu için önem arz etmez. Bu başlık ayrılabilirlik tezinin alabileceği farklı anlamlar arasından çıkarılabilir. Bağdaştırmamızın ayrılabilirlik tezine uygun olup olmadığını savunurken yapısal ilişkileri göz ardı edeceğiz.

i. Ahlaki Değerlendirmelerin Zorunluluğu Aısından¹⁹⁵⁷

Hukukun muhatap veya hukuk uygulayıcılarının ahlaki değerlendirmelerde bulunmasını gerektirdiği durumlar mevcuttur¹⁹⁵⁸. Bu farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Hukuk kuralları çoğu zaman eşitlik, adalet, özgürlük, onur vb. kavramlara yer verirler¹⁹⁵⁹. Bu kavramların anlamlarının anlaşılması için muhatapların, hâkimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının ahlaki değerlendirmelerde bulunması gerekir. Yumuşak pozitivistler bir sistemin Tanıma Kuralının müsaade etmesi durumunda ahlaki ilkelerin hukuk kurallarının geçerliliği için bir kriter oluşturabileceğini kabul ederler¹⁹⁶⁰. Öte yandan sert pozitivistlere göre ahlaki ilkelerin hiçbir zaman hukuki geçerliliğin veya hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde rol oynaması mümkün deęildir¹⁹⁶¹. Biz yumuşak-sert pozitivism ayrımında yumuşak pozitivismın kabullerine göre hareket edeceğiz. Dolayısıyla, ahlaki değerlendirmelerin zorunluluğu açısından ayrılabilirlik

¹⁹⁵³ Örn. bkz. Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 22-26; Hart, “The Morality of the Law”, *op. cit.*, ss. 1285-1287.

¹⁹⁵⁴ Bkz. Summers, “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, ss. 24-26

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, s. 26.

¹⁹⁵⁶ Varga, “The Inner Morality of Law”, *op. cit.*, s. 243.

¹⁹⁵⁷ Pino'nun başlığı “*Incorporation relations*”dır. Bkz. Pino, “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 202.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁹⁶⁰ Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 102.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, s. 101. Ayrıca bkz. Arıkan, *Sert Pozitivism*, *op. cit.*, s. 77.

tezinin ahlaki ilkelerin hukuki geçerliliğin tespiti ve genel olarak hukuki argümantasyonda oynadığı rolün zorunlu değil olumsal olduğunu iddia ettiğini söyleyebiliriz.

j. Değerlendirme İlişkisi Açısından

Pek çok başka şey gibi hukuk da ahlaki değerlendirmenin nesnesi konumundadır¹⁹⁶². Bir başka deyişle, bir hukuk kuralının ahlaken doğruluğu veya yanlışlığı her zaman değerlendirme konusu yapılabilir. Bununla birlikte hukuki pozitivistler hukukun ahlaki doğruluğunun değerlendirilebileceğini reddetmezler. Austin'den bu yana hiçbir pozitivist ahlakın hukuk açısından bir değerlendirme kriteri olduğunu reddetmemiştir. Örneğin, Austin bir kuralın hukukiliğinin ayrı, ahlaka uygunluğunun ayrı bir husus olduğunu belirterek¹⁹⁶³ bir yandan ayrılabilirlik tezini savunmuş, diğer yandan da hukukun ahlaki değerlendirmenin nesnesi olabileceğini doğrulamıştır. Benzer biçimde, hukukun ahlaki eleştirisinin ancak ayrılabilirlik tezinin kabulü durumunda anlamlı olacağı da ifade edilir¹⁹⁶⁴. Gerçi bu son iddianın ne kadar değerli olduğu tartışmalıdır. Neticede ayrılabilirlik tezinin karşıtı olan bağlantı tezini (*connection thesis*) savunan doğal hukuk teorileri ahlak ve hukuku özdeşleştirmemekte, ancak hukuk kuralının ahlaka aykırılığının belli bir eşiği aşması durumunda hukuk kuralının geçerliliğini yitireceğini iddia etmektedir. Dolayısıyla, ahlaka aykırılığın söz konusu eşiğin altında kaldığı durumlar açısından bağlantı tezi açısından da hukukun ahlaki eleştirisi mümkündür. Ancak, burada mühim olan pozitivistlerin hukukun ahlaki değerlendirmeye konu edilebileceğini reddetmemesidir. Dolayısıyla, pozitivistler tarafından savunulan ayrılabilirlik tezi hukukun ahlaki değerlendirme ve eleştiriden beri olduğunu iddia ediyor olamaz. Ayrılabilirlik tezine ilişkin tartışmalarımızda bu başlığı göz ardı edebiliriz.

¹⁹⁶² Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 202.

¹⁹⁶³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, s. 157.

¹⁹⁶⁴ Pino, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, ss. 193-194.

k. Semantik İlişkiler Açısından

Hukuk ve ahlakın terminolojik bir ortaklık içinde olduğunu görürüz. Her iki normatif alanda da hak, ödev, yükümlülük gibi terimler kullanılır¹⁹⁶⁵. Hem hukuk hem de ahlakta kullanılan bu terimler aynı anlama geliyorsa, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağın kurulduğundan bahsedebiliriz. Buna göre hukuki yükümlülükler tamamen ahlaki terimlerle ifade edilebilir. Bir başka deyişle, hukuki yükümlülük ahlaki yükümlülük anlamına gelir.

Jules Coleman semantik açıdan ayrılabilirlik tezini kabul etmeyen pozitivistlere örnek teşkil eder. Coleman'ın ahlaki semantik tezi (*moral semantic thesis*) ismini verdiği teze göre hukuki direktiflerin ahlaki bir direktif veya yetkilendirmeyi ifade eder biçimde anlaşılması mümkündür¹⁹⁶⁶. Örneğin “Dolandırıcılık hukuka aykırıdır” şeklindeki hukuki içerik “Dolandırıcılık yapılmamalıdır” şeklinde ifade edilebilir ve ahlaki semantik tezine göre bu son ifade “Dolandırıcılık ahlaken yanlıştır” ifadesine eşdeğerdir¹⁹⁶⁷. Coleman'a göre ahlaki semantik tezi hukukun içeriğinin en nihayetinde toplumsal olgular tarafından belirleneceğini ileri süren pozitivist iddia ve hukukun içerikten bağımsız ahlaki eylem sebepleri¹⁹⁶⁸ sunduğu iddiasının arasında köprü kurulması için gereklidir. Nitekim eğer hukukun içeriğinin salt toplumsal olgular tarafından belirleneceğini düşünüyorsak, bu içeriğin normatif gücünü açıklayamayız¹⁹⁶⁹.

Kenneth Einar Himma Coleman'ın ahlaki semantik tezini pozitivistizme dâhil etmesini eleştirir. Himma'nın eleştirileri çok yönlüdür: MacCormick gibi¹⁹⁷⁰ Himma da hukukun ahlaki otorite iddiasına dair hukukun iddia edemeyeceğini, bu iddianın ancak

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, s. 202.

¹⁹⁶⁶ Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 592.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ “İçerikten bağımsız” ifadesi hukuk kuralının içeriği ahlaki bir yükümlülüğe denk düşmese dahi muhataplarına ahlaki eylem sebebi sağlayabileceğini ifade eder (Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, *op. cit.*, ss. 254-255). Örneğin otoritatif direktifler içeriği ahlaki bir değerle örtüştüğü için değil, direktifi ihdas eden belli bir konuda uzman olduğu ve muhataplar kendi akıl yürütmelerine göre hareket etmekte ise otoritenin direktifine uyarak sahip oldukları eylem sebeplerine daha iyi uyacağı için ahlaki eylem sebebi niteliği taşırlar.

¹⁹⁶⁹ Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 586. Ayrıca bkz. Kenneth Einar Himma, “Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics?”, *Ratio Juris*, C. 22, S. 1 (Mart 2009), s. 33.

¹⁹⁷⁰ MacCormick'in bu görüşünü Alexy ve Raz'a yöneltilen bir eleştiri olarak önceki bölümde ele almıştık. Bkz. MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, *op. cit.*, *passim*.

hukuk tarafından hukuku yaratan kimseler tarafından ileri sürülebileceğini vurgular¹⁹⁷¹. Bununla birlikte, eğer hukukun otorite iddiası (içerikten bağımsız ahlaki eylem sebepleri sağlaması veya otoritatif direktiflerin sağladığı eylem sebeplerinin dışlayıcı sebep olması) hukuk tarafından değil de hukuku yaratanlar tarafından ileri sürülüyorsa kavramsal bir gerçek olmaktan çıkar. Hukuk sistemindeki bazı yetkililer bu iddiada bulunmayabileceği, ancak ortaya çıkan sistemin yine de bir hukuk sistemi olacağı düşünülebilir¹⁹⁷². Hatırlanacağı üzere biz de Alexy'nin doğruluk argümanına ilişkin MacCormick'in eleştirilerini ele alırken hukukun iddia ettiğinden bahsetmenin anlamlı olmadığını, bu metaforun asıl ve doğru olmayan argümanı sakladığını kabul etmiştik. Dolayısıyla, bu eleştirilerinde Himma'ya katılıyoruz.

Hukukun içerikten bağımsız ahlaki eylem sebepleri sağlayabileceğine ikna olmayan Himma, sağduyu kaynaklı sebeplerin öneminin hukuk teorisyenlerince bu denli görmezden gelinmesini eleştirir¹⁹⁷³. Himma hukukun içerikten bağımsız eylem sebepleri sağladığı düşüncesinin en makul formülasyonunun sağduyu kaynaklı sebeplerden geçtiğini düşünmektedir. Buna göre, hukuk cebrî uygulama mekanizmalarına yer verir ve her rasyonel varlığın devletin uygulayacağı cebirden kaçınmak için sebebi vardır¹⁹⁷⁴. Bu sebepler kuralların içeriğinden bağımsız biçimde ortaya çıkar.

Sağduyu kaynaklı sebeplerin hukuk teorisinde genellikle görmezden gelindiği ve düşünürlerin hukuki normativiteyi yalnızca ahlaki eylem sebepleri üzerinden açıklamaya çalıştığı konusunda Himma'ya katılmamak elde değildir. Biz bağdaştırma projemizde elimizden geldiğince sağduyu kaynaklı sebeplerin hukuk kurallarının rasyonel muhataplarının pratik değerlendirmelerinde ve hukuki normativitenin açıklanmasında oynayabileceği rolü yansıtmaya çalıştık. Bununla birlikte, hukuki normativitenin sağduyu kaynaklı sebeplerin yanı sıra ahlaki eylem sebepleriyle de

¹⁹⁷¹ Himma, "Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics?", *op. cit.*, ss. 29-33.

¹⁹⁷² *Ibid.*, s. 30.

¹⁹⁷³ *Ibid.*, ss. 34-35. Himma'ya göre yalnızca Dworkin sağduyu kaynaklı sebeplerin hukuk açısından öneminin farkındadır ki hukuku cebrî yaptırım mekanizmalarının meşrulaştırılmasına yarayan bir kavram olarak algılamaktadır (*ibid.*, s. 35). Kanımızca Dworkin'in yanına Matthew Kramer'ın ismini de eklemek gerekir.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, s. 34.

açıklanabileceği, Raz'ın otorite temelli teorisinin kimi durumlarda muhatapların hukuka uymak için ahlaki ve dışlayıcı bir sebebinin olabileceğini gösterdiğini düşünüyoruz.

Himma'nın hukukun içerikten bağımsız ahlaki sebepler sağladığına ikna olmamasının bir nedeni de bu iddianın öncelikle siyaset felsefesinde hukuka uymak için geçerli bir sebebin olamayacağını iddia eden felsefi anarşizmi çürütmesi gerektiğini düşünmesidir¹⁹⁷⁵. Himma bir felsefi anarşist olmadığını, ancak henüz onu herhangi bir hukuk sisteminin ahlaken meşru olduğuna ikna edecek bir argümanla karşılaşmadığını belirtir¹⁹⁷⁶. Kanımızca Raz'ın otorite temelli hukuki normativite anlayışı hukukun içerikten bağımsız ahlaki sebepler sağlayabildiğini göstermekte başarılı olmaktadır. Dolayısıyla, Himma'nın buradaki görüşünü paylaşmadığımızı söyleyebiliriz.

Himma hukuk ve ahlakta geçerli olan dilin yükümlülük ve hak gibi ortak terimler kullandığını kabul eder¹⁹⁷⁷. Bununla birlikte, bu ortaklığın hukuk ve ahlak arasındaki bir ortaklığa işaret ettiğini reddederek, “ödev”, “yükümlülük” ve “hak” gibi terimlerin gerçekten ne anlama geldiğini bilebilmek için bu terimleri “ahlaki”, “hukuki” veya “toplumsal” gibi sıfatlarla nitelendirmemiz gerektiğini belirtir¹⁹⁷⁸. Bu nedenle hukuktaki yükümlülük ile ahlaki yükümlülüğün aynı anlama geldiği söylenemez. Bununla birlikte, Himma kimi zaman hukuki yükümlülüklerin ahlaki yükümlülüklerle denk gelebileceğini, hukuki bir yükümlülüğün ahlaki bir yükümlülükle aynı eyleme ilişkin olabileceğini vurgular¹⁹⁷⁹. Sonuç olarak Himma, hukuk normlarının ahlak normlarıyla aynı mantıksal formu paylaşmasına rağmen, hukuk yetkilileri ve/veya muhatapların kabulü ve ister toplumsal baskı isterse organize yaptırım mekanizmaları şeklinde ortaya çıksın hukuk kurallarına uyma yönündeki cebir olmaksızın hukuk kurallarının normatif gücünden bahsedilemeyeceğini belirtir¹⁹⁸⁰. Ahlak ise muhataplarının kabulüne veya cebrî uygulama mekanizmalarına bağlı değildir¹⁹⁸¹.

Biz esasen hukuki yükümlülük ile ahlaki yükümlülüğün veya daha geniş bir anlamda hukuki gereklilik ile ahlaki gerekliliğin aynı anlama gelip gelmediğini “güçlü

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, s. 38.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, s. 41.

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, ss. 41-42.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, s. 42.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

anlamda bağlayıcılık” kavramını incelerken yanıtladık. Hatırlanacağı üzere yükümlülük kavramını “her şey dikkate alındığında salt ahlaki sebepler temelinde yapılması gereken” olarak tanımlamıştık. Hukuki sebeplerin ise ahlaki olabileceği gibi sağduyu kaynaklı da olabileceğini vurguladık. Bu noktada iki seçeneğimiz mevcuttur. İlk olasılıkta yükümlülükten bahsettiğimiz yerde “yükümlülük” kavramını ahlaki anlamıyla yükümlülük olarak kabul edip, kimi zaman hukuka göre her şey dikkate alındığında yapılması gerekenin yükümlülük niteliği taşımadığını söyleyebiliriz. İkinci olasılıkta ise hukuki yükümlülüğün ahlaki anlamda bizim tanımladığımız yükümlülüğe ek olarak sağduyu kaynaklı sebepler temelinde en nihayetinde yapılması gerekeni de kapsadığını, ahlaki yükümlülükten daha geniş bir yükümlülük kavramını ifade ettiğini kabul edebiliriz. Coleman ve Himma arasındaki tartışmaya ilişkin olarak hangi yolu tercih edersek edelim, soruna vereceğimiz yanıt değişmeyecektir. Nitekim burada ifade ettiklerimiz en genel ifadesiyle hukuki normativitenin ahlaki normativiteden farklı olabileceğini, hukuken yapılması gerekenin her zaman ahlaken yapılması gerekenle aynı olmadığını göstermektedir. Eğer ikinci seçeneği tercih edersek zaten yükümlülük teriminin ahlak ve hukuk alanlarında farklı anlamlara gelebileceğini kabul etmiş olacağız. İlk seçenek kabul edildiğinde, açıkça yükümlülükten bahsetmeyen bir hukuk normunun “ahlaki sebepler temelinde her şey dikkate alındığında yapılması gereken”den değil, daha geniş anlamda “her şey dikkate alındığında yapılması gereken”den bahsettiği düşünülebilir. Açıkça yükümlülükten bahsedildiği yerlerde ise somut duruma ilişkin değerlendirmelerde bulunmamız gerekir. Hukukun muhatapların bir eylemle yükümlü olduğunu belirttiği her yerde ahlaken o eylemi gerçekleştirmekle yükümlü müyüz? Sanıyoruz bu yanıtı ne doğal hukukçular ne de pozitivistler olumlu yanıt verebilir. Çünkü bir kere bu soruya olumlu yanıt verildiğinde sırf dil aracılığıyla hukukun bir konuda ahlaki yükümlülük yaratabileceğini kabul etmemiz gerekir. Oysa hukuk normu hangi terimi kullanırsa kullansın, talep edilen eylemin ahlaki bir yükümlülük teşkil edip etmediği muhatapın söz konusu norma uymak için sahip olduğu ahlaki sebepler tarafından belirlenir.

Dolayısıyla, Coleman’ın öne sürdüğü ahlaki semantik tezinin, yani “Dolandırıcılık hukuka aykırıdır” ve “Dolandırıcılık yapılmamalıdır” ifadelerinin

“Dolandırıcılık ahlaken yanlıştır” şeklinde tekrar ifade edilebileceği düşüncesinin¹⁹⁸² doğru olabilmesi somut durumdaki şartlara bağlıdır. Muhatabın hukuk normu tarafından yasaklanan eylemi gerçekleştirmekten kaçınmak yönünde, aksi yöndeki sebeplere galip gelen ahlaki sebepleri bulunduğu durumlarda ahlaki semantik tezi doğru olacaktır. Ancak, Coleman’ın da farkında olduğu gibi hukukun ahlaki otorite “iddiası” her zaman doğru değildir¹⁹⁸³. Kaldı ki Himma’nın dikkat çektiği gibi hukukun her zaman böyle bir iddiada bulunduğunu düşünmek de doğru değildir¹⁹⁸⁴. Dolayısıyla, hukuku yaratanların ahlaki otoriteye ilişkin iddialarından bağımsız olarak, kimi zaman hukuk normunun içeriğini ahlaki semantik tezinin iddia ettiği gibi ahlaki yükümlülük temelinde tekrar ifade edebilecek olsak da, diğer durumlarda hukuk normlarının içeriğini ahlaki yükümlülük ifade etmeyecek şekilde algılayabilmeliyiz. Dolayısıyla, Coleman tarafından makalenin özetinde belirtilen ahlaki semantik tezinin bir hukuk kuralının içeriğinin en iyi şekilde ahlaki direktifler olarak ifade edilebileceği yönündeki iddiası¹⁹⁸⁵ yanlış olmalıdır.

Eğer hukuk kurallarının en iyi ifadesinin ahlaki direktifler olduğu doğru olsaydı, ayrılabilirlik tezi semantik ilişkiler açısından yanlışlanmış olacaktı. Şimdi belirlenmesi gereken husus bazı hukuk normlarının ahlaki direktifler olarak ifade edilebilecek olmasının ayrılabilirlik tezi açısından anlamıdır. Eğer her hukuk sisteminde mutlaka en az bir hukuk kuralı ahlaki bir direktif olarak ifade edilmek zorundaysa, hukuk ve ahlak arasında minimum düzeyde de olsa zorunlu bir ilişki tespit etmiş oluruz. Yani, eğer içindeki en az bir norm ahlaki direktif şeklinde tekrar ifade edilemeyen bir toplumsal düzen hukuk sistemi olarak nitelendirilemez ise, yalnızca semantik açıdan değil, hukuk sisteminin geçerliliği ile ahlak arasında da zorunlu bir bağ kurmuş oluruz. Kanımızca bir hukuk sistemindeki hiçbir norm ahlaki direktif olarak ifade edilemese dahi söz konusu toplumsal düzen hukuk sistemi niteliğinden bir şey kaybetmez. Zaten bilğimiz dâhilinde olan hiçbir doğal hukukçu veya pozitivizm karşıtı da hukuk sisteminin varlığı

¹⁹⁸² Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 592.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, s. 585.

¹⁹⁸⁴ Himma, “Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics?”, *op. cit.*, ss. 27-33. Ayrıca bkz. MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹⁸⁵ Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 581.

ve ahlak arasında böyle bir ilişki kurmamaktadır¹⁹⁸⁶. Bu kamptaki teoriler açısından mühim olan hukuk sistemindeki en az bir normun muhatapları açısından ahlaki yükümlülük teşkil etmesi değil, hukuk sistemindeki normların ahlaka kabul edilemeyecek derecede aykırı olmamasıdır. Dolayısıyla, daha fazla açıklamaya gerek görmeden ayrılabilirlik tezinin hukuk ve ahlak arasındaki semantik ortaklık dolayısıyla tehlikede olmadığına karar vereceğiz.

2. Ayrılabilirlik Tezi ve Hukuki Pozitivizm: Hangi Tez?

Hukuki pozitivizmin temel tezlerinden biri olarak görülen ayrılabilirlik tezinin en azından bir veya birkaç anlamının kendini pozitivizmle özdeşleştiren yazarlar tarafından benimsenmesi beklenebilir. Açıkçası çoğu yazar açısından durum budur. Hukuki pozitivizm kampında ilk grup ayrılabilirlik tezinin farklı anlamlarından en azından birini benimsemektedir. Bir diğer grup ise ilginç bir biçimde ayrılabilirlik tezinin yanlış olduğunu savunmaktadır. Biz bu görüşleri en radikalden başlayarak inceleyeceğiz. Buradaki amacımız ayrılabilirlik tezinin bir hukuk teorisinin pozitivist olarak görülebilmesi için vazgeçilmez olup olmadığını, eğer vazgeçilmezse bu tezin hangi anlam veya anlamlarının bu kapsamda değerlendirileceğini tespit edebilmektir.

İlk olarak Joseph Raz, John Gardner ve Jules Coleman'ın ayrılabilirlik tezine ilişkin görüşlerini ele alacağız. Bu düşünürlere yöneltilebilecek eleştirileri -özellikle de Matthew H. Kramer'ın eleştirilerini- ele alarak ayrılabilirlik tezinin içeriğini ve anlamını sınırlandırarak tespit etmeye çalışacağız. Ayrılabilirlik tezi pozitivist olarak değerlendirilen yazarlardan Joseph Raz ve John Gardner tarafından reddedilmektedir. Jules Coleman ise ayrılabilirlik tezinin yalnızca hukuki pozitivizme ait bir tez olduğu görüşüne karşı çıkar. Tabii ki burada mühim olan bu yazarların ayrılabilirlik tezinin hangi anlam veya anlamlarını reddettiğidir.

¹⁹⁸⁶ Joseph Raz hukuk normlarının her zaman ahlaki anlamda yükümlülük doğurmadığını savunmanın hukuki pozitivizm açısından yeterli olduğunu, pozitivist olmayan teorilerin de bu görüşü reddetmeyeceğini vurgulamaktadır (Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 39). Raz hemen ardından bu görüşün hukuk ve ahlakta yükümlülük, hak vb. terimlerin farklı anlamda kullanıldığını göstermediğini belirtmektedir (*ibid*). Sanıyoruz buradaki kasıt bazı durumlarda hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülüğün farklı anlamlar taşımasının, bu terimlerin her zaman farklı anlamlar taşıyacağı anlamına gelmeyeceğidir. Eğer bu yorumumuz doğruysa, Raz'a katıldığımızı söyleyebiliriz.

a. Joseph Raz ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi

Joseph Raz kaynak tezini benimsemektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi geniş anlamıyla toplumsal olgu tezi hukukun içeriği ve varlığının değerlendirici kriterlere atıfla belirlenmek zorunda olmadığını veya olamayacağını ileri sürer. Raz genellikle toplumsal olgu tezinin iki farklı tezle ilişkilendirildiğine dikkat çeker. Bunlarda birini ahlaki tez, diğerini ise semantik tez olarak adlandırır¹⁹⁸⁷.

Ahlaki tez hukukun ne olduğu toplumsal olgulara bağlı olduğu ve hukukun tespitinde ahlaki argümanlara başvurmak zorunlu olmadığı için, bir şeyin hukuk kuralı olması veya hukuken bağlayıcı olması için ahlaki değer veya ideallere uygun olmasının hiçbir şekilde gerekmeceğini belirtir. Bir başka deyişle, hukukun ahlaki değer ve ideallere uygunluğu zorunlu değildir¹⁹⁸⁸. Semantik tez ise yukarıda Coleman tarafından savunulan ahlaki semantik tezinin karşıtıdır. Buna göre, hukukta ve ahlakta ortak olan hak, yükümlülük ve ödev gibi terimlerin anlamı farklı olmak zorundadır. Bunun nedeni hukukun ahlaka uygun olmasının gerekmemesinin hukukun ahlaka aykırı olabileceği anlamına gelmesi ve birbirine aykırı “yükümlülüklerin” aynı anlamda kullanılamayacak olmasıdır¹⁹⁸⁹.

Raz’ın ahlaki ve semantik tezleri yukarıda farklı anlamlarını incelediğimiz ayrılabilirlik tezinin hukukun belirlenmesiyle ahlak ve hukuk arasındaki semantik ilişkiye ilişkindir. Raz her iki tezin de hatalı olduğunu ve bunların toplumsal olgu tezinden çıkarılamayacağını belirtir. Kısaca ifade etmek gerekirse ahlaki tezin yanlış olmasının nedeni bir toplumda hukukun ne olduğunun belirlenmesinde yalnızca toplumsal olguların dikkate alınması yeterli olsa bile, söz konusu olgular dolayısıyla hukuk sisteminin zorunlu olarak ahlaki değere sahip olmasının mümkün olmasıdır¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, s. 38. Aksini belirtmediğimiz sürece bu kısımdaki toplumsal olgu tezi ifadesi yumuşak ve sert pozitivizmin tezlerini kapsayan bir üst başlık olarak kullanılmaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi, Raz yumuşak ve sert pozitivizm arasındaki farkı ifade eden tezler için toplumsal olgu tezinin güçlü ve zayıf varyasyonları arasında bir ayrıma gitmektedir.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ Raz, *Ethics in the Public Domain*, op. cit., s. 226; Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 38-39. Ayrıca bkz. Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, op. cit., ss. 1037-1038. Bununla birlikte, Raz hukukun içeriğinin ve geçerliliğinin belirlenmesinde

Eğer hukukun geçerliliğini belirleyen toplumsal olgular hukuk sistemine ahlaki bir değer atfetmiyorsa bile, insan doğası ve insanoğlunun var olma koşulları dikkate alındığında bir toplumdaki etkili hukuk sisteminin zorunlu olarak bazı ahlaki ideal ve değerlere uygun olması gerektiği iddia edilebilir¹⁹⁹¹. Raz'ın bu son ifadesi Hart'ın “doğal hukukun minimum içeriği” şartına¹⁹⁹² gönderme yapmaktadır. Bir başka deyişle, bir hukuk sisteminin kalıcı ve sürdürülebilir olabilmesi için içerdiği normların bazı ahlaki değer ve idealleri barındırması gerekebileceğine işaret etmektedir.

Semantik tezin reddi hukuku ifade etmek için normatif bir dilin kullanılmasının ifadede bulunan kişinin hukukun ahlaken bağlayıcı olduğunu ifade ettiği anlamına gelmediğini kabul ederek başlar. Bir başka deyişle, hukuku ifade etmek için kullanılan normatif dil her zaman tam anlamıyla normatif bir güce sahip olmaz¹⁹⁹³. Raz bu kabulden yola çıkarak hukuk ve ahlak alanında hak, ödev ve yükümlülük gibi kavramların farklı anlamda kullanıldığı sonucunun çıkarılamayacağını düşünür¹⁹⁹⁴. Raz bu ifadelerini detaylandırmamaktadır. Ancak, kanımızca ifade edilen kimi zaman hukukun normatif ifadesinin, hukukun talep ettiği eylemi gerçekleştirmek yönünde ahlaki bir yükümlülük olduğu anlamına gelmediği; bununla birlikte, bu tespitin ödev, hak ve yükümlülük gibi kavramların ahlaki ve hukuki alanda *her zaman* farklı anlamlara sahip olacağını doğrulamayacağıdır. Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken husus burada semantik tezin güçlü biçimiyle ifade edilmiş olduğudur. Raz semantik tezi hukuk ve ahlak alanlarında söz konusu terimlerin aynı anlama gelemeyeceği iddiası üzerine yerleştirir. Oysa yukarıda da değindiğimiz gibi, ayrılabilirlik tezi kapsamındaki semantik tezin hukuk ve ahlak alanlarındaki bu terimlerin *her zaman* aynı anlama gelmediğini iddia etmesi ayrılabilirlik tezinin doğrulanması ve doğal hukuk teorilerinden mülhem zorunlu bağlantı (*necessary connection*) tezinin yanlışlanması için yeterlidir.

Matthew Kramer “On the Separability of Law and Morality” başlıklı makalesinde John Gardner, Jules Coleman ve Joseph Raz'ın ayrılabilirlik tezini

başvurulan toplumsal olguların hukuk sistemine ahlaki bir değer atfedip atfetmeyeceği sorusuna kesin bir yanıt vermekten kaçınmaktadır.

¹⁹⁹¹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 39.

¹⁹⁹² Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 193-200.

¹⁹⁹³ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 39.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*

reddetmesini eleştirir. Burada yalnızca Kramer'ın Joseph Raz'a yönelik eleştirilerine yer vereceğiz.

Aşağıda göreceğimiz gibi, Jules Coleman tarafından ifade edilen ayrılabilirlik tezi tek bir tezdır. Kramer, Raz'ın da ayrılabilirlik tezinin tek bir teze indirgenebileceğini düşündüğünü vurgular. Bununla birlikte, Coleman ve Raz'ın anlayışları arasında iki önemli fark vardır¹⁹⁹⁵. Raz ayrılabilirlik tezi olarak Coleman'dan daha farklı ve geniş bir iddiayı belirler ve yine Coleman'ın aksine söz konusu tezi reddeder¹⁹⁹⁶. Kramer'a göre Raz, Coleman'ın ayrılabilirlik tezi formülasyonunu dar olmakla eleştirmekte haklı olsa da, Raz'ın formülasyonu da yeterince geniş değildir. Raz ayrılabilirlik tezini ahlakilik-gayriahlakilik ve ahlakilik-olgusalılık eksenlerinde yorumlayarak yanlışlamaya çalışır. Bununla birlikte, ayrılabilirlik tezinin en önemli tartışmalar ahlak-sağduyu ekseninde yaşanmıştır¹⁹⁹⁷. Ayrıca, diğer eksenlerdeki tartışmalar da Raz'ın ele aldığından daha geniş bir kapsama sahiptir¹⁹⁹⁸.

Yine de Kramer'ın eleştirilerinin asıl odak noktası Raz'ın ayrılabilirlik tezini reddidir. Bu eleştirinin temelinde Raz'ın hukuk sisteminin sırf varlığı nedeniyle ahlaken arzu edilir bazı sonuçlara ulaşılmasını sağlayabileceği ve dolayısıyla da hukukun zorunlu olarak ahlaken değerli olabileceği düşüncesi yatar¹⁹⁹⁹. Raz'a göre eğer toplumsal düzen ahlaken değerli ise ve hukuk yalnızca etkili biçimde toplumsal düzeni sağlayabildiği ölçüde yürürlükteki hukuk olarak değerlendirilebilecekse, ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağlantının kurulduğundan bahsedebiliriz²⁰⁰⁰. Kramer'a göre, hukuk sisteminin sırf ahlaken bazı arzu edilebilir sonuçlara ulaşılmasını sağladığı için ahlaki bir değere sahip olduğu söylenemez²⁰⁰¹.

Kramer bir hukuk sisteminin ahlaki açıdan değerlendirilmesinde temel olarak hukuksuzluğun, hukukun var olmadığı bir anarşi durumunun alınmasının doğru

¹⁹⁹⁵ Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, s. 327.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, ss. 327-328.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, ss. 328-329. Bu eksenlerin anlamını aşağıda Kramer'ın Coleman'ın ayrılabilirlik tezi anlayışına yönelttiği eleştiriler kapsamında ele alacağız. Kramer ayrıca ayrılabilirlik tezinin ahlak-sağduyu eksenindeki anlamına dair tartışmaların bir kısmında Joseph Raz'ın pozitivizm karşıtı kampta yer aldığını not etmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 329.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹⁹ Raz'ın ilgili ifadeleri için bkz. Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, s. 227, dn. 12.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, ss. 226-227.

²⁰⁰¹ Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, s. 329.

olmadığını, bir hukuk sisteminin ahlaki değerinin diğer olası hukuk sistemlerine göre belirlenmesi gerektiğini vurgular²⁰⁰². Bu düşünceyi desteklemek için Kramer tarafından dile getirilen bir örneği biraz değiştirerek aktarıyoruz²⁰⁰³. Varsayalım ki mafya mahalledeki esnafı haraca bağlıyor ve haraç karşılığı esnafı hırsızlar ve diğer çetelerden koruyor. Bu ilişki biçimini tercih ederek, doğrudan esnafı soyup karşılığında hiçbir şey sunmamayı veya cinayet işlemeyi tercih etmiyor. Bu durumda eğer esnafın yalnızca mafyayla değil, hırsızlar ve diğer çetelerle de sorun yaşadığı veya mafya üyelerinin karşılığında hiçbir şey sunmadan silah zoruyla istediğini aldığı, esnafı katlettiği bir senaryoyu temel alırsak, mafyanın ahlaken belli ölçüde “doğru” bir eylem gerçekleştirdiğini düşünebiliriz. Kramer’a göre doğru temelin hangisinin olduğu iki etkene bağlıdır: 1) İnsanların temel ahlaki hakları ve 2) alternatif ilişki durumlarına ulaşılabilirlik²⁰⁰⁴. Kramer’a göre, eğer mafyanın haraç almadığı ve mafya dışındaki suçluların da esnafı sömürdüğü durumların -yani daha iyi ve daha kötü alternatiflerin- aynı derecede ulaşılabilir olduğunu varsayarsak, esnafın haraca tabi olmadan yaşamak yönünde ahlaki bir hakkının olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle de mafyanın haraç uygulamasının en nihayetinde ahlaken kınanması gereken bir eylem olduğunu düşünmemiz gerekir²⁰⁰⁵. Bununla birlikte, alternatif durumlardan birine, örneğin mafyanın haraç kesmediği bir ilişki düzenine, ulaşmak için ödenmesi gereken ahlaki bedelin ağır olması durumunda, mafyanın eylemi hâlâ yanlış olsa da ulaşılabilir alternatifler açısından ahlaken en arzu edilir seçenek olduğu için belli bir ahlaki değer kazanacaktır²⁰⁰⁶. Bu örnekten çıkardığı sonuçları hukuk sistemine uygulayan Kramer bir hukuk sisteminin ne olursa olsun toplumsal düzene katkı sağlayacağı için belli bir ahlaki değere sahip olamayacağını, nitekim bu ahlaki değer mevcut olup olmadığının alternatif durumların ulaşılabilirliğine bağlı olarak her durum için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekeceğini belirtir²⁰⁰⁷. Bir başka deyişle, Kramer’a göre içeriği itibarıyla hukuk sisteminin kabul edilemez ahlaki ihlallere yol açtığı ve alternatif bir hukuk sisteminin makul biçimde ulaşılabilir olduğu bir durumda, toplumsal düzeni sağladığı için hukuk sisteminin değerli olacağını iddia edemeyiz.

²⁰⁰² Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, op. cit., s. 207.

²⁰⁰³ Örnek için bkz. *ibid.* Kramer aynı örneğe burada da değinmektedir: Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, op. cit., s. 330.

²⁰⁰⁴ Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, op. cit., s. 207.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, ss. 207-208.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, s. 208.

²⁰⁰⁷ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, op. cit., s. 331.

Kramer ahlaki açıdan değerli olan toplumsal düzene ulaşmak için hukukun vazgeçilmez olduğu iddiasıyla bir hukuk sisteminin sırf ahlaki açıdan değerli olan toplumsal düzeni sağladığı için ahlaki değere sahip olacağı anlayışlarının birbirini yanlışlamadığını ve hukuki pozitivistleri bu iki tezi birlikte kabul edebileceğini belirtir²⁰⁰⁸.

Kaldı ki Kramer’a göre buraya kadar alternatif durumların ulaşılabilirliğine ilişkin açıklamalar kabul edilmese bile Raz’ın akıl yürütmesini reddetmemiz gerekir. Bunun nedeni ahlaken değerli sonuçlara ahlaken kabul edilemeyecek araçlarla ulaşılmasının mümkün olmamasıdır²⁰⁰⁹. Kramer baskıcı bir rejimde nüfus fazlalığına çare olarak bir azınlığın soykırımı maruz bırakıldığını düşünürsek, açlık gibi nüfus fazlalığından kaynaklanan olumsuzlukların soykırım dolayısıyla azaltıldığını, ancak bu durumda devlet tarafından yürütülen politikaya en ufak ahlaki değer yüklemek için bir sebebimiz olmadığını vurgular²⁰¹⁰.

Kanımızca Raz ve Kramer’ın görüş farklılıkları “ahlaken değerli hukuk” ifadesinin farklı yorumlarından kaynaklanmaktadır. Kramer’ın bu konuda söyledikleri hukukun ahlaki değerinin “her şey dikkate alınarak” belirleneceğini düşündüğünü göstermektedir. Alternatif durumun ulaşılabilirliğine yapılan vurguyu ele alalım. Kramer mevcut durumun ahlaken değerli olarak görülüp görülemeyeceğini alternatifte ulaşmak için katlanılacak olan ahlaksızlığın boyutuna göre belirler. Dolayısıyla, bir nevi iki durum arasında bir tartma, kıyaslama işlemi gerçekleştirir. Mevcut rejimin ahlaka aykırı sonuçları, daha iyi alternatifte ulaşmak için yol açılacak ahlaka aykırı durumlardan daha önemsiz veya katlanabilirse, mevcut rejimin toplumsal düzeni sağlamasından bahisle ahlaki bir değerinin olduğunu söyleyebiliriz. Kramer bu tespitte bulunabilmemiz için toplumsal düzenin tesisinden kaynaklanan ahlaki doğruluk ile aynı hukuk sisteminin gayriahlaki yönleri arasında bir tartma gerçekleştirilmesi gerektiğine vurgu yapmaz. Hukuk sisteminin gayriahlaki yönleri toplumsal düzenin tesisinden kaynaklanan ahlaka uygunluğa ağır bassa dahi, alternatifte, yani daha ahlaki bir sisteme ulaşmak için katlanılacak gayriahlakilik hukuk sisteminin olumsuz sonuçlarına ağır bastığı sürece sistemin ahlaki bir değeri olduğundan bahsedebiliriz.

²⁰⁰⁸ Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, op. cit., s. 209.

²⁰⁰⁹ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, op. cit., s. 332.

²⁰¹⁰ *Ibid.*

Joseph Raz’a göreyse hukuk sisteminin minimum düzeyde de olsa ahlaki bir değeri olduğundan bahsedebilmek için alternatifte kıyasla bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Yenilen eylem sebepleri nasıl birer eylem sebebi olmaya devam ediyorsa, bir hukuk sisteminin yol açtığı ahlaka aykırılık sistemden kaynaklanan ahlaki değere ağır bassa da hukuk sisteminin belli bir ahlaki değere sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, eğer etkili olan bir hukuk sisteminde toplumsal düzenin mevcut olacağını ve toplumsal düzenin ahlaken arzu edilir olduğunu kabul edersek, hukuk sisteminin hukuk sistemi olması dolayısıyla ahlaki bir değere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Raz’ın düşüncesi basit ve yukarıda bağlayıcılık kavramını tartışırken üzerinde sıklıkla durduğumuz bir mantığa dayanıyor. Kanımızca bir eylemin ahlaki değeri muhatabın söz konusu eylemi yerine getirmek için ahlaki bir sebebinin bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenebilir. Toplumsal düzen ahlaki bir erdemse, her muhatabın toplumsal düzene uymak için en azından belli bir güçte ahlaki sebebi bulunuyor demektir. Dolayısıyla, muhataplarının söz konusu sisteme uymak için ahlaki sebebi mevcuttur. Muhatabının uymak için ahlaki bir eylem sebebi bulunduğu bir sistemin ise ahlaki değeri olmadığını söylemek anlamlı olmayacaktır. Raz hukuk sisteminin içkin bir ahlaki değerinin olmasının, pek çok yazarın çıkardığı sonucun aksine, hukuka uyma yönünde *prima facie* bir yükümlülük olduğu anlamına gelmediğini belirtir²⁰¹¹. Bunun nedeni ise muhatapların somut durumda hukuka uymamak için hukukun içkin ahlaki değerinden daha güçlü bir ahlaki sebebe sahip olabilecek olmasıdır.

Kramer’in analizinde içerik ve ahlaki değer açısından tamamen özdeş olan hukuk sistemlerinin, bunların ulaşılabilirliği temelinde ahlaki değer açısından farklı değerlendirilmesi mümkündür. Tamamen varsayıma dayalı bir örnek verelim. A devletinin vatandaşları diyaloga önem veren, yenilikçi ve değişikliğe açık insanlar olsun. A’nın hukuk sistemi her ne kadar toplumsal düzeni sağlamakta başarılı olan ve etkili bir hukuk sistemi olsa da belli bir etnik azınlığın siyasi haklarının sınırlandığı, azınlığa mensup olmayan vatandaşların iki oy hakkının olduğu bir sistem olsun. B devleti ise muhafazakâr ve değişim karşıtı vatandaşlara sahip olsun. Etnik azınlığın siyasi katılım hakkına ilişkin A devletindeki durum da aynen geçerli olsun. Yine

²⁰¹¹ Bkz. Raz, *Ethics in the Public Domain*, op. cit., s. 227, dn. 12.

varsayalım ki A devletinin ilerlemeci, yenilikçi ve açık görüşlü vatandaş profili nedeniyle siyasi diyalog aracılığıyla etnik azınlığa yönelik haksızlık şiddete başvurulmaksızın ortadan kaldırılabilir. B devletinin muhafazakâr vatandaşlarının ise etnik azınlığın siyasi haklarının diğer vatandaşlarla eşit konuma getirilmesine canları pahasına karşı çıkacağını düşünelim. Kramer'ın analizine göre B devletinde alternatif hukuk sistemine ulaşmak için büyük ihtimalle vatandaşların önemli bir bölümünün silahlı bir mücadele neticesinde öldürülmesi gerekeceği için ve alternatife ulaşmak için ödenecek ahlaki bedelin ağır olması nedeniyle toplumsal düzeni sağlamakta başarılı olan B hukuk sisteminin ahlaken belli bir değere sahip olacağını söylemeliyiz. İlerlemeci, diyaloga önem veren ve uzlaşmacı vatandaşlardan oluşan A devletinin hukuk sistemi ise ahlaken daha arzu edilebilir bir alternatife ulaşmak mümkün olduğu için ahlaki değerden yoksun olarak görülecektir. Dolayısıyla, sorun olan yalnızca aynı durumdaki hukuk sistemlerinin farklı ahlaki değere sahip olması değil, ahlaki eksiklerini gidermeye elverişli bir hukuk sisteminin ahlaken daha değersiz görülmesidir²⁰¹².

Kanımızca ahlaki değer konusunda Joseph Raz'ın yaklaşımı daha yerindedir. Buna göre, bir sistemin veya düzenin ahlaken belli bir değere sahip olması için varlığı yokluğuna yeğ olan bir iyiye hizmet ediyor olması yeterlidir. Eğer düzenden kaynaklanan ahlaki kötülük iyiliğe baskınsa, elbette bu düzenin değiştirilmesi gerektiği söylenebilir. Tabii ki bu düzenin değiştirilip değiştirilmeyeceği düzenin ahlaki kötülüğünün ve değişim sürecinde ortaya çıkabilecek ahlaka aykırılıkların karşılaştırılması neticesinde kararlaştırılacaktır. Yine de bu sonraki aşamalarda değerlendirmelerimiz ne olursa olsun, başlangıçtaki düzenin ahlaken belli bir değere sahip olduğunu kabul etmemiz gerekir. Buradaki yaklaşım zayıf anlamda bağlayıcılık kavramıyla da uyumludur. Eğer muhatabın bir hukuk normuna uymak için belli bir eylem sebebi varsa, en nihayetinde normun ihlal edilmesi gerekse bile normun geçerli olduğu kabul edilmelidir. Benzer şekilde, ahlaki değere sahip bir düzeninde en nihayetinde değiştirilmesi, düzene isyan edilmesi gerekebilir.

²⁰¹² Elbette burada iki düzen arasında ahlaki değer açısından değerlendirilmesi gereken başka bir husus olmadığını kabul ederek örneği oldukça basite indirgiyoruz.

Ancak, buradan tartışmada haklı olanın Raz olduğu ve hukuk sisteminin salt toplumsal düzeni veya yalnızca hukuk aracılığıyla ulaşılabilecek başka bir ahlaki değeri sağladığı için ahlaki değere sahip olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Kramer'ın ek bir argümanı daha vardır. Buna göre, hukuk düzeni yalnızca ahlaken değerli amaçlara değil, ahlaka aykırı amaçlara ulaşmak için de vazge ilmezdir²⁰¹³. Raz'ın hukuk sisteminin ahlaki değerine ilişkin argümanı araçsal bir argümandır. Raz başka bir yerde araçsal rasyonaliteyi bir mit olarak nitelendirirken, aracın ahlaki değerinin amaçtan kaynaklandığını, ancak ahlaken değerli araçları benimsemek için bir eylem sebebimiz olabileceğini belirtir²⁰¹⁴. Toplumsal düzen arg masının ileri s rd ğu de toplumsal düzen ahlaki bir değer olduğu ve etkili bir hukuk sisteminin mutlaka toplumsal düzeni sağlayacağı için bir araç olarak ahlaki değere sahip olduğudur. Doğrusu Joseph Raz, toplumsal düzenin her zaman ahlaken arzu edilebilir olduğunu iddia etmemektedir. Toplumsal düzenin ahlaken değerli olduğunu varsaymamızı ister ki hukukun hukuk olmakla ahlaken değerli olabileceğini, hukuk sistemi olmanın olgusal şartlarının (etkililik, kurumsallık vb.) içkin bir ahlaki değere sahip olabileceğini anlayalım²⁰¹⁵. Bu noktada mühim olan bütün hukuk sistemlerinin sırf hukuk sistemi olmaları sebebiyle garanti ettikleri bir ahlaki değerin olup olmadığıdır. Hukuk sisteminin sırf hukuk sistemi olması nedeniyle sağladığı iyilik veya faydalar genellikle toplumsal işbirliği, toplumsal düzen, öngörülebilirlik vb. olarak ifade edilir. Burada bu sağlananların ahlaki değerini teker teker değerlendirme fırsatımız bulunmamaktadır. Ancak, Gerald Postema ve Joseph Raz arasındaki tartışmayı hatırlayarak bu tür avantajların niçin her zaman ahlaken değerli olmayacağına ilişkin bir izlenim edinebiliriz. Gerald Postema hukukun genel amacının toplumsal işbirliği sağlaması olduğunu ifade eder²⁰¹⁶. Joseph Raz ise toplumsal işbirliğinin ahlaken doğru olabileceğini ve hukukun toplumsal işbirliğini sağlamak yönünde katkı yapacağını kabul etmekle birlikte, toplumsal işbirliğinin kendinde bir ahlaki değer olmadığını vurgular. Örneğin, suç işlemek için işbirliği yapmak ahlaken doğru olarak nitelendirilemez²⁰¹⁷. Hukuk sisteminin halkın sistematik bir biçimde sömürülmesini sağlamak yönünde belli elitler arasında işbirliği sağlaması,

²⁰¹³ Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, ss. 333-334.

²⁰¹⁴ Raz, *From Normativity to Responsibility*, *op. cit.*, s. 141.

²⁰¹⁵ örn. bkz. Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, ss. 226-227.

²⁰¹⁶ Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", *op. cit.*, s. 89.

²⁰¹⁷ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, *op. cit.*, ss. 386-387.

söz konusu işbirliğinin ahlaken değerli olduğu ve dolayısıyla hukuk sisteminin de bu değer için aracı olarak değer taşıyacağı anlamına gelmez. Toplumsal düzen, öngörülebilirlik ve belirlilik için de benzer değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Hukuk sisteminin toplumsal düzeni ahlaken meşru olmayan baskı ve cebirle sağlaması durumunda ortada ahlaki bir değer bulunduğundan bahsedemeyiz. Fuller’a Summers ve Hart tarafından yöneltilen eleştirileri hatırlarsak, öngörülebilirlik ve belirliliğin de içkin bir ahlaki değere sahip olmadığı, bunların şekli kavramlar olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla, muhatapların devlet tarafından kendisine uygulanacak zulmü önceden bilmesinde ahlaki bir değer bulunamaz.

Raz’ın şu tespitini ele alalım: “*Ancak, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olması, yürürlükteki her hukuk sisteminin ahlaken belli bir değeri olması veya aynı zamanda pek çok ahlaki kötülüğe yol açsa da ahlaken bazı iyilikler de yapması çok muhtemeldir*”²⁰¹⁸. Eğer yürürlükte olan hukuk sistemlerine ilişkin ampirik bir çalışma yürütürsek çok büyük ihtimalle her hukuk sisteminin belli bir ahlaki değere sahip olduğunu görürüz. Ancak bu tespit hukukla ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu değil, bizim zamanımızda yürürlükte bulunan hukuk sistemlerinin belli bir ahlaki değere sahip olduğunu gösterir. Alıntındaki “muhtemel” ifadesi işleri yalnızca daha da karıştırmaktadır. Raz hukuk ve ahlak arasında muhtemel bir zorunlu bağlantının bulunduğuna inanmakta gibidir. Ancak söz konusu bağlantı muhtemel olduğu sürece zorunlu olamayacaktır.

Her hukuk sisteminin minimum bir ahlaki değere sahip olmasının zorunlu olduğu, pozitivistler tarafından hukuk sisteminin geçerliliğinin şartı olarak görülen kavramlara atıfla gösterilmeye çalışılabilir. Daha önce de vurguladığımız gibi Raz bir toplumsal düzenin hukuk sistemi olabilmesi için etkililik ve kurumsallık²⁰¹⁹ olmak üzere iki şartı olduğunu düşünmektedir²⁰²⁰. Eğer ahlaken hiçbir değeri olmayan bir hukuk sisteminin etkili veya kurumsal olamayacağı gösterilebilirse, hukuk ve ahlak

²⁰¹⁸ Raz, *Ethics in the Public Domain*, op. cit., s. 227.

²⁰¹⁹ Hatırlanacağı üzere yukarıda kurumsallığa ve dışlama tesine dair yaptığımız açıklamalar neticesinde bu kriter ve testlerin genel olarak etkili olmak şartına kaydadeğer bir katkı yapamadığı sonucuna varmıştık. Kurumsallığın iki şartından biri olan hukuki uyumsuzlukları çözmekle yetkilendirilmiş kurumların mevcudiyetini hukuk sisteminin varlığı açısından bir şart olarak görmeyip, ancak etkililiğe katkı sağladığı ölçüde bu kriterin değerlendirmeye dâhil edileceğini belirtmiştik. Dolayısıyla, buradaki açıklamalarımız etkililik kavramına odaklanacaktır.

²⁰²⁰ Bkz. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 45.

arasında zorunlu bir bağın bulunduğu, niçin her hukuk sisteminin minimum bir ahlaki değere sahip olacağı gösterilebilir. Örneğin, ahlaken değerli bir hukuk sisteminin değersiz bir hukuk sistemine göre daha etkili olmasını bekleyebiliriz. İnsanlar genellikle ahlaka aykırı bir düzene uymaktansa, ahlaki bir düzene uymayı tercih edeceklerdir. Ancak, bu genel eğilim her durum açısından geçerli değildir. Bir başka deyişle, hukuk sisteminin ahlaki değeri ile etkililiği arasında illiyet bağı yoktur. Etkililik olgusal bir kavramdır ve ahlak muhatapların ahlaken değerli bir hukuk sistemine uymasını salık verse dahi, ahlaken değerli bir hukuk sisteminin etkisiz olması mümkündür.

Ayrıca olası bir argümanın göstermesi gereken ahlaken değersiz bir hukuk sisteminin eninde sonunda etkililiğini yitireceği değil, başlangıçtan itibaren etkili olamayacağıdır. Nitekim eğer bir toplumsal düzenin ahlaki bir değere sahip olmadan belli bir süre için bile etkili olabileceğini kabul edersek, geçerlilik açısından hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı bulunmadığından bahsedebiliriz. Eğer tek bir hukuk sistemi bile ahlaki bir değer taşımadan var olabiliyorsa, hukukla ahlak arasında Raz tarafından savunulan zorunlu bağlantı, yani hukukun sırf hukuk sistemi olması dolayısıyla ahlaki değere sahip olacağı iddiası yanlışlanmış olacaktır.

Hukuk sisteminin ahlaki bir değere sahip olabileceği düşüncesinin Hart'ın doğal "hukukun minimum içeriği" düşüncesine dayanılarak savunulması da mümkündür. Hart hukuk ve ahlakın içeriği arasında minimum bir uyuşmanın bulunmasının doğal bir zorunluluk olduğunu iddia eder²⁰²¹. Biz Hart'ın bu düşüncesini yukarıda değerlendirdiğimiz için burada detaya girmiyoruz. Sonuç olarak, Raz'ın argümanlarının hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunduğunu göstermekten uzak olduğunu, ancak ileri sürülen argümanların kesin biçimde reddedilebilmesi için bizim burada gerçekleştirebileceğimizden çok daha detaylı bir çalışmanın gerekli olduğunu söyleyebiliriz.

²⁰²¹ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 193 vd.

b. John Gardner ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi

John Gardner “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*” başlıklı makalesinde hukuki pozitivizm hakkındaki mitlere değinir. Yazarın ele aldığı mitlerden bir tanesi de ayrılabilirlik (*no necessary connection*) tezidir. Gardner’a göre bu tez general itibariyle hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin olmadığını ifade eder²⁰²². Ancak, yazara göre bu tez saçmadır ve önemli hiçbir filozof bu tezi bu hâliyle savunmamıştır. Ahlak ve hukuk herhangi bir açıdan zorunlu olarak benzer olduğu sürece hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğundan bahsedilebilir. Örneğin her ikisinin de geçerli normlar içermesi iki alan arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu göstermektedir²⁰²³. Ayrıca Gardner Austin, Kelsen, Hart gibi önemli isimlerin de hukukun doğasını açıklarken hukuk ve ahlak arasındaki farklı bağlantılara dayandıklarını belirtir²⁰²⁴.

Gardner hukuk ve ahlaka arasında zorunlu bir bağlantının bulunamayacağı mitini Hart’ın Austin ve Betham’ın hukuki pozitivizmi savunurken dile getirdikleri “hukukun varlığı bir şeydir; fazilet [*merit*] veya kusuru [*demerit*] başka bir şey” ifadesinin²⁰²⁵ esasen hukuki pozitivizmi savunmak üzere ileri sürülmüş bir ifadeyken, ayrılabilirlik tezini destekleyen bir ifade olarak yorumlanmasına dayandırır²⁰²⁶. Dolayısıyla, kısaca da olsa Hart’ın ilgili düşüncelerine yer vermekte fayda vardır.

Hart, Bentham’ın hukukun olduğu hâli ve olması gereken hâlinin farklılığına dikkat çektiğini vurgular²⁰²⁷. Bentham “*Fragments on Government*” başlıklı eserinde ünlü İngiliz hukukçu William Blackstone’un Tanrı’nın emirlerine aykırı hukukun geçersiz olduğu iddiasını²⁰²⁸ eleştirirken bu ilkenin tehlikeli olduğunu ve Doğanın Kanunlarına aykırı olmasa bile uygunsuz (*inexpedient*) olan her hukuka karşı insanları

²⁰²² Gardner, “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*”, *op. cit.*, s. 222.

²⁰²³ *Ibid.*, s. 223.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ Bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, s. 157.

²⁰²⁶ Gardner, “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*”, *op. cit.*, s. 223.

²⁰²⁷ Hart, “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, *op. cit.*, ss. 597-598. Ayrıca bkz. Bentham, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, ss. 237-238.

²⁰²⁸ Örn. bkz. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, ed. WM. Hardcastle Browne, Saint Paul: West Publishing, 1897, s. 8

silahlanarak ayaklanmaya davet edeceğini belirtir²⁰²⁹. Hart ayrıca olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayrımın Austin tarafından da devam ettirildiğini vurgular²⁰³⁰.

Austin hukukun varlığının ve ahlaki değerinin farklı hususlar olduğunu ve hukuk kuralının ahlaka uygun olmadan da varlığını sürdürebileceğini belirtir²⁰³¹. Sonrasında tıpkı Bentham gibi o da Blackstone'un görüşlerini eleştirir. Austin'in eleştirisinin hedefinde Bentham'ın da dikkat çektiği gibi Tanrı'nın emirlerine aykırı olan ve insanlar tarafından yapılmış kanunların geçersiz olacağı düşüncesi bulunur. Austin bu ifadeden kastın insan yapımı kanunların Tanrı'nın emirlerine uygun olması gerektiği olabileceğini, eğer bu doğruysa Blackstone ile aynı fikirde olduğunu belirtir²⁰³². Bunun nedeni bir insanın başına gelebilecek olan en büyük kötülüğün Tanrı'nın emirlerine aykırı davranmaktan gelmesi ve insan yapımı kanunlara aykırılık durumunda bu kötülükle yarışabilecek bir yaptırımın olmamasıdır²⁰³³. Dolayısıyla, eğer insan yapımı bir kanun Tanrı'nın emirleriyle çatırırsa, uyulması gereken norm Tanrı'nın emridir, Tanrı'nın emirlerinin bağlayıcılığı insan yapımı kanunlarınkinden güçlüdür. Böylelikle daha büyük bir kötülükten kaçınmış oluruz²⁰³⁴. Ancak, Austin bu iddianın kabul edilebilecek olsa da yeni bir şey söylemediğini belirtir²⁰³⁵. Benzer şekilde, eğer Blackstone'un iddiası insanlar tarafından yapılan kanunların Tanrı'nın emirlerine uygun olması gerektiği, aksi takdirde kanun koyucuların Tanrı tarafından cezalandırılacağı ise, Austin yine hemfikirdir²⁰³⁶.

Bununla birlikte, Austin'e göre Blackstone'un ifadelerinin en makul yorumu İlahi hukuk ile çelişen insan yapımı kanunların bağlayıcı olmadığı, hukuk niteliği taşımadığı, yani geçersiz olduğudur²⁰³⁷. Austin'e göre bu iddia anlamsızdır. Nitekim Tanrı'nın iradesine aykırı insan yapımı kanunlar tarih boyunca egemen tarafından

²⁰²⁹ Bentham, *A Fragment on Government*, op. cit., ss. 213-214. Belirtelim ki Blackstone'a göre Doğa Kanunları (*Laws of Nature*) ile İlahi Hukuk (*Divine Law*) aynı anlama gelir. Nitekim doğa kanunları da Tanrı tarafından konmuştur (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, op. cit., ss. 7-8).

²⁰³⁰ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", op. cit., ss. 596-597. Austin'in görüşü için bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., ss. 157-158.

²⁰³¹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., s. 157.

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ *Ibid.*, ss. 157-158.

²⁰³⁵ *Ibid.*, s. 158.

²⁰³⁶ *Ibid.*

²⁰³⁷ *Ibid.*

yasaklanmış ve mahkemeler tarafından uygulanagelmıştır²⁰³⁸. Tanrı'nın emirleri dolayısıyla egemenin yarattığı kanunların uygulanmasına bir istisna yaratılması dünyanın yaratılışından beri görülmemiş şeydir²⁰³⁹. Bu noktada Austin'in akıl yürütmesi eleştirilebilir. Nitekim karşı kampın bakış açısından belli irade açıklamaları doğrultusunda bu irade açıklamalarına aykırı davranan insanların cezaya çarptırılması, uygulanan şeyin geçerli birer norm olduğunu göstermeye yetmez. Buradaki eksiklik Austin tarafından hukukun geçerliliğinin ve bağlayıcılığının bir yaptırımın varlığıyla özdeşleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bağdaştırmamız neticesinde ulaştığımız aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışının bu gibi durumlarda uygulanan hukukun niçin hâlâ geçerli kabul edilebileceği gösterilebilir. Yaptırımın varlığı tek başına bir hukuk kuralının geçerliliğini garanti etmiyor olabilir. Ancak, sistemsal kriterlere uygun biçimde ihdas edilen (Austin'in teorisinde muhatapların kendisine alışkanlık olarak uyduğu bir egemen tarafından yaptırım tehdidiyle birlikte açıklanmış olmak) bir norma uymak yönünde sahip olunan sağduyu kaynaklı sebep, irade açıklamasının bir norma vücut verdiğini göstermeye yeter. Bu norma uymanın gerekip gerekmediği, yani normun güçlü anlamda bağlayıcı olup olmadığı ayrı bir husustur. Bu durumda ahlaki sebepler doğrultusunda uymaması gereken bir kanunu ihlal ettiği için idam edilen kişi "doğru" eylemi gerçekleştirmiş ve bunun bedelini maalesef canıyla ödemiştir²⁰⁴⁰. Bu durumun vahametine rağmen ahlaka aykırı hukuk kuralı, muhataplarının uymak için sebebi olan, geçerli bir hukuk kuralıdır²⁰⁴¹.

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ *Ibid.*

²⁰⁴⁰ Burada bir kez daha ahlaki olması gerekenlerin her durumda sağduyu kaynaklı olması gerekenleri yendiğini varsayıyoruz. Eğer en azından uç durumlarda sağduyu kaynaklı sebeplerin ahlaki sebepleri yenmesine müsaade edilirse, gayriahlaki norma uymadığı için idam edilen kişinin irrasyonel olduğu iddia edilebilir.

²⁰⁴¹ Burada şunu vurgulamak isteriz: Muhatabın somut durumda yapması gereken doğrultusunda bir hukuk kuralını ihlal etmesi ve "doğru" eylemi gerçekleştirmesi, bu eyleme ilişkin bir davada hâkimin mutlaka hukuku ihlal eden muhataba yaptırım uygulamaktan kaçınmasını gerektirmez. Hâkimin karar verirken tabi olduğu eylem sebepleri ile muhatabın sahip olduğu eylem sebepleri birbirinden farklıdır. Elbette, muhatabın her şey dikkate alındığında doğru eylemi gerçekleştirmiş olması hâkimin yaptırım uygulamaktan kaçınması yönünde bir sebeptir. Bununla birlikte, hâkimlerin görevi öncelikle hukuku uygulamaktır. Keza hâkimlerin hukuka göre karar verme yönünde ahlaki ve sağduyu kaynaklı başkaca sebepleri de olabilir ve çoğu durumda vardır. Bir muhatabın hukuku ihlal ederek doğru eylemi gerçekleştirmiş olması ayrı, bu muhataba yaptırım uygulamaktan kaçınan hâkimin doğru davranması ayrı bir husustur.

Bununla birlikte, Austin Blackstone'un tezinin yalnızca çocuksu (*puerile*) değil, aynı zamanda zararlı da olduğunu belirtir²⁰⁴². Bunun nedeni ilahi emirlerin çoğu zaman belirsiz olması ve Tanrı'nın emirlerine aykırı hukuk kurallarının geçersiz olduğu düşüncesinin bu belirsizlikten istifade eden grupların hoşlarına gitmeyen kanunlara karşı isyan etmesine davetiye çıkarmak anlamına gelmesidir²⁰⁴³.

Hart yararcı yazarların hukuk ve ahlakın ayrılmasıyla iki hususu kastetmediklerini ifade eder. İlk olarak yararcılar hiçbir zaman tarihsel olarak hukuk sistemlerinin gelişiminin ahlaki düşünceden etkilenmediğini veya hukuk kurallarının ahlaki kural ve ilkelerle aynı içeriğe sahip olamayacağını iddia etmemişlerdir²⁰⁴⁴. İkinci olarak ne Bentham ne de takipçileri açık hükümlerin yönlendirmesiyle ahlaki ilkelerin hukuk sisteminin parçası olabileceğini ve hâkimlerin kimi zaman adil olduğunu düşündükleri kararı veremeyeceğini iddia etmiştir²⁰⁴⁵. Örneğin Bentham, üstün yasama organının yetkililerinin bile anayasa ile sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir²⁰⁴⁶ ve Hart'a göre Bentham bu anayasanın içeriğine ahlaki ilkelerin yerleştirilmesine itiraz etmeyecektir²⁰⁴⁷. Austin ise egemenin yetkisi üzerindeki anayasal sınırların sözde sınırlar olduğunu, hukuken bir şey ifade etmediklerini ve ancak siyasi ya da ahlaki denetim mekanizmaları olarak görülebileceklerini belirtir²⁰⁴⁸. Bununla birlikte, Hart'a göre Austin egemen tarafından verilen düzenleme yetkisinin yine egemen tarafından ahlaka uygun biçimde kullanılacağını öngörülebileceğini kabul edecektir²⁰⁴⁹. Buna göre, Bentham ve Austin'in ifade etmek istedikleri bir hukuk kuralının geçerliliğinin kuralın ahlaki standartlara aykırılığından etkilenmeyeceğinden öte geçmemektedir²⁰⁵⁰.

Hart'a göre yararcılık üç farklı tez ileri sürer. Bunlardan bir tanesi hukuk ve ahlakın ayrılığı, diğeri hukukun doğasını kavramamızda hukukun kendine özgü sözcüklerinin anlamlarına ilişkin saf analitik çalışmaların en az tarihsel veya sosyolojik çalışmalar kadar önemli olduğudur. Son olarak hukukun emir teorisi, yani hukukun

²⁰⁴² Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.* s. 158.

²⁰⁴³ *Ibid.*, s. 159.

²⁰⁴⁴ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 598.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, s. 599.

²⁰⁴⁶ Bkz. Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart, Londra: University of London Athlone Press, 1970, ss. 67-70.

²⁰⁴⁷ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 599.

²⁰⁴⁸ Örn. bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, ss. 239-240.

²⁰⁴⁹ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *op. cit.*, s. 599.

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

özünde bir emir olduğu tezi gelir²⁰⁵¹. Hart’a göre ayrılabilirlik tezinin incelenmesinde düşülen hatalardan bir tanesi bu tezlerden birinin yanlışlığının diğerlerinin de yanlış olduğu şeklinde yorumlanmasıdır. Oysa bu üç tez birbirinden bağımsızdır ve ayrılabilirlik tezi emir temelli hukuk teorisini reddetsek dahi savunulabilir²⁰⁵².

Gardner Hart’ın hukuk ve ahlak arasında bağlantı olmadığını savunuyormuş gibi öne sürdüğü argümanları ayrılabilirlik tezinin değil, hukuki pozitivizmin savunusu olarak yorumlamak gerektiğini düşünür²⁰⁵³. Sonrasında da hukuki pozitivizm ile ayrılabilirlik tezi arasındaki farklara değinir. Buna göre hukuki pozitivizm iki anlamda ayrılabilirlik tezinden daha genişken, iki anlamda daha dardır²⁰⁵⁴. İlk olarak hukuki pozitivizm yalnızca hukuki geçerliliğin şartlarıyla ilgili olması dolayısıyla ayrılabilirlik tezinden daha dardır. Hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olamayacağı tezi hukuki geçerlilik alanından çok daha geniş bir alana ilişkindir²⁰⁵⁵.

İkinci olarak hukuki pozitivizm hukuki geçerliliğin ahlaki doğruluğa bağlı olmadığını iddia ederek tek yönlü bir bağlantıya ilişkin olduğu için ayrılabilirlik tezinden daha dardır²⁰⁵⁶. Bir başka deyişle, pozitivistler hukuki geçerliliğin ahlaka aykırılıktan etkilenmeyeceğini düşünse de hukuken geçerli olmanın ahlaken değersiz olduğunu düşünmezler²⁰⁵⁷. Hobbes, Bentham ve Hart gibi yazarlar geçerli hukuk normlarının zorunlu olarak belli bir ahlaki değere sahip olduğunu ifade etmişlerdir. Ayrılabilirlik tezi ise hukuk normlarının geçerli olmalarının ahlaki açıdan bir değer taşıdığını reddeder²⁰⁵⁸. Bu noktada Gardner da Raz ile paralel düşünmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Raz’a göre hukuki geçerliliğin ahlaka uygunluğa bağlı olmaması, hukuki geçerliliği belirleyen toplumsal olguların hukuk normu veya sistemine ahlaki bir değer atfetmediği anlamına gelmez²⁰⁵⁹.

Şimdi hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezinden daha geniş olduğu alanlara değinelim. Hukuki pozitivizm yalnızca hukukun geçerliliğinin ahlaki değerinden değil,

²⁰⁵¹ *Ibid.*, s. 601.

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 223.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, s. 224.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ *Ibid.*

²⁰⁵⁹ Bkz. Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, ss. 226-227.

herhangi bir açıdan taşıdığı söylenebilecek olan değerden de bağımsız olduğunu iddia ettiği için ayrılabilirlik tezinden daha geniştir²⁰⁶⁰. Gardner’a göre hukuki geçerlilik ekonomik veya estetik değerlerden de bağımsızdır. Ayrıca, hukuki pozitivistizmin hukukun geçerliliğinin yalnızca belli bir amaca yönelik araç olarak anlaşılmasına da karşı çıkması icap eder²⁰⁶¹. Ayrılabilirlik tezi bu diğer alanlara ilişkin bir yasak getirmez.

Son olarak, kendisini sert pozitivist olarak tanımlayan Gardner, hukuki pozitivistizmin yasağının yalnızca hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında zorunlu görülebilecek bağlantılara değil, olumsal bağlantılara da genişlediğini belirtir²⁰⁶². Bir başka deyişle, yumuşak pozitivistlerin iddia ettiğinin aksine bir hukuk sisteminin Tanıma Kuralının atfıyla ahlaki kriterlerin hukuki geçerliliğinin belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir. Ancak, Gardner bu konuda pozitivistler arasında tartışma olduğunu belirterek hukuki pozitivistizmin bu anlamda ayrılabilirlik tezinden daha geniş kapsamlı *olabileceğini* belirtmekte karar kılar²⁰⁶³.

Matthew Kramer, Gardner’a birtakım eleştiriler yöneltir. Esasında, Kramer’in “*On the Separability of Law and Morality*” makalesindeki eleştirileri yalnızca Gardner’ı değil, ayrılabilirlik tezinden şüphe duyan bütün pozitivistleri hedef almaktadır. Biz burada yalnızca Gardner’a yöneltilen eleştirilere yer verdir ve diğer düşünürlere dair eleştirileri ilgili yerlerde ele aldık.

Kramer son dönemlerde pozitivistler arasında ayrılabilirlik tezinin doğruluğuna ilişkin şüphelerin arttığına dikkat çeker. Yazar bunun sebebi olarak Joseph Raz’ın ayrılabilirlik tezini reddini ve ondan etkilenen diğer pozitivistlerin de Raz’ı takip etmesini görür²⁰⁶⁴. Gardner da Raz’ı takip eden pozitivistlerden biridir. Kramer’in eleştirisi Gardner’ın benzer olan şeyler arasında zorunlu olarak bağlantı olduğu

²⁰⁶⁰ Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 224. Leslie Green de “kaynak tezi”ne atıfta bulunarak bu tezin ayrılabilirlik tezinden daha katı olduğunu, çünkü hukukun geçerliliğinin ve içeriğinin toplumsal olgular dışında değerlendirici bir kritere başvurularak belirlenemeyeceğini iddia ettiğini belirtmektedir (Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 41). Gardner’ın pozitivistizmi Raz’ın kaynak tezine dayanan sert pozitivist bir teoridir.

²⁰⁶¹ Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 224.

²⁰⁶² *Ibid.*, ss. 224-225.

²⁰⁶³ *Ibid.*

²⁰⁶⁴ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, s. 315.

düşüncesine saldırmakla işe başlar. Kramer'in ifadelerine aynen yer vermeyi uygun görüyoruz:

“Gardner’in argümanı ahlak ve neredeyse diğer her şey arasında zorunlu bağlantıların kurulmasını desteklediğinden bir şeylerin ters gittiğini söyleyebiliriz. Örneğin ahlak ve Jüpiter gezegeni her ikisinin de kremalı turta olmaması açısından benzerdir. Ayrıca hiçbir boş bir sayfa olmadığı için de benzerdir. Bu böyle gider, ahlak ve Jüpiter arasındaki bu tür benzerlikler sayısızdır. Öyleyse Gardner’ın anlayışına göre bu ikisinin arasındaki zorunlu bağlantılar sayısızdır... Bu nedenle ahlak ve Jüpiter arasında zorunlu bağlantı olmadığı iddiası açıkça söylemek gerekirse yanlıştır.”²⁰⁶⁵

Kramer’a göre eğer hukuk ve ahlak arasında zorunlu bağlantıların bulunamayacağı tezini ileri sürmek mümkünse, bu tez iki normatif düzen arasında akıl edilebilen hiçbir bağlantının olmadığını değil, ilgili açılardan aydınlatıcı ve doğru olan bir yaklaştırma (*approximation*) olmadığını ifade etmek için ileri sürülecektir²⁰⁶⁶. Dolayısıyla, bu tür stenografik bir formülasyonun her açıdan doğru olmadığını ifade etmekle kazanacağımız bir şey yoktur²⁰⁶⁷.

Bununla birlikte, Kramer ahlak ve hukuk arasındaki bağlantıların ahlak ve Jüpiter arasında olanlardan daha çarpıcı olduğunu ve hukukun hiç de ahlakla ilişkisi olmayan bir fenomen olmadığını kabul eder²⁰⁶⁸. Bununla birlikte, hukuki pozitivistlerin ayrılabilirlik teziyle reddettiği şey doğal hukukçu teorisyenlerin hukuk ve ahlak arasında var olduğunu öne sürdüğü hemen hemen bütün bağlantıların zorunlu olduğudur²⁰⁶⁹. Kanımızca Kramer tarafından dile getirilen bu son husus hayati öneme sahiptir. Netice itibariyle hukuki pozitivism doğal hukuk teorilerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle pozitivismin temel tezlerinin doğal hukukun temel ilkelerine bir itiraz olarak formüle edilmesi yalnızca olası değil, günümüzde aşağı yukarı hâkim hukuk teorisi hâline gelmiş olan hukuki pozitivismin temsilcilerinin kendi aralarındaki anlaşmazlıkların aydınlatılması için de önemlidir.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, ss. 315-316.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, s. 316.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

²⁰⁶⁹ *Ibid.*, ss. 316-317.

Kramer'ın sonraki hedefi Gardner'ın Hart'ın ayrılabilirlik tezini desteklediği izlenimi yarattığı yönündeki eleştirisidir. Kramer'a göre Hart'ı ayrılabilirlik tezinin pozitivist bir tez olduğu izleniminin yaratılmasına beceriksizce (*bungling*) katkıda bulunduğu için kınamak yerine ayrılabilirlik tezi (*no necessary connection*) ifadesini kullanmasının nedeninin “hukuk ve ahlakın ayrılığı” (*separation of law and morals*) ifadesini kullanmasının nedeniyle aynı olduğunu düşünmemiz gerekir²⁰⁷⁰. Hart hukukun ve ahlakın ayrılığı veya ayrılabilirlik tezi gibi ifadeleri hukuk ve ahlak arasında önemli ve zorunlu bağlantıların bulunduğunu iddia eden bir grup tezi reddetmek amacıyla kullanmaktadır²⁰⁷¹. Kramer, Hart'ın bu ifadeleri birden fazla tezi ifade etmek için kullandığını, hukuk ve ahlak arasında bulunduğu her hukuk teorisini tarafından kabul edilebilecek olan bağlantıları reddetme amacı taşımadığını göstermek ister. Bunun için Hart'ın Gardner tarafından esas alınan “*Legal Positivism and Separation of Law and Morals*” başlıklı makalesi ile “*The Concept of Law*”dan alıntılar yapar²⁰⁷².

Kramer, Gardner'ın pozitivism anlayışını sınırlı bir anlayış olarak nitelendirir. Buna göre, Gardner'ın pozitivismi olan hukuk ve olması gereken hukuk şeklindeki geleneksel ayrıma tekabül eder²⁰⁷³. Buna göre Gardner, Raz'ın kaynak tezini (yani güçlü toplumsal olgu tezini) izleyerek hukuki pozitivismin temel tezi olarak hukuk kurallarının geçerliliğinin ahlaki veya hukuk dışı değerine değil, kaynaklarına bağlı olduğu düşüncesini benimser²⁰⁷⁴. Kramer bu noktada iki soru sorar: 1) Söz konusu formülasyonun, pozitivist olmakla birlikte, pozitivist mesajın tümünü ifade ettiğini söyleyebilir miyiz ve 2) hukuk ve ahlak arasında zorunlu bağlantı olmadığı yönündeki formülasyonun hukuk ve ahlak arasında yalnızca tek bir zorunlu bağı reddeden bir düşünce ekolü açısından kabul edilemeyecek derecede yanıltıcı olduğu konusunda Gardner'a katılmalı mıyız²⁰⁷⁵? Kramer iki sebepten ötürü her iki soruya verilecek yanıtın da olumsuz olduğunu belirtir. Bunlardan ilkinde göre hukuki pozitivismin anlamı zaman içinde değişime uğramıştır. 18. ve 19. yüzyıl pozitivistleri yumuşak pozitivismi tercih ederken²⁰⁷⁶, Raz ve onu izleyenler sert pozitivismin öncüsü olmuşlardır²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, s. 317.

²⁰⁷¹ Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, s. 6.

²⁰⁷² Bkz. Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, ss. 318-319.

²⁰⁷³ *Ibid.*, s. 319.

²⁰⁷⁴ Bkz. Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 201.

²⁰⁷⁵ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, ss. 319-320.

²⁰⁷⁶ bkz. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 599.

Dolayısıyla, eğer pozitivist olmak için 18. ve 19. yüzyıl pozitivizminin anlayışıyla sınırlı kalmak gerekmiyorsa, pozitivist mesajın yalnızca kaynak tezi çerçevesinde ifade edilmesi de doğru değildir²⁰⁷⁸.

İkinci olarak hukuki pozitivizmin tanımını hukuk ve ahlak arasındaki başka zorunlu bağlantıların da reddini içerecek biçimde genişletmediğimiz sürece Ronald Dworkin, Lon Fuller, John Finnis, Stephen Perry, Gerald Postema, Nigel Simmonds, Roger Shiner ve Robert George gibi isimlerin eleştirilerine karşı Hart'ın geliştirdiği savunmaları anlamlandırmamız mümkün olmaz²⁰⁷⁹. Nitekim Kramer'a göre, Hart'ın hukuki pozitivismi genişleten tartışmaları hukuki normativitenin ahlaki normativiteyle özdeşleştirilmeden açıklanabilmesi, hukuk yetkililerinin beyan ve etkileşimlerinin ahlaki değerlendirmeler içermediğinin gösterilebilmesi için önemli bir adım teşkil eder²⁰⁸⁰.

Kanımızca Gardner'ın hukuki pozitivismin temel tezini belirlerken yapmaya çalıştığı hukuki pozitivismin bir tanımını yapmak değil, hukuki pozitivist teorileri diğer hukuk teorilerinden ayıracak olan kriteri belirlemektir. Kramer'ın da atıfta bulunduğu Gardner'ın "*Legal Positivism: 5 ½ Myths*" başlıklı makalesinin ilk bölümü "Hukuki Pozitivismi Ayırmak" (*Isolating Legal Positivism*) başlığını taşımaktadır²⁰⁸¹. Bu bağlamda Gardner hukuki pozitivismin yalnızca bir hukuk kuralının geçerliliğinin ahlaki veya hukuk dışı değerinden ziyade toplumsal olgulardan kaynaklandığını iddia edemeyeceğini belirtir. Ancak bu iddiada bulunmayan bir teorinin hukuki pozitivist bir teori olduğundan bahsedilemez²⁰⁸². Neticede doğal hukukçu veya pozitivism karşıtı teorilerin alamet-i farikası hukuk normunun geçerliliğinin, en azından ahlaka aykırılık belli bir düzeyin üzerindeyken, ahlaki doğruluğuna zorunlu olarak bağlı olduğu iddiasıdır. Bu nedenle de hukuki pozitivist teoriler en azından bu düşünceye zıt bir tez benimsiyor olmalıdır. Yumuşak pozitivistler hukuk sisteminin Tanıma Kuralı tarafından belirtilmesi hâlinde ahlaki değerlerin geçerlilik kriteri olabileceğini kabul ederken, sert pozitivistler ahlaki değerlendirmelere geçerliliğin tespitinde ahlaki kriterlere asla

²⁰⁷⁷ Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, s. 320.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ Bkz. Gardner, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *op. cit.*, s. 199.

²⁰⁸² *Ibid.*

başvurulamayacağını iddia ederler. Dolayısıyla, hukuki pozitivistin minimum şartının yumuşak pozitivist teze göre belirlenmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim sert pozitivistin iddiası daha güçlüdür. Elbette, eğer yumuşak pozitivist tez hatalıysa hangi tezin daha az talep ettiğinin bir önemi kalmaz. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi bu çalışmada bu konuya ilişkin bir taraf belirlemeyecek, her iki anlayışı da “pozitivist” olarak kabul edeceğiz.

c. Jules Coleman ve Ayrılabilirlik Tezi

Jules Coleman’ın ayrılabilirlik tezi anlayışı Gardner’ın belirlediği şekliyle hukuki pozitivistin tezine denk gelir. Ayrılabilirlik tezi ahlaka aykırı hukuk kavramının tutarlı olduğunu iddia eder²⁰⁸³. Coleman’a göre pozitivistin negatif ve pozitif olmak üzere iki temel türü vardır. Hart tarafından savunulan negatif pozitivist bir hukuk kuralının geçerliliği ile ahlaka uygunluğu arasında zorunlu bir bağlantının bulunmadığını savunur²⁰⁸⁴. Pozitif pozitivist ise bir hukuk sistemindeki bütün normlar ahlaken değerli olsa bile, hukuk normunun geçerliliğinin hiçbir şart altında ahlaki değerine bağlı olamayacağını savunur²⁰⁸⁵. Jules Coleman’a göre negatif pozitivist kavramsal olarak çürütülemez ve tasvirî açıdan isabetlidir. Nitekim “hukukun geçerlilik (varlık) kriterlerinin ahlaki doğruluğuyla ilgili olmadığı olası bir dünyanın bulunduğu” iddiasında mantıksal veya kavramsal bir çelişki bulunmamaktadır²⁰⁸⁶. Bu dünyanın olası olması mantıksal çelişkinin yokluğuna işaret ederken, kavramsal çelişkinin yokluğu “gayriahlaki hukuk normu” ifadesinin “geçersiz norm” ifadesine benzer bir çelişki içermemesiyle sabittir²⁰⁸⁷. Kelsen’in de vurguladığı gibi “geçersiz kanun” veya genel olarak “geçersiz norm” gibi ifadeler kavramsal çelişkidir²⁰⁸⁸. Nitekim geçerliliğin normun varlığı olduğu bir yerde norm ancak geçerli olabilir. Oysa “gayriahlaki hukuk kuralı” ifadesinde bu türden bir çelişki bulunmaz. Bir başka deyişle, hukuk kuralının ahlaka aykırı olsa da var olabilmesi mümkündür. Elbette bu yorumun doğruluğu “hukuk

²⁰⁸³ Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 11.

²⁰⁸⁴ Coleman, “Rules and Social Facts”, *op. cit.*, s. 715; Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*, ss. 140-141.

²⁰⁸⁵ Coleman, “Rules and Social Facts”, *op. cit.*, s. 716.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*

²⁰⁸⁷ Bkz. Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 583.

²⁰⁸⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 271.

kurallı” veya “hukuk normu” gibi ifadelerden ne anlaşılacağına bağlıdır. Biz yukarıda bir hukuk normunun ahlaka aykırı olsa bile sağduyu kaynaklı sebepler dolayısıyla norm olmanın “minimum bağlayıcılık” şartını sağlayabileceğini gösterdik. Dolayısıyla, buradaki tespitlerinde Coleman’a katılmakta bir beis görmüyoruz.

Ayrılabilirlik tezinin dar ve geniş yorumları söz konusu olabilir. Coleman’a göre en dar ayrılabilirlik tezi formülasyonu Hart tarafından gerçekleştirilmiştir. Hart’a göre hukuk normları sıklıkla ahlaki talepleri yerine getirip içeriklerinde ahlaki değerlere yer verseler de, bu “sıklık” zorunlu bir gerçeğe işaret etmez²⁰⁸⁹. Coleman Hart’ın burada ahlaki doğruluğun hukuki geçerliliğin şartı olamayacağını vurguladığını belirtir²⁰⁹⁰.

Daha geniş anlamdaki ayrılabilirlik tezi ise hukuki geçerlilik değil hukukla yönetimin (*governance by law*) değeri hakkında bir iddia ortaya atar. Buna göre, geniş anlamda ayrılabilirlik tezi hukukla yönetme ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olmadığını ileri sürer²⁰⁹¹. Coleman’a göre bu daha geniş anlamıyla ayrılabilirlik tezinin doğruluğu “hukukla yönetim zorunlu olarak ahlakidir” ifadesinin ne anlama geldiğine bağlıdır. Eğer bununla hukukla yönetimin zorunlu olarak ahlaki değer üreteceğini, hukukla yönetimin olduğu her durumda ahlakın taleplerine uygunluğun söz konusu olacağını kastediyorsak tez sorunlu hâle gelecektir²⁰⁹². Bu durumda olası her hukuk sisteminin niçin ve nasıl bir ahlaki değer üreteceğinin gösterilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, Coleman’a göre eğer iddia hukukla yönetimin belli ahlaki nitelikler sergilediği, ahlaki ideal veya ilkeleri içerdiği ise ayrılabilirlik tezini reddedenler haklı olabilir²⁰⁹³.

Coleman ayrılabilirlik tezinin çok farklı başka bir iddia ile karıştırılabileceğini vurgular. Bu iddia bir topluluğun hukukunun bir şey, ahlakının başka bir şey olduğunu

²⁰⁸⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, ss. 185-186.

²⁰⁹⁰ Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 583. Ayrılabilirlik tezinin hukuk normunun geçerliliği ile ahlaka uygunluğu/aykırılığı arasında zorunlu bir ilişki olamayacağı şeklindeki bir başka formülasyonu için bkz. Stanley L. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *op. cit.*, s. 319. Bununla birlikte, Leslie Green’e göre Coleman’ın ayrılabilirlik tezi Hart’ın savunduğu tezden daha dardır (Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 1040).

²⁰⁹¹ Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 584.

²⁰⁹² *Ibid.*

²⁰⁹³ *Ibid.*

ifade eder²⁰⁹⁴. Bu iddianın belirsiz olduğunu vurgulayan Coleman’a göre bu iddiadan bir topluluğun hukuki ve ahlaki normları arasında hiçbir çakışma olamayacağı anlamı çıkarılabilir. Bu ise ahlak ve hukuk arasında cinayet, hırsızlık vb. eylemlerin ortak olarak yasaklanması tarafından yanlışlanabilir²⁰⁹⁵. Bu noktada Coleman’ın bir “topluluğun ahlakından” bahsetmesi pozitif ahlakı akla getirmektedir. Nitekim ideal ahlaktan bahsederken belli bir topluluğa atıfta bulunmaya gerek yoktur. Elbette hukuki pozitivizme göre bir hukuk kuralının geçerliliği ile pozitif ahlak arasında da zorunlu bir bağlantı bulunamaz. Bununla birlikte, ayrılabilirlik tezine ilişkin tartışmaların büyük bölümü belli bir topluluğun benimseyip uyguladığı ahlak anlayışı değil, ideal ahlaka ilişkindir²⁰⁹⁶. Ayrıca, daha önce de belirttiğimiz gibi bizim anlayışımızın pozitivist niteliğini tehdit edecek olan da ayrılabilirlik tezinin ideal ahlaka ilişkin kısmıdır. Dolayısıyla, “bir topluluğun hukuku bir şey, ahlakı başka bir şeydir” formülasyonunun gerçekten ayrılabilirlik tezini ifade edip edemeyeceği konusunda daha detaylı bir tartışmaya girmeye gerek görmüyoruz.

Esasen Coleman ayrılabilirlik tezini reddetmez. İddia ettiği husus dar anlamda ayrılabilirlik tezinin, doğal hukukçular tarafından reddedilmesi gerekmediği, bir başka deyişle doğal hukukçu bir anlayışla uyumlu olduğudur²⁰⁹⁷. Diğer bir anlatımla, ayrılabilirlik tezi, yani John Gardner’ın hukuki pozitivizm anlayışı, pozitivist bir anlayış değildir ve doğal hukuk ile uyumludur. Şimdi Coleman’ın dar anlamıyla ayrılabilirlik tezinin niçin doğal hukukçular tarafından kabul edilebileceğini düşündüğünü görelim.

Coleman hem klasik hem de modern doğal hukukçuların Thomas Aquinas’ın “adil olmayan hukuk hiç de hukuk değildir” (*an unjust law is no law at all*) iddiasına²⁰⁹⁸ sadık olduğunu belirtir. Bununla birlikte, Coleman’a göre doğal hukukçular ahlaka aykırı hukuk anlayışının kavramsal olarak tutarsız olduğunu iddia ediyor olamaz.

²⁰⁹⁴ Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*, s. 142.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ Bkz. Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, s. 1042.

²⁰⁹⁷ Bkz. Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 585.

²⁰⁹⁸ Thomas Aquinas’ın ilgili ifadeleri için bkz. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, e-kitap url: <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>, Versiyon: New York, Benziger Bros., 1947, s. 1345. Bununla birlikte, Edward J. Damich’e göre hukuki pozitivistler bu ifadeleri adil olmayan bir hukuk kuralının geçersiz olduğu şeklinde anlayarak hataya düşmektedir (Edward J. Damich, “The Essence of Law According to Thomas Aquinas”, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 30, S. 1 (1985), s. 19. John Finnis de benzer bir görüşü burada dile getirir: Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, *op. cit.*, ss. 364-365.

Nitekim ahlaka aykırı hukuk hem kavramsal olarak tutarlıdır hem de tarih boyunca pek çok kez karşımıza çıkmıştır²⁰⁹⁹. Bunun üzerine Coleman doğal hukukçuların başka bir şey demiş olması gerektiğini vurgulayarak “ahlaka aykırı hukuk hiç de hukuk değildir” ifadesinin olası başka anlamları üzerinde durur.

Coleman ilk olarak söz konusu ifadeyle anlatılmak istenenin gayriahlaki hukuk normlarının boş bir küme olduğunu, hiçbir şeyin hem hukuk normu olup hem de gayriahlaki nitelik taşıyamayacağı iddiası olabileceğini düşünür²¹⁰⁰. Bu anlamın Coleman’ın reddettiği ilk olasılıktan farkı ilkinde “gayriahlaki hukuk” ifadesinin anlamsız olduğu ve kavramsal çelişki teşkil ettiği ileri sürülürken, burada söz konusu olanın hukuk niteliği taşıyan bir şeyin, hukuk niteliği taşımasını sağlayan olgular dolayısıyla ahlaken değerli olacağının öne sürülmesidir. Coleman bu ikinci anlamı dile getiren kişinin “kare şeklinde bir çember” olamayacağını ileri süren kişiye benzediğini söyler. Bir başka deyişle, söz konusu olan ifadenin kavramsal çelişki barındırması ve anlamsız olması değil, ifadenin gerçeklikte bir karşılığı olmadığı, hiçbir şeyin bu ifadeyle dile getirilen kümenin bir parçası olamayacağıdır²¹⁰¹. Yine de Coleman’a göre bu olasılığın da reddedilmesi gerekir. Bunun nedeni gayriahlaki hukuk normlarının boş bir küme olmanın aksine sık sık hayatlarımızın bir parçası olarak pek çok sefalet ve adaletsizliğe yol açmış olmasıdır²¹⁰². Coleman’a göre buradaki sorun doğal hukukçunun sıradan hukuk kavramına atıfta bulunduğunu düşünmemiz ve iddia sahibini bizim gördüğümüz açık gerçeği görememekle suçlamamızdır. Oysa yapılması gereken doğal hukukçunun sıradan hukuk kavramından farklı bir kavrama atıfta bulunduğun fark etmektir²¹⁰³.

John Finnis’e göre de özelde Thomas Aquinas’ın geneldeyse doğal hukukçuların “adalete aykırı hukuk hiç de hukuk değildir” iddiasıyla ifade ettiği pozitif hukuk kurallarının ahlaka aykırı olamayacağı değil, bu kuralların gerçek ve uygun anlamıyla hukuk kavramı olamayacağı, bu tür kurallarda bir tür eksiklik olduğudur²¹⁰⁴. Coleman da bu yola girerek klasik doğal hukuk teorisinde hukukun vicdanı zorunlu olarak

²⁰⁹⁹ Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 11.

²¹⁰⁰ *Ibid.*, s. 12.

²¹⁰¹ *Ibid.*

²¹⁰² *Ibid.*, s. 13.

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ Bkz. Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, *op. cit.*, ss. 364-365.

bağlayan normlar (*norms that necessarily bind the conscience*) kategorisiyle özdeşleştirildiğine dikkat çeker²¹⁰⁵. Sıradan veya pozitivist hukuk kavramı ise kurumsallığı veya kökensel (*pedigree*) geçerliliğine göre belirlenir²¹⁰⁶. Biz de yukarıda hukuki pozitivizmin temel geçerlilik anlayışının sistemsal geçerlilik olduğunu belirttiğimizde “sıradan” hukuka atıfta bulunuyorduk. Coleman’a göre bu noktada bu tür normların yapmamız gereken bir eyleme işaret edip etmediği veya bir eylemi sırf hukuk talep etti diye yapmamız gerekip gerekmeyeceği soruları gündeme gelir. Bir başka deyişle, “vicdanen bağlayıcı olmak” sıradan hukuk kavramının bir parçası değildir²¹⁰⁷.

Bu noktadan sonra Coleman “başarı terimleri” (*success terms*) kavramına değinir. Hukukun bir başarı terimi olduğu iddiası, hukukun belli başarı şartlarını yerine getirmediği takdirde hukuk niteliği taşıyamayacağını, kusurlu bir hukuk olacağını dile getirir²¹⁰⁸. Hukukun bir başarı terimi olduğu iddiası ile hukukun değerlendirilebileceği farklı kriterler bulunduğu gerçeğini birbirinden ayırmak gerekir. Başarı şartlarını yerine getirmeyen hukuk, hukuk olarak her anlamda eksiktir²¹⁰⁹. Bununla birlikte, bir takımın başarısız olduğunu “takım” olduğunu kabul ederek ifade etmek mümkündür. Bir başka deyişle, takımı değerlendirmek için takımın bir başarı terimi olması şart değildir²¹¹⁰. Coleman’a göre hukukun bir başarı terimi olduğunu kabul etsek dahi, doğal hukukçuların hukukun ancak vicdanen bağlayıcı olması durumunda tam anlamıyla hukuk olabileceği düşüncesini kabul etmek gerekmez. Buna göre, hukukun başarı kriterleri olarak vicdani bağlayıcılıktan başka kriterler belirlenmesi de mümkündür. Örneğin insanların geniş çaplı etkileşimlerini koordine etmesi, bireylerin başkalarının müdahalesi olmadan projelerine rasyonel yaptırım yapabileceği ve projelerini gerçekleştirebileceği çerçeveyi sağlaması gibi kriterler de hukukun başarı kriterleri olarak belirlenebilir²¹¹¹.

²¹⁰⁵ Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 13.

²¹⁰⁶ *Ibid.*, ss. 13-14. Pozitivist bir anlayış olarak kökensel geçerlilik için bkz. Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 5. B., Cambridge: Harvard University Press, 1978, s. 17.

²¹⁰⁷ Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 14.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 15.

²¹⁰⁹ *Ibid.*

²¹¹⁰ *Ibid.*, s. 16.

²¹¹¹ *Ibid.*

Coleman’a göre, doğal hukukçunun hukukun başarı terimi olduğunu ileri sürdüğü iddiası çözdüğünden daha fazla soruna yol açar. Ancak, iddia kabul edilse dahi ayrılabilirlik tezinin reddedilmesini gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Buna göre, doğal hukukçunun iddiası hukuk teriminin sıradan anlamı açısından ahlaka aykırı normun mümkün olduğu, ancak eğer yalnızca hukukun şekli veya kurumsal niteliklerine dikkat çekmeyi değil de hukukun nihai amacını (*aspiration*) kavramak istiyorsak gayriahlaki hukukun mümkün olmadığıdır²¹¹².

“Adil olmayan hukuk hiç de hukuk değildir” ifadesini anlamanın bir başka yolu bu iddiayı metodolojik bir iddia olarak yorumlamaktan geçer. Burada söz konusu olan hukukbilimin odaklanması gereken doğru hukuk kavramının hangisi olduğudur ve doğal hukukçu iddia odaklanması gereken kavramın muhatapları üzerinde yükümlülük doğurabilen, dolayısıyla ahlaken bağlayıcı olmakta başarılı olan hukuk olduğunu dile getirir²¹¹³. Ancak bu yorumda da vurgulanan ahlaka aykırı hukukun imkânsızlığı olmadığı için Coleman doğal hukukçunun ayrılabilirlik tezini reddetmesi için bir sebep göremez²¹¹⁴.

Coleman son olarak doğal hukukçu iddianın hukukiliğin normatif bir kavram olmasına dayanan bir yorumuna değinir. Buna göre, bir şeyin hukuk olup olmadığı yalnızca belli bir sisteme aidiyetiyle değil, aynı zamanda değerlendirilmesiyle belirlenir²¹¹⁵. Bu değerlendirme ise sistem dışı kriterlere atıfla gerçekleştirilir. Bizim aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışımızın da ileri sürdüğü gibi, sistemsal geçerlilik bir normun geçerliliği için gerekli, ancak yetersizdir. Normun geçerliliği için ahlak veya sağduyudan kaynaklanan minimum düzeyde de olsa değerlendirci bir kriterin yerine getirilmesi şarttır. Biz bu değerlendirci kriteri muhataplarının sistemsal geçerliliğe sahip olan irade açıklamasına uymak için eylem sebebine sahip olması olarak belirledik.

Buna göre doğal hukukçu iddianın geçerliliğin²¹¹⁶ (*legality*) normatif olduğuna dayanan yorumu iki farklı anlama gelebilir: 1) adil olmayan hukuk kuralları hukuk

²¹¹² *Ibid.*

²¹¹³ *Ibid.*, s. 17.

²¹¹⁴ *Ibid.*, s. 18.

²¹¹⁵ *Ibid.*

²¹¹⁶ Coleman *validity* ifadesini değil *legality* ifadesini kullanmaktadır. Bu noktada *legality* ifadesinin Türkçeye “hukukilik” olarak da çevrilebileceği düşünülebilir. Ancak, Fransızcası *juridicité* olan ve Kemal

olmanın normal şartlar altında sahip olduğu değerlendirici onaya sahip olamaz veya 2) adil olmayan hukuk kuralları bir normun hukukiliğinin gerektirdiği değerlendirici onaya uygun olmadığı için, tam anlamıyla hukuk olamazlar ve bir anlamda kusurlu hukuklardır²¹¹⁷. Coleman’a göre her iki görüş de ayrılabilirlik tezinin dar formülasyonu ile uyumludur ve gayriahlaki hukukun tutarsız olduğunu ileri sürmez²¹¹⁸.

Biz bu son yorumun dar anlamda ayrılabilirlik tezine aykırı olmadığından emin değiliz. Bu konuda Coleman’ın değerlendirmelerinde mevcut olan genel bir tuhaflığa işaret etmek isteriz. Coleman ayrılabilirlik tezinin hukuki pozitivizmi doğal hukuk teorilerinden ayıramadığını iddia etmek için doğal hukukçuların ayrılabilirlik tezini reddetmek zorunda olmadığını göstermeye çalışmaktadır. Oysa gösterilmesi gereken doğal hukukçuların ayrılabilirlik tezini *reddetmek zorunda olmadığı* değil, doğru anlaşıldıkları takdirde *reddetmedikleridir*. Coleman doğal hukukçuların “gayriahlaki hukuk” kavramının kavramsal çelişki barındırmadığını iddia etmekte, ancak Robert Alexy söz konusu kavramın niçin kavramsal açıdan çelişkili olduğunu göstermek için büyük çaba sarf etmektedir. Pozitivistler doğal hukukçuların söz konusu ilişkinin belli bir eşiğe yer verdiğini fark etmeyerek doğal hukukçu teorileri yanlış yorumladığı veya bu teorilere haksızlık ettiği belki söylenebilir. Her ne kadar doğal hukukçular ahlaka aykırı olan her hukuk normunun geçersiz olduğunu iddia etmese de, Coleman’ın düşüncesinin aksine gayriahlakilik ve geçerlilik arasında belli bir ilişki olduğunu düşünmektedirler²¹¹⁹. Bu durumda Coleman’ın yorumları doğal hukukçuların ayrılabilirlik tezini reddetmesinin yanlış olduğunu göstermektedir, doğal hukukçuların ayrılabilirlik tezini reddetmediğini değil. Dolayısıyla, ayrılabilirlik tezi doğru bir teori ve yanlış bir teori arasındaki ayrımı temsil ediyor olabilir.

Gözler tarafından Türkçeye “hukukilik” olarak çevrilmiş olan kavram bir hukuk kuralını diğer toplumsal kurallardan ayıran nitelik olarak ifade edilebilir (Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., s. 41). Bu tanımla hukukilik kavramı değerlendirici bir kriter içermez. Daha önce de gördüğümüz gibi genelde hukuk sisteminin diğer toplumsal düzenlerden ayrılması değerlendirici olmayan, etkililik veya kurumsallık gibi olgusal kriterlerle gerçekleştirilir. Hukuk kuralının bu anlamdaki hukukiliğinin ise sistemsal aidiyet veya sistemsal geçerlilik ile açıklanabileceğini belirtmiştik. Coleman’ın *legality* ifadesi değerlendirici bir unsur da içerdiğine göre burada kastedilenin hukukilik değil, genel anlamda geçerlilik olabileceğini düşündük.

²¹¹⁷ Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, op. cit., s. 20.

²¹¹⁸ *Ibid.*

²¹¹⁹ Bu bağlantıyı aksiyolojik geçerlilik anlayışını ele aldığımız önceki bölümde Gustav Radbruch, Robert Alexy ve Lon L. Fuller’ın görüşleri çerçevesinde görmüştük.

Kramer Gardner'ın yanı sıra Coleman'ın ayrılabilirlik tezine ilişkin tutumunu da eleştirir. Bu kısımda olabildiğince özlü bir biçimde bu eleştirilere yer verip, eleştiriler hakkındaki görüşlerimizi açıklamak istiyoruz.

Kramer Gardner ve Coleman'ın ayrılabilirlik tezine ilişkin iddialarının, Gardner'ın sert, Coleman'ın ise yumuşak pozitivizme sadık kalması dışında, aynı olduğunu ifade eder. Buna göre, her iki yazar da ayrılabilirlik tezini hukuki geçerlilikle sınırlandırarak hata etmektedir²¹²⁰. Bu anlamda Coleman'ın farkı Gardner'ın aksine ayrılabilirlik tezinin yalnızca hukuki pozitivizme özgü bir tez olmadığını ve doğal hukukçuların da birer doğal hukukçu olmaktan vazgeçmeden bu tezi kabul edebileceğini iddia etmesidir.

Kramer pozitivizmin ayrılabilirlik tezindeki ısrarının farklı şekillere bürünebileceğine dikkat çeker. Buna göre ayrılabilirlik tezinde ayrılanlar şu gruplar hâlinde ifade edilebilir: ahlakilik-ahlaka aykırılık, ahlak-sağduyu, ahlakilik-olgusallık²¹²¹. Kramer hem ayrılabilirlik tezinin bu anlamlarına dair hukuki pozitivist ve doğal hukukçular arasındaki hem de hukuki pozitivistler arasındaki görüş farklılıklarına dikkat çeker. Biz burada yalnızca bu ayrımların doğal hukukçular ve hukuki pozitivistler açısından önemine değineceğiz. Bunun sebebi, daha önce de vurguladığımız gibi, temel amacımızın ortaya koyduğumuz hukuki normativite anlayışının pozitivizmle bağdaşır nitelikte olup olmadığını tespit etmek olmasıdır. Bu nedenle farklı pozitivist görüşler arasındaki farklılıklar burada bizi ilgilendirmemektedir.

Ahlakilik ve ahlaka aykırılık ekseninde pozitivizmin temel temalarından bir tanesi, olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayırmadır²¹²². Kramer'a göre, Coleman'ın iddiasının aksine olması gereken hukuka uygun olmayan şeyin hukuk olamayacağı fikri herkes tarafından kabul edilen, tartışmasız bir fikir değildir. Ronald Dworkin, Philip Soper ve Michael Moore gibi yazarlar ayrılabilirlik tezinin bu hâline karşı doğal hukukçu tezlerle karşı çıkmışlardır²¹²³. Olması gereken hukuka (ahlaken

²¹²⁰ Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, ss. 322-323.

²¹²¹ *Ibid.*, s. 323.

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ *Ibid.*

bağlayıcı hukuk) aykırı hukukun “hiç de hukuk olmadığı” iddiası bir hukuk kuralının geçerli olabilmesi için ahlaka uygunluğun/aykırı olmamanın bir kriter olup olamayacağına ilişkindir. Biz de yukarıda Gustav Radbruch, Lon L. Fuller ve Robert Alexy gibi yazarların da Coleman’ın herkes tarafından kabul edildiğini/edilebileceğini iddia ettiği teze karşı çıktıklarını vurgulamıştık. Coleman’ın ayrılabilirlik tezinin neredeyse kimse tarafından reddedilmediği tespitin²¹²⁴ doğru olmadığı konusunda Kramer’a katılıyoruz. Kramer’a göre pozitivistin bu yazarlar tarafından eleştirileri başarıyla savuşturduğu, hâlâ bu konuda bazı tereddütler olmakla birlikte, genel olarak kabul edilmektedir. Ayrılabilirlik tezinin olan-olması gereken hukuk eksenindeki tartışmalar neredeyse sona ermiştir. Bu nedenle, eğer hukuki pozitivism ilgiye layık bir okul olmaya devam etmek niyetindeyse olması gereken-olan hukuk ayrımının ötesine geçmelidir ve geçmektedir²¹²⁵.

Olan ve olması gereken arasında bağlantı kuran bir başka tez hukukun öz-sunumuna (*self-presentation*) ilişkindir²¹²⁶. Daha önce belirttiğimiz gibi, Robert Alexy hukukun ahlaki doğruluk iddiasında bulunduğunu düşünür. Bunu göstermek için hukuk sisteminin yetkilisi olarak davranan kişilerin kararlarının ahlaken doğru olmadığını iddia etmelerinin edimsel çelişki olduğunu savunur. Benzer iddialar Philip Soper tarafından da dile getirilmektedir. Buna göre, devletin norm ihdası ve uygulaması eyleminin meşru olduğunu iddia etmesi gerekir²¹²⁷. Buradaki iddianın iki hususu içermesi gerekir: 1) devletin var olma hakkı vardır ve 2) yetkililer iyi niyetle hangi normu uygulayacaklarına karar verdikleri sürece neticedeki karar, daha sonra yanlış olduğu ortaya çıksa dahi, ahlaken meşrudur²¹²⁸. İddia edilen devletin ahlaken yanlış yapamayacağı değil, yaptığı yanlıştan sorumlu olmadığıdır²¹²⁹. Bununla birlikte, devletin ahlaki sorumluluktan kaçarak salt cebire dayanan bir düzenden kendini ayırabilmesi, uygulanan hukukun adaletle aşırı biçimde aykırı olduğu durumlarda

²¹²⁴ Yukarıda Coleman’ın doğal hukuk teorilerinin ayrılabilirlik tezini reddetmediğini değil, reddetmesinin gerekmediğini gösterdiğini söylemiştik. Bu ifademiz Coleman’ın “*The Architecture of Jurisprudence*” makalesi açısından söylenmişti. Coleman başka yerlerde ayrılabilirlik tezinin açık bir doğru olduğunu ve neredeyse kimse tarafından reddedilmediğini vurgulamaktadır (Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 151).

²¹²⁵ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, s. 323.

²¹²⁶ *Ibid.*, s. 324.

²¹²⁷ Soper, *The Ethics of Deference: Learning from Law’s Morals*, *op. cit.*, s. 96.

²¹²⁸ *Ibid.*

²¹²⁹ *Ibid.*

mümkün değildir²¹³⁰. Bir başka deyişle, uygulanan kanunlar ahlaka aşırı düzeyde aykırıysa, hukuk düzeni geçerliliğini yitirecektir. Kramer’a göre pozitivistlerin olan-olması gereken hukuk ekseninde ayrılabilirlik tezini savunmaları gerekir²¹³¹.

Soper tarafından dile getirilen ve burada detayıyla inceleyemediğimiz iddialar en nihayetinde ahlak ile hukuk düzeninin geçerliliği arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla, kanımızca Soper’ın iddiası Coleman’ın dar anlamda tanımladığı ayrılabilirlik tezi kapsamında da reddedilebilir.

Şimdi ayrılabilirlik tezinin ahlak-sağduyu eksenindeki görünümünü ele alalım. Lon Fuller, John Finnis ve Nigel Simmonds gibi yazarlar hukuk sistemlerindeki resmî yetkililerin hukukun üstünlüğü ilkelerine (*rule-of-law principles*) uymak yönünde sahip olduğu eylem sebeplerinin sağduyu kaynaklı değil, ahlaki olabileceğini iddia etmektedirler²¹³². Kramer’a göreyse ahlaki eseften yoksun yetkililerin hukukun üstünlüğü ilkesine riayet etmek için sağduyu kaynaklı güçlü sebepleri bulunmaktadır. Bu nedenle de hukukun üstünlüğü ilkelerine ahlaki önem atfetmekten kaçınmak gerekir²¹³³.

Son olarak ayrılabilirlik tezinin ahlakilik-olgusallık eksenindeki anlamından bahsedelim. Burada karşımıza ilk olarak hukuk normlarının varlığı ve içeriğinin tespitinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın zorunlu olup olmadığı sorusu çıkar. Hukuki pozitivism bir hukuk normunun varlığı veya içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın zorunlu olamayacağını savunur²¹³⁴. Esasında Kramer bu anlamda ayrılabilirlik tezinin hukuk normunun varlığı ve içeriğinin salt gözlemlenebilen olgulara dayanarak belirlenebileceğini iddia ettiğini de belirtir²¹³⁵. Biz bu son iddiayı toplumsal olgu tezinin kapsamında ele alacağız. Dolayısıyla, ahlakilik-olgusallık eksenindeki ayrılabilirlik tezini yalnızca “bir hukuk kuralının içeriği veya varlığının

²¹³⁰ *Ibid.*, ss. 96-97.

²¹³¹ Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, s. 324. Kramer bir başka çalışmada Soper’ın fikirlerini eleştirir (Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, *op. cit.*, ss. 103-108). Biz zaten hukuk ve hukukun ahlaki doğruluk iddiasına ilişkin tartışmalara yer verip, bu konudaki görüşümüzü açıkladığımız için burada Kramer’ın eleştirilerine ayrıca yer vermiyoruz.

²¹³² Kramer, “On the Separability of Law and Morality”, *op. cit.*, s. 324.

²¹³³ *Ibid.*, ss. 324-325.

²¹³⁴ *Ibid.*, s. 326. Elbette bu konuda sert ve yumuşak pozitivistler arasında görüş ayrılığı bulunduğu, sert pozitivistlerin daha ileri giderek ahlakilik kriterinin bir hukuk normunun varlığı veya içeriğinin belirlenmesinde asla rol oynayamayacağını düşündüklerini hatırlatmak gerekir.

²¹³⁵ *Ibid.*

tespit edilmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurma nın zorunlu olmaması” şeklinde negatif bir biçimde tanımlayıp, bir hukuk kuralının varlığı veya içeriğinin salt toplumsal olgulara dayanılarak belirlenebileceği iddiasını toplumsal olgu tezinin kapsamına alacağız. Neticede bağdaştırma projesinin her iki tezle uyumluluğunu değerlendireceğimiz için ayrılabilirlik tezinin kapsamına dair bu sınırlandırma çalışmamızın genel sonuçları bakımından bir sorun yaratmayacaktır.

Ayrılabilirlik tezinin ahlakilik-olguşallık eksenindeki bir başka anlamı ahlak felsefesi ve hukuk felsefesinin ayrı olduęudur²¹³⁶. Kramer her tezinin açıklanan fenomen hakkında anlamlı bir şeyler ifade edebilmesi için değerlendirici olduğunu belirtse ve değerden bağımsız bir kuramlaştırmanın olabileceğini reddetse de söz konusu değerlendirmenin kaçınılmaz olarak ahlaki kriterler iereceğine katılmaz. Ona göre kapsamlılık, açıklayıcı güç, tekrardan kaçınma, isabet, açıklık vb. şeklinde ifade edilebilecek teorik-analitik değerler de mevcuttur²¹³⁷. Bu nedenlerle Kramer, Coleman’ın aksine pozitivistlerin ısrarla bağlı kaldığı ayrılabilirlik tezinin tek bir teze indirgenemeyeceğini dūřünmektedir²¹³⁸.

Yukarıda Gardner’ı Kramer’in eleştirilerine karşı kısmen savunmuş, Gardner’ın hukuki pozitivistizmin minimum şartlarına işaret ettiğini ve hukuki pozitivistizmi bu nedenle yalnızca hukukun geçerliliğinin ahlaki veya diğer değerlendirici kriterlere göre belirlenmesinin zorunlu olmadığını ifade ettiğini belirtmiştik. Kramer’in Coleman eleştirisi kanımızca pozitivistizmin ayrılabilirlik tezine ilişkin başka vazgeçilmezleri olduğunu gōstermektedir. Kramer’in ayrılabilirlik tezinin üç eksenleri ve bu eksenlerde hukuki pozitivistizmin ısrar etmek zorunda olduğu hususlara değinmemiz, bir anlayışın hukuki pozitivist olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hakkında ekstra kriterler sağlamaktadır.

Ahlakilik-olguşallık ekseninde son dile getirdiğimiz metodolojik argüman bizi burada ilgilendirmemektedir. Biz hukuk teorisinin değil, hukukun doğasıyla ilgileniyoruz. Bununla birlikte, bir hukuk normunun varlığı (geçerliliği) ve içeriğinin belirlenmesinde ahlaki ilke ve değerlendirmelere başvurma nın zorunlu olmadığı fikri,

²¹³⁶ *Ibid.*

²¹³⁷ *Ibid.*, ss. 326-327.

²¹³⁸ *Ibid.*, s. 327.

hukuk normunun içeriğinin de ahlaki kriterlere atıfla belirlenmesinin zorunlu olmadığını vurgulayarak Coleman'ın dar anlamda ayrılabilirlik tezini genişletmektedir. Ayrıca, Ayrılabilirlik tezinin ahlak-sağduyu eksenindeki anlamına göre hukuk sistemindeki belli normlara uymak için sahip olunabilecek eylem sebeplerinin yalnızca ahlaki olabileceğini iddia etmek de mümkün değildir. Böyle bir iddia hukuk ve ahlak arasında hukuki pozitivizmin kabul edemeyeceği, zorunlu bir bağlantı kurulduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, olan-olması gereken hukuk eksenindeki ayrılabilirlik tezine, ayrılabilirlik tezinin ahlak-sağduyu ve ahlakilik-olgusallık eksenlerindeki anlamlarından birer tez daha eklemek durumundayız.

Kramer'ın Coleman'a yönelik eleştirileriyle birlikte ayrılabilirlik tezinin bizim bağdaştırma projemizin pozitivist niteliğini sınamamıza yarayacak anlamlarını tespit etmiş bulunuyoruz. Sınamaya geçmeden önce bu tezleri ve ne ifade ettiklerini kısaca özetlemek isteriz.

Ayrılabilirlik tezinin ilk anlamı olan-ahlaken olması gereken hukuk ayırımına ilişkindir. Buna göre bir hukuk kuralının veya hukuk sisteminin geçerliliğinin ahlaki doğruluğuna zorunlu olarak bağlı olduğu söylenemez. Hemen belirtelim ki hukuk kuralının geçersizliği için belli bir ahlaka aykırılık eşiği öngören teorilerin ahlak ve hukuk arasında kurduğu bağlantı da zorunlu niteliktedir. Neticede ahlaka aykırılık belli bir düzeyin üzerine çıktığında hukuk kuralı zorunlu olarak geçerliliğini yitirecektir.

Ayrılabilirlik tezinin bizi ilgilendiren ikinci anlamı ahlak-sağduyu ekseninde karşımıza çıkar. Hukuk kurallarına uymak için muhatapların sahip olduğu sebepler ahlaki olabileceği gibi sağduyu kaynaklı da olabilir. Ahlak-sağduyu ekseninde ayrılabilirlik tezi hiçbir hukuk sisteminde muhatapların bazı kurallara ahlaki sebeplerden dolayı uyması gerekmeyeceğini ifade eder. Bir başka deyişle, bir hukuk sisteminin normatif gücünün veya bağlayıcılığının salt sağduyu temelli sebeplerden kaynaklanması kavramsal olarak mümkündür. Böyle bir hukuk sisteminin uzun süre etkili kalamayacağı, bu hukuk sisteminin sürdürülebilir olmayacağı iddia edilebilir. Bununla birlikte, belli bir süre için dahi olsa bir hukuk sisteminin salt sağduyu kaynaklı

sebepler temelinde geçerli kalabilmesi, ayrılabilirlik tezinin bu anlamının doğrulanması için yeterlidir.

Ayrılabilirlik tezinin son anlamı bir hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin tespitinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın zorunlu olamayacağını ifade eder. Eğer ahlaki bir değerlendirme gerekliyse, bu ancak olumsal bir gereklilik olabilir. Bu noktada hukuk kuralının varlığından ne kast edildiği sorgulanabilir. Kurallar zorunlu olarak normdur. Norm niteliği taşımayan bir şeyin kural olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Normun varlığı geçerliliği olduğuna göre, ayrılabilirlik tezinin bu anlamı esasen olan-olması gereken hukuk eksenindeki anlamıyla aynıdır. Bu kapsamda ilk defa söylediğimiz husus hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın gerekmediğidir.

3. Bağdaştırmanın Ayrılabilirlik Tezine Uygunluğu

Bu kısımda bağdaştırma neticesinde ulaştığımız aksiyon-sistemsal ve aksiyon-olgusal geçerlilik anlayışlarının ayrılabilirlik tezinin belirlenen anlamlarına uygunluğunu değerlendireceğiz. Öncelikle bu iki geçerlilik anlayışını kısaca hatırlayalım.

İlk geçerlilik anlayışı hukuk sisteminin geçerliliğine ilişkin, diğeri ise hukuk sistemindeki normların geçerliliğine ilişkindir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi, hukuk sisteminin geçerliliği, hukuk sistemindeki bütün normların geçerliliği anlamına gelir²¹³⁹. Hukuk sisteminin geçerliliğini belirlemek için benimsenen kriterler esasında geçerliliğini pozitif bir normdan alamayacak olan anayasa veya hukuk sistemindeki hiyerarşik açıdan en üstün normun²¹⁴⁰ geçerliliğine dair kriterlerdir. Örneğin hukuk sisteminin etkililiği kriteri, esasında anayasanın etkililiği olarak ifade edilebilir. Aksiyon-

²¹³⁹ Bkz. Raz, "Legal Validity", *op. cit.*, s. 341.

²¹⁴⁰ İngiliz hukuk sisteminde yazılı bir anayasa bulunmaz. Anayasanın yazısız ve teamüli olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, bu durum İngiliz hukukundaki en üstün normun, yani geçerliliğini başka bir pozitif norma borçlu olmayan norm veya normların geçerliliğinin aksiyon-olgusal geçerlilik ile açıklanamayacağı anlamına gelmez. Biz daha önce İngiliz hukuk sistemine dair yaptığımız incelemede parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereğince sistemin en üstün normunun kanun (*Act of Parliament*) olduğunu tespit etmiştik (Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, *op. cit.*, ss. 443-447). Buradan sonra yalnızca anayasa açısından yaptığımız açıklamaların hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en üstün normu için de geçerli olduğu düşünülmelidir.

olgusal geçerlilik anlayışı hukuk sisteminin bu “ilk norm”unun geçerliliğine dairdir. Hukuk sistemindeki diğer normların geçerliliği ise aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışına göre belirlenir.

Aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışı, tıpkı aksiyo-sistemsal anlayış gibi iki unsurdan oluşur. Bunlardan ilki olgusal geçerlilik anlayışdır. Olgusal geçerlilik anlayışı ancak gerçekten ihdas edilmiş ve uygulanan/uyulan normların geçerli olabileceğini belirtir. Anayasa açısından bu şart anayasanın genel itibariyle etkili olması ve en üstün siyasi iktidar tarafından ihdas edilmesi anlamına gelir. Buna göre, bir anayasanın genel itibariyle etkili olmadığı veya en üstün siyasi iktidar tarafından ihdas edilmediği durumlarda ortada bir hukuk sistemi olduğundan bahsedilemez.

Aksiyo-olgusal geçerliliğin ikinci unsuru normativiteyi açıklamakta yetersiz kalan olgusal geçerliliği tamamlayan “minimum bağlayıcılık” olarak ifade edilebilir. Buna göre, etkili bir anayasanın norm niteliği taşıdığından bahsedebilmek için muhataplarının söz konusu anayasaya uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir eylem sebebinin bulunması gerekir. Bu eylem sebebinin yokluğunda, muhatapların belli bir şekilde davranıyor olması bir normun varlığına işaret etmez.

Aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışının ilk ayağını sistemsal geçerlilik oluşturur. Buna göre, bir hukuk sistemindeki anayasa dışındaki normların geçerliliği sistemsal geçerlilik anlayışına göre belirlenir. Sistemsal geçerlilik anlayışı kısaca hukuk kurallarının anayasanın veya geçerliliğini en nihayetinde anayasadan alan bir başka hukuk kuralının belirlediği kriterlere göre geçerli olacağını öne sürer²¹⁴¹.

Aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışının ikinci ayağı ise aksiyo-olgusal geçerlilik açısından da belirttiğimiz gibi, bir hukuk normunun bağlayıcılığının salt sistemsal bir bakış açısıyla açıklanamayacağını ve sistemsal geçerliliğin “minimum bağlayıcılık” ile desteklenmesi gerektiğini belirtir. Buna göre, bir irade açıklamasının norma vücut verebilmesi için muhatabının söz konusu norma uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir eylem sebebinin bulunması şarttır.

²¹⁴¹ Örn. bkz. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, op. cit., s. 32. Bir önceki bölümde sistemsal geçerlilik anlayışının detaylı bir analizini yaptık ve bazı itirazlara karşı bu anlayışı savunduk. Bununla birlikte, sistemsal geçerlilik anlayışının yalnızca “tarihsel anlamda ilk anayasa”nın geçerliliğini açıklayamadığını belirttik.

Her iki anlayış da aksiyolojik unsuru nedeniyle ayrılabilirlik tezine birlikte uygun olacak veya tezi aynı anda ihlal edecektir. Geçerlilik anlayışlarının sistemsel ve olgusal unsurları ayrılabilirlik tezine aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla, bağdaştırmanın ayrılabilirlik tezini ihlal edip etmediği yalnızca aksiyolojik unsur temelinde belirlenebilir. Bu nedenle, aksiyon-sistemsel ve aksiyon-olgusal geçerlilik anlayışları için ayrı ayrı değerlendirme yapmaya lüzum yoktur.

Ayrılabilirlik tezinin ilk anlamı bir hukuk kuralının ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olmasının veya hukuk kuralının geçerli olması için ahlaka uygun olmasının zorunlu olmadığını ileri sürer. Bu hâliyle benimsediğimiz geçerlilik anlayışlarında ayrılabilirlik tezinin olan-olması gereken hukuk eksenindeki anlamına bir aykırılık bulunmamaktadır. Bağlayıcılık kavramını tartışırken belirttiğimiz gibi, bizim geçerlilik için şart koştuğumuz bağlayıcılık “minimum” bir bağlayıcılıktır. Bir başka deyişle, muhatabın norma uymak için sahip olduğu sebep, her şey dikkate alındığında muhatabın gerçekleştirmesi gereken eylemin normda belirtilen eylem olmasını gerektirmeyebilir. Ancak, söz konusu sebebi pratik değerlendirmelerinde dikkate almayan muhatap, en nihayetinde norm tarafından talep edilen eylemi gerçekleştirse bile irrasyonel davranmış, bir gerekliliği ihlal etmiş olacaktır. Dolayısıyla, bir irade açıklamasının norm niteliği taşıyabilmesi için muhatabın sahip olması gereken sebebin en nihayetinde muhatabın gerçekleştirmesi gereken eylemi desteklemesi gerekmez. Bununla birlikte, esas önemli olan, söz konusu eylem sebebinin ahlaki veya sağduyu kaynaklı olabilmesidir. Dolayısıyla, bir hukuk kuralının geçerli olabilmesi için ahlaka minimum düzeyde uygun olması veya aşırı ölçüde aykırı olmaması gerekmez. Muhatabın norma uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla, bizim geçerlilik anlayışlarımız hukukun geçerliliği ve ahlakiliği arasında zorunlu bir ilişki kurmamaktadır.

Muhatapların hukuk kuralına uymak için sahip olması gereken sebeplerin ahlaki veya sağduyu kaynaklı olması gerektiğini belirttik. Bir hukuk kuralının geçerli olabilmesi için muhatapların sahip olması gereken eylem sebeplerinin ahlaki veya sağduyu kaynaklı olabilmesi bağdaştırmanın ayrılabilirlik tezinin ikinci anlamına da uygun olduğunu gösterir. Ayrılabilirlik tezinin ikinci anlamı muhatapların hiçbir hukuk kuralına uymak yönünde sahip olması gereken eylem sebebinin ahlaki olmasının

zorunlu olmadığını vurgular. Bizim anlayışımızda en azından bazı hukuk normlarına uymak için muhatapların sahip olduğu eylem sebebinin ahlaki olmasını gerektirecek bir durum mevcut değildir.

Ayrılabilirlik tezinin son anlamı bir hukuk normunun içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın zorunlu olmadığını vurgular. Bir hukuk normunun içeriğinin belirlenmesinde ahlaki ilkelere ne zaman başvururuz? Açık bir yanıt hukuk kurallarının ahlaki standart ve ilkelere göndermede bulunduğu zaman hukuk kuralının içeriğini belirlemek için ahlaki değerlendirmelere başvurmak gerektiğini söyleyecektir. Kanımızca bu düşüncede hatalı bir yan bulunmamaktadır. Neticede muhatapların ve hukuk kuralını uygulayacak olan resmî makamların ahlaki bir ilkenin içeriğini belirlemesi gerekecektir. Bu ise ancak ahlaki bir akıl yürütmeyle yapılabilir. Örneğin hukuk sistemlerinin hâkimlerin “vicdanına göre” veya “adil biçimde” karar vereceğini öngördüğünü görürüz. Bu durumda hâkimlerin neyin adil olduğu gibi filozofların hâlâ tartışmakta olduğu zorlu bir konuda bir karara varması gerekecektir. Kanımızca bu durumlarda hukukun içeriğinin belirlenebilmesi için toplumsal olguların yeterli olmayacağı, mühim olanın yalnızca hukuk kuralını yaratmakla yetkilendirilen organın hangi hukuk yaratıcı eylemi gerçekleştirdiği ve hangi metni esas aldığı olmadığını söyleyebiliriz. Burada ayrılabilirlik tezinin lehine olan husus belli bir hukuk kuralının ahlaki ilke ve standartlara gönderme yapmasının tamamen hukuk kuralının içeriğiyle alakalı, olumsal bir durum olmasıdır. Var olan hukuk sistemlerinin hepsi ahlaki ilke ve standartlara bir şekilde gönderme yapsa dahi, buradan ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ bulunduğu sonucu çıkarılamaz. Nitekim mantıksal ve kavramsal açıdan böyle bir göndermede bulunmayan bir hukuk sistemini tahayyül etmek mümkündür.

Joseph Raz’ın konuya yaklaşımı biraz daha farklıdır. Raz iki tür akıl yürütme arasında ayrım yapar. İlk tür akıl yürütme bir sistemde hukuk normunun içeriğinin ne olduğuna dairdir. Raz bu tür akıl yürütmeye “hukukun ne olduğu hakkında akıl yürütme” (*reasoning about what the law is*) ismini verir²¹⁴². Bu akıl yürütme bir konuda hukukun ne söylediğini tespit etmeye yöneliktir ve değerlendirci akıl yürütmeden

²¹⁴² Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., ss. 378-379; Raz, *Ethics in the Public Domain*, op. cit., s. 327.

tamamen bağımsız bir şekilde yürütülür²¹⁴³. Hukukun belli bir konuda söylediğinden yola çıkılarak doğru kararı vermek ise “hukuka göre akıl yürütme” (*reasoning according to the law*) olarak adlandırılır ve Raz’a göre ahlaki akıl yürütmeyle aynıdır. Yani değerlendirci akıl yürütmedir²¹⁴⁴. Kanımızca da genel olarak olması gerekene karar vermek için yürütülen akıl, söz konusu normatif alanın hukuk, ahlak veya sağduyu olmasına göre değişmez. “Olması gereken”e ilişkin akıl yürütmenin ister hukuk, ister ahlak, isterse sağduyuya dair olsun, birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu iddia edilemez. Bu tür akıl yürütmeye ayırım yapmadan normatif akıl yürütme ismi verilebilir.

Raz’ın düşüncesine şöyle bir itiraz gelebilir: Eğer hâkimler nasıl karar vereceklerini belirlerken normatif akıl yürütmeye başvurmak zorundaysa, mahkeme kararları da birer norm olduğuna göre²¹⁴⁵ hukuk sistemindeki belli bir normun içeriğinin, yani somut durumda nasıl bir karar verileceğinin, değerlendirci bir akıl yürütmeyle belirleneceği iddia edilebilir. Ancak bu itiraz “hukukun içeriğinin hukuk normu yaratılırken belirlenmesi” ile “hukuk kuralının içeriğinin hukuk yaratıldıktan sonra belirlenmesi”ni birbirine karıştırmaktadır. Raz’ın iddiası hukuk kuralları yaratılırken kuralı ihdas edecek olan kişi veya kurumların değerlendirci bir akıl yürütme gerçekleştirmediği değil, bir kez yaratma faaliyeti tamamlandıktan sonra normun içeriğini öğrenmek isteyenlerin değerlendirci bir akıl yürütme gerçekleştirmeden bu içeriğe ulaşabilecekleridir. Zaten Raz’ın hukuki otoritenin norm yaratırken muhataplara uygulanabilir olan eylem sebeplerine dair bir değerlendirme gerçekleştirdiğini ifade etmesi, yani bağımlılık tezi²¹⁴⁶, norm yaratımı sırasındaki içerik belirlenmesinin değerlendirci bir akıl yürütme içerebileceğini kabul ettiğini göstermektedir.

Bu anlamda bizim önerdiğimiz iki geçerlilik anlayışının da ayrılabilirlik teziyle uyumlu olduğunu söyleyebilir miyiz? Bir açıdan içeriğin belirlenmesi hukuk normunun içeriğinin belirlenmesi olduğundan ve iki geçerlilik anlayışı da, minimum düzeyde de olsa, aksiyolojik unsurlar içerdiğinden, otoriteler tarafından yazılmış bir metinde ne

²¹⁴³ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 376.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, ss. 378-379.

²¹⁴⁵ Mahkeme kararlarının norm niteliği için bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 144.

²¹⁴⁶ Bağımlılık tezi için bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., ss. 42 vd.

yazdığına değerlendirci bir akıl yürütmeye başvurmadan karar verebiliriz. Bununla birlikte söz konusu içeriğin bir hukuk normunun içeriği olup olmadığının anlaşılabilmesi için muhatapların söz konusu içeriğe uymak yönünde ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir sebebinin olup olmadığını değerlendirmemiz gerekeceğinden ilk bakışta ayrılabilirlik tezine bir aykırılık olacağı düşünülebilir. Her şeyden önce, buradaki aykırılık hukukun içeriğinin toplumsal olgulara dayanılarak belirleneceği iddiasına değil, hukuk normunun varlığının toplumsal olgulara dayanılarak belirleneceği düşüncesine ilişkindir. Neticede içeriği değil, içeriğin bir hukuk normunun içeriği olup olmadığını belirlerken değerlendirci akıl yürütmeye başvurmak zorunludur. İkinci olarak ayrılabilirlik tezinin toplumsal olgu tezinin aksine negatif bir biçimde ve yalnızca ahlaki değerlendirmelerden bağımsızlık çerçevesinde tanımlandığı unutulmamalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, çalışmamızda bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaka atıfla belirlenmesinin zorunlu olmadığı ve hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde ahlaki akıl yürütmeye başvurma zorunlu olmadığı iddiası ayrılabilirlik tezi kapsamında değerlendirilecektir. Bir hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin yalnızca toplumsal olgulara atıfla belirlenebileceği iddiası ise aşağıda toplumsal olgu tezi kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla, bir hukuk normunun varlığının toplumsal olgu dışındaki değerlendirci kriterlere başvurularak belirlenmesinin zorunlu olması, söz konusu değerlendirci kriterler ahlaki olmadığı sürece ayrılabilirlik tezine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bu noktada Raz'ın teziyle ayrılabilirlik tezinin bizim belirlediğimiz içeriği arasındaki önemli bir farka değinmek isteriz. Raz'ın anlayışı hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesinde yalnızca ahlaki değerlendirmelere başvurma zorunlu olmadığını değil, hiçbir değerlendirci kriterle başvurma zorunlu olmadığını savunmaktadır. Bizim ahlakilik-olgusalılık ekseninde formüle ettiğimiz ayrılabilirlik tezi ise ahlaki değerlendirmelerin zorunlu olmadığını vurgular. Bu anlamda Raz'ın tezi daha talepkârdır. Neticede bizim geçerlilik formülasyonlarımız bir hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde değerlendirci kriterlere başvurmayı şart koşturmaz. Hukuk normunun varlığı konusunda ise yukarıda belirttiğimiz gibi, ahlaki kriterlere başvurmak zorunlu değildir.

Sonuç olarak aksiyo-olgusal ve aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışlarının ayrılabilirlik tezine uygun olduğuna karar veriyoruz. Bu geçerlilik formülasyonlarındaki hiçbir unsur 1) hukuk kurallarının geçerliliğinin veya 2) içeriğinin belirlenmesinde ahlaki kriterlere başvurulmasını zorunlu kılmadığı gibi 3) muhatapların bir hukuk sistemindeki en azından bazı kurallara uyması için ahlaki sebeplere sahip olmasını gerektirmez. Bir hukuk sistemi tamamen sağduyu kaynaklı sebeplerin söz konusu olduğu bir normatif düzen olabilir. Şimdi toplumsal olgu tezinin incelemesine geçiyoruz.

B. TOPLUMSAL OLGU TEZİ VE BAĞDAŞTIRMA PROJESİ

Toplumsal olgu tezinin (*social fact thesis / social thesis*) anlamının belirlenmesi ayrılabilirlik tezine göre çok daha kolaydır. Bu tez, ayrılabilirlik tezine göre daha belirli bir şekilde formüle edilir. Bir anlamda, ayrılabilirlik tezi toplumsal olgu tezini kapsamaktadır. Nitekim toplumsal olgu tezine göre de bir hukuk normunun geçerliliğinin veya içeriğinin ahlaka atıfla belirlenmesi zorunlu değildir²¹⁴⁷. Bununla birlikte, bir anlamda toplumsal olgu tezi ayrılabilirlik tezinden daha geniştir. Buna göre, bir hukuk normunun geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesinde ahlaki kriterlere başvurulmasının gerekmemesinden öte, toplumsal olgular dışında herhangi bir değerlendirici kritere başvurulması da zorunlu değildir²¹⁴⁸.

Her ne kadar toplumsal olgu tezinin temel iddiasını ortaya koymak ayrılabilirlik tezinden daha kolay olsa da, kısaca bu anlamı incelemek ve olası soru işaretlerini gidermek gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle toplumsal olgu tezinin anlamını ortaya koyacak ve bu tezin sert pozitivistler tarafından savunulan versiyonu olan kaynak tezinden (*sources thesis*) farkını açıklayacağız. Gerekli tartışmaları yürüttükten sonra ise bağdaştırma projesinin toplumsal olgu teziyle uyumluluğunu değerlendireceğiz.

²¹⁴⁷ Bkz. Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 223. Gardner’ın hukuki pozitivizm formülasyonu sert pozitivizmin toplumsal olgu tezini, yani kaynak tezini ifade eder.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 224.

1. Toplumsal Olgu Tezinin Anlamı

Toplumsal olgu tezi şu şekilde ifade edilebilir: Bir hukuk sistemindeki bir normun varlığı ve içeriğinin belirlenmesi için toplumsal olgular dışında değerlendirci kriterlere başvurulması zorunlu değildir²¹⁴⁹. Bu formülasyonla ilgili bazı gözlemlerde bulunalım. İlk olarak normun varlığından kastın geçerliliği olduğunu bir kez daha vurgulamak gerekir. Dolayısıyla, toplumsal olgu tezi belli bir hukuk kaynağının varlığının toplumsal olgulara bağlı olduğu şeklinde yorumlanamaz. Zaten eğer toplumsal olgu tezinin iddiası bu olsaydı hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorileri arasında tartışma konusu edilmezdi. Durum bu olsaydı, aksiyo-sistemsal ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışlarının toplumsal olgu tezine uyumlu olup olmadığını değerlendirmemize de gerek kalmazdı.

İkinci olarak bu şekliyle ifade edilen toplumsal olgu tezinin ayrılabilirlik tezinden farkına değinmek gerek. Buna göre, toplumsal olgu tezi ayrılabilirlik tezinin geçerlilik ve hukuk normunun içeriğinin belirlenmesine ilişkin anlamlarından daha talepkârdır. Yukarıda gördüğümüz gibi, ayrılabilirlik tezi yalnızca bir hukuk kuralının geçerliliğinin ahlaki doğruluğuna bağlı olamayacağını ve hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurmanın zorunlu olamayacağını ifade eder. Toplumsal olgu tezi ise bu konularda yalnızca ahlaka değil, hiçbir değerlendirci kriterle başvurmanın zorunlu olamayacağını ileri sürer. Buna göre, hukuk kuralının geçerliliği ahlaki değerinin yanında, sağduyu kaynaklı, ekonomik, toplumsal vb. gereklere de zorunlu olarak bağlı olamaz²¹⁵⁰. Aksiyo-sistemsal ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışları açısından toplumsal olgu tezinin bu tutumu önemlidir. Nitekim yukarıda gördüğümüz gibi bu geçerlilik anlayışlarının ayrılabilirlik teziyle uyumlu olduğu iddiamız çoğunlukla bu tezin ahlakla hukuk arasında zorunlu bir bağ olamayacağını iddia etmesine bağlıydı. Dolayısıyla, hukuki geçerliliğin ahlaki doğruluğa bağlı olmadığını, bir hukuk normunun geçerli olabilmesi için muhataplarının söz konusu norma uymak yönünde sağduyu kaynaklı bir sebeplerinin olmasının geçerlilik için yeterli olacağını söylemek suretiyle bağdaştırma projemizin ayrılabilirlik

²¹⁴⁹ Bkz. Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 102; David Plunkett, “Negotiating the Meaning of Law: The Metalinguistic Dimension of the Dispute Over Legal Positivism”, *Legal Theory*, C. 22, S. 3-4 (Aralık 2016), s. 207.

²¹⁵⁰ Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *op. cit.*, s. 224.

tezine uygun olduğunu savunabilmiştik. Toplumsal olgu tezi açısından böyle bir yorum yapmamız mümkün olmayacaktır.

Üçüncü olarak toplumsal olgu tezinin hukukun geçerliliği ve içeriği konusunda değerlendirci kriterlere başvurma zorunlu olamayacağını vurguladığını hatırlatmak gerekir. Buna göre, ahlaki ve diğer değerlendirci kriterlere *kimi zaman* bir hukuk kuralının içeriğinin veya geçerliliğinin belirlenmesinde başvurulması mümkündür. Ancak, bu başvuru olumsal olup, hukuk sistemindeki yetkililerin toplumsal olgu niteliği taşıyan bazı eylemlerine bağlıdır²¹⁵¹. Örneğin, bir kanun hâkimlerin adalete uygun karar vereceğini belirttiğinde, söz konusu kanunu kabul eden milletvekillerinin eylemi dolayısıyla bu kanunun içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurulması gerekebilir. Nitekim başka türlü adaletin anlamlandırılması mümkün değildir²¹⁵². Yahut benzer biçimde, bir kanun hükmünün ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu belirtmesi hâlinde bir normun geçerliliği değerlendirilirken ahlaki kriterlere başvurmak gerekecektir. Ancak, toplumsal olgu tezinin göre her hukuk sisteminin bazı normlar açısından bile bu tür normlara yer vermek zorunda olduğu söylenemez. Hatta dünya üzerinde mevcut olan her hukuk sistemi en azından bazı normların geçerlilik kriteri olarak ahlaka atıf yapsa dahi, ortada hukuki geçerliliğin değerlendirilmesinde ahlaka başvurma zorunlu olduğunu kabul etmek için bir sebep yoktur. Bunun nedeni söz konusu atıfta bulunmayan bir hukuk sistemini tahayyül etmenin kavramsal açıdan mümkün olmasıdır²¹⁵³.

²¹⁵¹ Brian H. Bix, “Legal Positivism”, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, s. 38.

²¹⁵² Bir görüşe göre pozitivistlerin bu durumda yapılan atfın ideal adalete değil, hâkimlerin ve hukuk uygulayıcılarının inanç ve görüşlerine göre adil olarak kabul edilene, yani pozitif ahlaka yapıldığını düşünmesi gerekir. Yazara göre bunun nedeni hukuka tasvirî bir bakış açısı benimseyen pozitivistlerin ahlaki da aynı derecede tasvirî bir perspektiften görmesi gerekmesidir (John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 15).

²¹⁵³ Himma geçerlilik kriteri olarak ahlaka yer vermeyen bir hukuk sisteminin kavramsal olanağını ayrılabilirlik tezinin temel iddiası olarak dile getirmiştir (Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 136). Yukarıda incelediğimiz gibi, her ne kadar ayrılabilirlik tezinin geçerliliğe ilişkin iddiasını bu şekilde ifade etmek mümkünse de, kanımızca ayrılabilirlik tezi farklı anlamlar taşıyabilir. Bununla birlikte, hukuki geçerlilik konusunda ahlak-hukuk ilişkisi açısından toplumsal olgu tezi ayrılabilirlik tezinden daha talepkârdır. Toplumsal olgu tezi hukuki geçerlilik için yalnızca ahlaki değil, diğer değerlendirci kriterlerin de *benimsenmesinin kavramsal olarak zorunlu olmadığını* iddia eder. Var olan bütün hukuk

Son olarak toplumsal olguya ilişkin kısa bir açıklama yapabiliriz. Toplumsal olgular insanlar, insanların eylemleri ve eylemleriyle ürettikleri, inançları ve tutumlarına ilişkin tasvirî olgular olarak nitelendirilebilir²¹⁵⁴. Buna göre, “TBMM Bilişim Suçları Kanununu 275’e karşı 212 oyla kabul etti” ifadesi toplumsal bir olguya işaret etmektedir. Belli bir zamanda belli bir yerde toplanan bir insan grubunun “oy verme” ve “kabul” eylemleri tasvir edilmektedir. Toplumsal olgu tezine göre bir hukuk kuralının varlığı veya içeriğinin belirlenmesinde ancak insan eylemleri ve bu eylemlerin sonuçlarına ilişkin tasviri olgular kullanılabilir.

Joseph Raz toplumsal olgu tezinin lehine dört adet argümanı listeler ve bunları değerlendirir. Bunlardan ilkinde göre toplumsal olgu tezi “hukuk” (*law*) ve onunla akraba sözcüklerin anlamını doğru biçimde yansıtmaktadır. Bununla birlikte, Raz bu argümanı en nihayetinde reddeder. Bunun ilk sebebi “hukuk” sözcüğünün doğa kanunları (*laws of nature*), ahlak kuralları (*moral laws*) vb. hukuka özgü olmayan kullanımlarının da olması ve bunlar arasındaki dilsel sınırların açık olmamasıdır²¹⁵⁵. İkinci olarak, hukuk sözcüğünün anlamı toplumsal olguların hukukun varlığı ve belirlenmesi için yeterli ve gerekli olduğunu göstermek için fazla belirsizdir²¹⁵⁶. Raz son olarak sözcüklerin kölesi olmamamız gerektiğini belirterek “hukuk” sözcüğünün olağan anlamının toplum anlayışımız açısından önem arz eden olguları belirlemek için yeterli olmadığını, bu sözcüğün toplumu ve kurumlarını anlamamıza yardımcı olmadığını ima eder²¹⁵⁷. Bir başka deyişle Raz, Ronald Dworkin’in semantik hukuk teorileri (*semantic theories of law*) ismini verdiği teorilerin toplumsal olgu tezine dayanak olabileceğini reddetmektedir²¹⁵⁸. Dworkin, bazı filozofların, farkında olmasalar da, bütün hukukçuların “hukuk” sözcüğünü kullanırken belli ortak kuralları (*shared rules*) takip ettiğini düşündüklerine dikkat çeker²¹⁵⁹. Bu görüşe göre, hukuk filozoflarının görevi bu kuralları nasıl konuştuğumuzu incelemek suretiyle bu kuralları ortaya koymaktır²¹⁶⁰.

sistemlerinin hukuki geçerlilik için ahlaki kriterler öngörmesi bu anlamda ne ayrılabilirlik tezini ne de toplumsal olgu tezini yanlışlar.

²¹⁵⁴ Plunkett, “Negotiating the Meaning of Law: The Metalinguistic Dimension of the Dispute Over Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 206; Coleman, “The Architecture of Jurisprudence”, *op. cit.*, s. 46.

²¹⁵⁵ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, *op. cit.*, s. 41.

²¹⁵⁶ *Ibid.*

²¹⁵⁷ *Ibid.*

²¹⁵⁸ Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *op. cit.*, s. 946.

²¹⁵⁹ Dworkin, *Law’s Empire*, *op. cit.*, s. 31.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, s. 32.

John Austin'in emir temelli hukuk teorisinin bu anlamda semantik bir hukuk teorisi olduğu söylenebilir. Nitekim Austin *opus magnumu* “*The Province of Jurisprudence Determined*” kitabının önemli bir bölümünü doğru şekilde “hukuk” olarak adlandırılanlar ve benzerlik nedeniyle hukuk olarak adlandırılanları ayırmaya adanmıştır. Austin'in semantik yaklaşımı yalnızca Dworkin ve Raz tarafından değil Hart tarafından da hukuka tanımcı bir yaklaşımın reddedilmesi suretiyle eleştirilmiştir²¹⁶¹.

Raz toplumsal olgu tezinin çoğunlukla hukukun tasviri ve değerlendirilmesini birbirinden ayırdığı için tavsiye edildiğini belirtir. Buna göre, hukukun tasviri ve değerlendirilmesinin (eleştirisinin) ayrılmasıyla açıklık ve belirlilik sağlanır²¹⁶². Raz toplumsal olgu tezinin bu avantajını kabul etse de bu argümanın tezi desteklemekten çok varsaydığını belirtir²¹⁶³. Bu argüman toplumsal olgu tezinin niçin doğru olduğuna vurgu yapmaktan çok, tezin kabul edilmesi hâlinde hukuka ilişkin anlayışımızda ne gibi olumlu bir gelişme olacağına odaklanır. Neticede, Raz'ın belirttiği gibi, eğer doğal hukukçular olan ve olması gereken hukukun birbirinden kesin çizgilerle ayrılamayacağı konusunda haklıysa, sağlayacağı yarar ne olursa olsun toplumsal olgu tezinin hatalı olduğunu söylemek gerekecektir²¹⁶⁴.

Raz üçüncü olarak toplumsal olgu tezinin hukuk sistemi üzerinde incelemede bulunan kişinin tarafgirliğini engelleyeceği argümanının da ileri sürülebileceğini belirtir. Buna göre, toplumsal olgu tezi hukuk sistemini inceleyen araştırmacının olması gerekene ilişkin görüşlerini ve değer yargılarını bir kenara koyup nesnel biçimde incelenebilecek olgulara dayanarak hareket etmesini gerektirir²¹⁶⁵. Hans Kelsen hukukun olgulara dayanarak açıklanması gerektiğini bu argümanla meşrulaştırmaya çalışan düşünürlerden biridir. Kelsen'e göre, hukukun olgular temelinde değerlendirilmemesi durumunda Bolşevik Rusya, Nazi Almanyası ve Faşist İtalya'da hukuk sistemi olduğu gibi, liberal demokratik ülkelerde de hukuk sistemi mevcuttur. Hukuk sisteminin hukukiliğini siyasi değerlere göre belirleyen bir araştırmacı bunlardan bir veya birkaçının esasında bir hukuk sistemi olmadığını iddia etmek durumunda kalabilir. Oysa hukuk biliminin bu farklı düzenlerinin bazılarının hukuk sistemi

²¹⁶¹ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 13-17.

²¹⁶² Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 41-42.

²¹⁶³ *Ibid.*, s. 42.

²¹⁶⁴ *Ibid.*

²¹⁶⁵ *Ibid.*

olmadığını iddia etmek için bir sebebi yoktur²¹⁶⁶. Raz bu argümanın da toplumsal olgu tezini desteklemekten çok onu varsaydığını vurgular²¹⁶⁷. En nihayetinde, eğer bir toplumsal düzenin siyasi veya ahlaki niteliği kavramsal olarak o düzenin hukuk sistemi olarak adlandırılmasını engelleyecekse, yani Jules Coleman’ın deyimiyle²¹⁶⁸ eğer “faşist hukuk sistemi” ifadesi kavramsal bir çelişki barındırıyorsa, araştırmacının değer yargılarından arınmış bir biçimde hukuk sistemini incelemesi doğru olmayacaktır.

Raz’a göre toplumsal olgu tezini meşrulaştırabilecek argüman hukukun toplumsal bir kurum olmasına dayanır. Buna göre, bir hukuk sisteminin varlığı ve belirlenmesine ilişkin etkililik, kurumsallık ve kaynaklar olmak üzere üç adet değerden bağımsız (*value free*) kriter bulunur²¹⁶⁹. Biz bu kriterlerden ilk ikisini daha önce hukuk sisteminin geçerliliğine ilişkin kısımda yer vermiştik. Bizi burada ilgilendiren kaynak kriteridir.

Kenneth Einar Himma’ya göre, bütün pozitivistler toplumsal olgu tezinin bir versiyonunu benimser²¹⁷⁰. Bununla birlikte, pozitivistler toplumsal olgu tezinin dair iki konuda birbirinden ayrılır. İlk ayrım toplumsal olgu tezinin derecesine ilişkindir. Yumuşak ve sert pozitivism ayrımı burada ortaya çıkar. Kısaca tekrar etmek gerekirse, sert pozitivistler hukuk kurallarının geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesinde toplumsal olgulara yapılan atfın gerekli ve yeterli olduğunu düşünürken, yumuşak pozitivistler değerlendirici kriterlere yapılan atfın kendisinin toplumsal olgulara dayanması durumunda geçerlilik ve içeriğin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulabileceğini kabul eder. Bu ayrımı aşağıda Raz’ın düşünceleri doğrultusunda inceleyeceğiz.

Burada ele alacağımız ikinci bir ayrım hukukun geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesinde hangi toplumsal olguların dikkate alınacağına ilişkindir²¹⁷¹. Örneğin Bentham ve Austin toplumun itaat etme alışkanlığına sahip olduğu bağımsız bir

²¹⁶⁶ Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 5.

²¹⁶⁷ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 42.

²¹⁶⁸ Bkz. Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence”, op. cit., s. 583.

²¹⁶⁹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 42. Bununla birlikte, Raz toplumsal olgu tezi lehine başka argümanların da ileri sürülebileceğini belirtir. Bkz. *ibid*.

²¹⁷⁰ Himma, “Inclusive Legal Positivism”, op. cit., s. 126.

²¹⁷¹ *Ibid*.

egemenin varlığını esas alır²¹⁷². Hart, Tanıma Kuralına dair hukuk uygulayıcıları arasında bir mutabakat olmasını ve muhataplarının genel itibariyle hukuk kurallarına uymasını²¹⁷³, Kelsen ise hukuk sisteminin genel itibariyle etkili olmasını gerekli görmüştür²¹⁷⁴.

Raz ise toplumsal olgu tezine ilişkin yumuşak ve sert pozitivistler arasındaki ayrıma dikkat çeker. Öncelikle güçlü toplumsal olgu tezi (*strong social thesis*) veya kaynak tezinden (*sources thesis*) bahsedelim. Genel toplumsal olgu tezinin formülasyonunun aksine, güçlü toplumsal olgu tezi hukukun varlığı ve içeriğinin *yalnızca* toplumsal olgular temelinde belirlenebileceğini ifade eder²¹⁷⁵. Raz’a göre bir hukuk kuralı hukuk tarafından düzenlenmeyen uyumsuzluklara ilişkin kararların ahlak temelinde verileceğinin öngörüldüğünü varsaymamızı ister²¹⁷⁶. Bu durumda bu kural nedeniyle ahlaki değerlendirmelerin hukuk sisteminin bir parçası olduğu savunulamaz. Ahlaka atıfta bulunan kuralın bir hukuk kuralı olduğu kabul edilse de tıpkı hukuk kuralının atfıyla yabancı hukuk sisteminin bir kuralının uygulanması gibi, burada da ahlakın hukuk sisteminden bağımsız olduğu kabul edilmelidir²¹⁷⁷.

Hatırlanacağı üzere, sistemsel geçerlilik anlayışına dair yürüttüğümüz tartışmada kanunlar ihtilafı durumunda uygulanan kuralın yabancı hukuk sistemine ait bir kural olup olmadığını tartışmıştık. Bu tartışma neticesinde uygulanan kuralın yabancı hukuka ait bir kural olmadığını, nitekim yabancı hukuk sisteminde var olan kuralla, iç hukukta uygulanan kuralların geçerlilik sebebinin (*reason for validity*) farklı olduğunu vurguladık. Bununla birlikte, uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarıldığı durumla belli şartların varlığı hâlinde yabancı hukukun uygulanmasının öngörüldüğü durumlar arasında önemli bir fark olduğunu belirttik. Uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarıldığı durumda, iç hukuka aktarılan sabit bir içeriktir. Bir antlaşmanın uluslararası

²¹⁷² Bkz. Bentham, *Of Laws in General*, op. cit., ss. 18-19; Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., s. 16.

²¹⁷³ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

²¹⁷⁴ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 211-212.

²¹⁷⁵ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 46; Scott Shapiro, *Legality*, op. cit., s. 27; Shiner, “Law and Authority”, op. cit., s. 7; Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, op. cit., s. 65; Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, op. cit., s. 947. Scott Shapiro’nun kaynak tezini plan temelli hukuk teorisine uygulaması konusunda bkz. Shapiro, “Planning Agency and the Law”, op. cit., s. 65.

²¹⁷⁶ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 45-46.

²¹⁷⁷ *Ibid.*, s. 46.

alandaki tadil edilmesi, daha önce iç hukuka aktarılmış olan antlaşmanın kendiliğinden tadil edilmiş olacağı anlamına gelmez. Tekrar bir aktarma işleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Bunun nedeni, aktarma işlemini gerçekleştiren normun, uluslararası hukuk kişilerinin belli eylemlerini iç hukuk açısından hukuk yaratan eylem olarak tanımaması, belli bir içeriği bir iç hukuk normunun içeriği olarak aktarmasıdır. Eğer uluslararası hukuk kişilerinin eylemlerinin hukuk yaratıcı eylem veya olgu olarak tanınması söz konusu olsaydı, uluslararası hukukta tadil edilen antlaşmanın tekrar aktarma işlemine gerek kalmaksızın tadil edilmiş içeriğiyle iç hukukta uygulanabilmesi gerekirdi. Dikkat edileceği gibi yabancı hukukun uygulandığı durumlarda iç hukukta ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın iç hukukta hâkimler tarafından uygulanacak olan kural, yabancı hukuk sistemindeki organların eylemiyle değişebilmektedir. Burada söz konusu olan statik bir içerik aktarımı değildir. İç hukukta hâkimler tarafından uygulanacak olan kural yabancı hukuk sistemi organlarının eylemiyle değişebilmektedir. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı durumunda yabancı hukuka göre karar verilmesini öngören iç hukuk kuralının belli bir hukuk yaratma süreci öngördüğünü kabul etmek gerekir. Bu çerçevedeki argümanları yukarıda yabancı hukukun ve uluslararası hukukun iç hukukta uygulandığı durumlarda sistemsal geçerlilik anlayışının işe yaramadığı, nitekim bu normların iç hukukun bir parçası hâline gelmediği iddiasını çürütmek için kullandık. Ancak, bunu yaparken iç hukukta uygulanan ile sistem dışı geçerliliğe sahip olan normun aynı norm olduğu iddiasını reddettik.

İç hukuk kuralının ahlaka atıfta bulunduğu durumu ele alalım. Burada söz konusu olan içerik dinamik değil, statik bir içeriktir. Ahlakın buyruklarını belirlemek güç olabilir. Ancak, doğru şekilde belirlendiğinde statik bir içeriğe sahiptirler, zaman içinde belli kişi veya organların iradesiyle değişmezler. Bu nedenle de hukuk tarafından ahlaka yapılan atıflar ayrı ayrı iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların durumuna benzemektedir. Eğer hâkimlerin hakkında hüküm bulunmayan konularda ahlaka göre karar vereceğini öngören bir hukuk normu mevcutsa, hâkim karar verirken ahlaki bir ilkeyi uyguluyor olamaz. Bunun nedeni ahlaki ilkenin geçerliliğini aldığı normla iç hukukta hâkimin kararının dayanağını oluşturan “*ahlaki içerikli norm*”un geçerlilik kaynaklarının farklı olmasıdır. Hâkim tarafından uygulanan norm geçerliliğini hukuktan almaktayken, ahlaki ilke geçerliliğini en nihayetinde kategorik emperatiften alır. Daha önce de vurguladığımız gibi, geçerlilik sebebi farklı olan iki norm, aynı eylemle

yaratılsa dahi, aynı norm olamaz. Dolayısıyla, Raz hukuk kurallarının ahlaka atıfta bulunduğu durumlarda ahlaki ilkenin kendisinin hukuk sisteminin bir parçası hâline gelmediği konusunda haklı olabilir. Ancak, bu durum kaynak tezinin doğru olduğunu gösterir mi?

Raz'ın kaynak tezine ilişkin savunması hâkimlerin hukuku uyguladığı ve hukuk yarattığı durumlara ilişkin bir ayrıma dayanır²¹⁷⁸. Bu argümanları detayıyla değerlendirmek yumuşak ve sert pozitivizm arasında bir karar vermek anlamına geldiğinden ve bu karar çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, argümanlara ilişkin genel bir çerçeve sunmak ve argümanların geçerliliğiyle ilgili temel kaygımızı ifade etmekle yetineceğiz.

Öncelikle Raz'ın hukukun içeriğinin ve geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulamayacağına dair görüşünü hatırlayalım. Buna göre, hukukta iki tür akıl yürütme mevcuttur. Bunlardan biri hukuka doğru, yani hukukun geçerliliği ve içeriğinin belirlenmesi amacıyla akıl yürütme, diğeri ise varlığı ve içeriği belirlenen hukuktan yola çıkılarak yapılan akıl yürütmedir²¹⁷⁹. Raz'ın hukukun varlığı ve içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulamayacağına ilişkin görüşü yalnızca ilkinin ilişkindir²¹⁸⁰. Raz hâkimlerin hem hukuk uygulama hem de hukuk yaratma fonksiyonunu birlikte yürüttüğünü, bu iki fonksiyonun ayrımı kimi zaman zor olsa da belli durumlarda ayrımın açık olduğunu belirtir²¹⁸¹. Raz'a göre hâkimler ahlaki değerlendirmelere hukuku uygularken değil, hukuk yaratırken başvurur (*developing the law*). Bir başka deyişle, hukukun açık olduğu, yargıçların hukuk yaratması gerekmeyen durumlarda hukuk kaynaklarından yola çıkılarak yapılan akıl yürütme değerlendirici unsurlar barındırmazken, hukukun belirsiz olduğu, yani hukukun bir konuda belirli bir yanıt sağlamadığı durumlarda yapılan akıl yürütme kaçınılmaz olarak değerlendirici unsurlar içerecektir²¹⁸². Yani, hukuktan yola çıkılarak yapılan akıl

²¹⁷⁸ Bkz. Raz, *The Authority of Law*, op. cit., ss. 49-50.

²¹⁷⁹ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 376.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, ss. 377-378.

²¹⁸¹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., s. 49.

²¹⁸² *Ibid.*, ss. 49-50.

yürütme de her zaman değerlendirci unsurlar içermek zorunda değildir. Raz, kaynak tezinin belirtilen ayırımla uyuşan, bu ayırımı açıklayabilen bir tez olduğunu vurgular²¹⁸³.

Raz'ın kaynak tezine destek olarak sunduğu ikinci argüman ise, söz konusu ayırım ve bu ayırımı açıklayan kaynak tezinin muhatapların bağlı kabul edildiği, kamusal olarak belirlenebilir standartlar sağlaması ve böylece muhatapların söz konusu standardın ahlaki açıdan gayrimeşru olduğunu iddia ederek ihlallere bahane bulmalarının önüne geçmesi, kısacası hukukun otoritesini sağlamasıdır²¹⁸⁴.

Burada söyleyeceğimiz hiçbir iddia nihai olmayacaktır. Ancak, yine de Raz'ın kaynak tezi hakkındaki şüphelerimiz, bağdaştırma projesinin pozitivist bir tez olup olmadığının değerlendirilmesinde toplumsal olgu tezini esas almamızı açıklayan nedenlerden bir tanesidir. İlk argümana ilişkin iki temel sorun olduğunu düşünüyoruz. İlk olarak Raz niceliksel, dereceli bir argümandan niteliksel bir sonuç çıkarıyor gibidir. Hukukun açık seçik olduğu, kuralın ifadesinde kullanılan sözcüklerin anlamı hakkında hâkimler arasında belli bir uzlaşmanın bulunduğu durumlarda yorum faaliyeti daha basit ve doğrudan bir şekilde ortaya çıkıyor olabilir. Hukuki metinlerin anlamının bu denli açık olmadığı, normun belirsiz olduğu durumlarda yorum faaliyeti de giriftleşip, daha karmaşık hâle geliyor, farklı hâkimler daha farklı sonuçlara ulaşıyor olabilir. Ancak, en nihayetinde her iki durumda da söz konusu olan yorum faaliyetidir. Nitekim bir metnin anlamının algılanması mutlak suretle yorum gerektirir. Hâl böyleyken, hâkimlerin yorumları belli bir karmaşıklık seviyesini aştığında, hukuki metnin anlamlandırılması için daha fazla çaba sarf edip, daha fazla argümanın değerlendirilmesi gereken durumlarda hâkimlerin hukuk yarattığı, anlamın daha kolay belirlenebildiği durumlardaysa hukuku uyguladığı iddia edilmektedir. Biz gerçekleştirilen yorum faaliyetinin karmaşıklık derecesinin gerçekleştirilen faaliyetin niteliğini değiştirebileceğinden emin değiliz.

Belki Raz'ın hukuk kuralının anlamının belirsiz olduğu durumlardan değil, hukukun belli bir konuda düzenleme içermediği durumlardan bahsettiği düşünülebilir. Ancak, dikkat edilecek olursa Raz özellikle hukukun belirsiz olduğu durumlara dikkat çekmekte ve bu gibi durumlarda hukuk kurallarından hukuki sonuç istihraç

²¹⁸³ *Ibid.*, s. 50.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, ss. 51-52.

edilemeyeceğini vurgulamaktadır²¹⁸⁵. Oysa hukukun içeriğinin belirsiz olduğu durumlarda hâkimlerin hukuk yaratarak (*developing the law*) yürüttüğü faaliyet yalnızca hukukun belirsiz içeriğini belirli hâle getirmek içindir. Bu aşamada kullanılan değerlendirici argümanlar hâkimlerin hukuk kuralını anlamlandırmasına yarar. Bir başka deyişle, hangi argümanlar kullanılırsa kullanılsın, hâkimlerin kararının geçerlilik dayanağı, en başta anlamı belirsiz olan hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, hâkimlerin belli kuralların içeriğini belirleyebilmek için değerlendirici kriterlere başvurduğu söylenemez mi? Bir başka deyişle, ahlaki ilkelerin veya diğer değerlendirici normların hukuk normlarının atfıyla birer norm olarak hukuk sisteminin bir parçası olduğu iddiası ve hukuk normlarının içeriğinin belirlenmesinde ahlaki veya diğer değerlendirici kriterlere başvurulamayacağı iddiası birbirinden ayrılmalıdır. İlk iddianın yanlışlığı konusunda Raz’a katılabiliriz. Ancak, hukuki metinlerde geçen ahlaki terimlerin ideal ahlaka değil, pozitif ahlaka atıfta bulunmak zorunda olduğu gösterilmedikçe, ki biz bunu göstermenin mümkün olduğunu pek düşünmüyoruz, hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere *başvurulabileceğini* kabul etmek gerekir.

Benzer açıklamalar hukuk sisteminin hukuk kurallarının geçerliliği için ahlaki kriterler öngördüğü durumlar için de yapılabilir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olduğuna hükmeden hâkim hangi sebebe dayanmaktadır? Kuşkusuz bu sebeplerden bir tanesi geçerliliği değerlendirilen normun hiyerarşik üstünün ahlaka aykırılığı geçersizlik nedeni olarak öngörmesidir. Ancak, hiyerarşik üstün belirlenmesi hâkim açısından tam bir sebep teşkil eder mi²¹⁸⁶? Hiyerarşik üstün ahlaka aykırılığı geçersizlik nedeni olarak öngörmesi hâkim açısından eksik bir sebeptir. Nitekim geçerliliği değerlendirilen sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu olgusuna yer vermeden tek başına sözleşmenin geçersizliğini açıklamaya yetmemektedir. Anılan iki olgu ancak birlikte hâkimin sözleşmenin geçersiz olduğu yönündeki tespitini gerekçelendirebilir. Ne tek başına ahlaka aykırılık ne de ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağının bir hukuk kuralı tarafından belirlenmiş olması sözleşmenin geçersizliğine karar veren hâkimin eylemini gerekçelendirmeye yetmez. Dikkat edilecek olursa kaynak tezi bu noktada ahlaka aykırılıktaki ahlakın pozitif ahlak olduğunu göstermedikçe, ideal ahlakın hukuk kurallarının geçerlilik kriteri olamayacağını savunmak mümkün değildir. Kimi

²¹⁸⁵ *Ibid.*, ss. 49-50.

²¹⁸⁶ Tam sebep kavramı için bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, ss. 22-25.

durumlarda hukuk sistemlerinin “toplum tarafından benimsenen değerlere” atıfta bulunduğu doğrudur. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 216. maddesinin 3. fıkrası “Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi...”den bahsetmektedir. Bu noktada atıfta bulunulanan dini değerlerin kendisi değil, halk tarafından benimsendiği şekliyle dini değerler olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasında geçen “...ahlaka... aykırı...sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” ifadesi açısından aynısını düşünmek için bir sebebimiz yoktur. Buradaki atfın pekâlâ ideal ahlaka yapıldığı düşünülebilir. Bu durumda ise hâkimlerin bir normun geçerliliğini belirlerken ahlaki, yani değerlendirci akıl yürütmeye başvurusu kaçınılmaz olacaktır.

Bu son açıklamamız kabul edilmese ve Raz’ın açıklamalarının yalnızca hukukun belli bir konuyla ilgili hiçbir düzenleme içermediği durumlara ilişkin olduğu düşünülse dahi yukarıda Kelsen’in anlayışına dayanarak savunduğumuz “hukukta boşluk olmaz” düşüncesi karşımıza çıkmaktadır. Bu düşüncenin savunusunu burada tekrar yapmaya gerek yoktur. Şu kadarını belirtmekle yetinelim ki mahkemelerin bir konuda hukuki bir sonuca varabilmesi için mutlaka o konuyu düzenleyen bir hukuk kuralının olması gerekmez. Kelsen bir duruma ilişkin hiçbir spesifik hukuk kuralının olmadığı durumlarda hukuk sisteminin bütününden bir sonuç çıkarılabileceğini ifade eder²¹⁸⁷. Örneğin özgürlüğün asıl olduğu alanlarda yasaklanmayan her eylem serbesttir veya yetkisizliğin asıl olduğu alanlarda açık yetkinin yokluğunda kişi veya organ yetkisiz sayılmalıdır gibi akli ilkeler²¹⁸⁸ açık hukuki düzenlemenin bulunmadığı durumlarda hukuk sisteminin bütününden hukuki sonuçlar istihraç edilmesini sağlar. Elbette, bu ilkelerin geçerliliği sorgulanabilir. Biz yukarıda elimizden geldiğince “hukukta boşluk olmaz” düşüncesini savunmaya çalıştık. En azından bu düşüncenin Raz’ın hukukun uygulanması-hukukun yaratılması ayırımına niçin sıcak yaklaşmadığımızı açıklayabildiğini umuyoruz. Eğer açıklamamız kabul edilirse hâkimlerin niçin hukuk sistemi tarafından düzenlenmeyen bir konuda karar verirken dahi hukuk yaratmadığı/yaratmaması gerektiği anlaşılabilir. Hemen belirtelim ki bu düşüncenin kabul edilmesi hâlinde hâkimlerin hukuk sisteminde yürüttüğü fonksiyonun anlamsızlaştırılması, hâkimlik mesleğinin küçümsenmesi de söz konusu olmayacaktır.

²¹⁸⁷ Bkz. Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 227.

²¹⁸⁸ Bu ilkelerin mantıksal niteliğine dair bkz. Gözler, “Yorum İlkeleri”, op. cit., s. 22.

Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi hâkimler hâlihazırda yalnızca hukuki metnin lafzi yorumuyla değil, ahlaki, sağduyu kaynaklı, ekonomik ve siyasi pek çok alanı ilgilendiren bir yorum faaliyetiyle meşgul olmak durumundadır.

Raz'ın kaynak tezi lehine ikinci argümanı şunu ifade etmektedir: Eğer muhataplar her hukuk kuralını meşruiyet temelinde sorgulama şansına sahip olursa, hukuk kendisinden beklenen toplumsal işbirliği ve koordinasyon görevini yerine getiremeyecek, otoritesini sağlayamayacaktır. Nitekim hukukun temel fonksiyonlarından bir tanesi toplumun mensuplarının fikirlerinin belli bir noktada şahsi fikirleri olmaktan çıkıp bütün mensuplar açısından bağlayıcı olmasını sağlamaktır²¹⁸⁹. Bu nedenle de hukuk kurallarının geçerliliğinin toplumsal olgulara dayandırılması gerekir. Öncelikle bu tezin de Raz tarafından eleştirilen “araştırmacının tarafsızlığı” ve “hukukun tasviri ile değerlendirilmesinin birbirinden ayrılması” argümanları gibi, kaynak tezini desteklemektense, kaynak tezini varsaydığı belirtilmelidir. Başka bir yerde Raz tarafından vurgulandığı gibi, hukukun toplumsal işbirliğini ve koordinasyonu sağlamaktan başka birçok amacı olabilir ve Raz bunlardan hiçbirinin diğerlerini kapsamadığını düşünmektedir²¹⁹⁰. Hâl böyleyken, hukukun yerine getirmesi beklenen fonksiyonlardan bir tanesini kaynak tezi olmadan yerine getiremeyecek olması kaynak tezinin doğruluğunu göstermez. Belki de hukukun yerine getirmesi gereken fonksiyon, eğer böyle bir fonksiyon hukukun vazgeçilmez unsuru olarak görülebilirse, toplumsal koordinasyon ve işbirliğinden farklı, adaleti sağlamak gibi ahlaki bir fonksiyondur²¹⁹¹. Bu durumda bir tezin doğruluğunun fonksiyonel anlamda bir fayda sağlayacak olması tezin doğruluğunu göstermemektedir.

İkinci olarak, muhatapların hukuk kurallarının meşruiyetini sorgulayarak ihlalleri haklı göstermeye çalışmasının hukukun kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirememesine neden olacağı kabul edilse bile, hukuk sistemlerinin hâlihazırda muhataplara bu hakkı tanıdığı durumlar söz konusudur. Örneğin bir kanun ahlaka aykırı

²¹⁸⁹ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 50-51.

²¹⁹⁰ Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., ss. 374-375.

²¹⁹¹ Belirtmek gerekir ki biz hukukun ahlaki bir fonksiyonu olduğunu iddia etmiyoruz. Ancak, eğer toplumsal işbirliği ve koordinasyon Raz'ın belirttiği gibi hukukun pek çok fonksiyonundan yalnızca bazılarıysa, ileri sürülen argümanın kaynak tezini doğrulamadığını belirtmek için böyle bir örnek veriyoruz.

sözleşmelerin geçersiz olduğunu öngörüyorsa, taraflardan birinin mahkemede bu iddiayı dile getirmesi hukukun toplumsal işbirliğini sağlama işlevine olumsuz bir katkı mı yapmaktadır? Bu noktada kaynak tezinin savunusu şu şekilde yapılabilir: Tarafın mahkemede ileri sürdüğü ahlaka aykırılık ideal ahlaka aykırılık değildir. Tarafın iddia ettiği sözleşmenin mahkeme tarafından daha önceki kararlarda üzerinde uzlaşmış kriterlere, yani ahlaka aykırılığa ilişkin mahkeme içtihadına aykırılıktır. Dolayısıyla, ilgili taraf hâlâ yalnızca toplumsal olgulara (hâkimlerin uzlaşısı) dayanarak belirlenebilen bir karara atıfta bulunmaktadır. Bu savunmayla ilgili iki temel sorun vardır. İlk olarak *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde tarafın iddiasının mahkeme içtihadına dayandığı ileri sürülebilir. Ancak, hukuk sistemlerinin önemli bir bölümünde *stare decisis* ilkesi geçerli değildir. Bu sistemlerde de mahkemeler büyük ölçüde önceki kararlarını takip etseler dahi bunun nedeni mahkemeleri bağlayan ve toplumsal olgulara atıfta belirlenebilen genel nitelikli bir normun bulunması değildir²¹⁹². Teorik açıdan her mahkeme somut durumda yeni bir karar verir. Dolayısıyla, kanımızca *stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı hukuk sistemlerinde ahlaka aykırı sözleşmenin geçersiz kabul edilmesini talep eden tarafın, ahlaka aykırılığı açıklarken mahkemelerin daha önce üzerinde hemfikir olduğu kriterlere değil, doğrudan ideal ahlaka atıfta bulunduğu kabul edilmelidir.

Kaldı ki *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde olsak dahi, mahkemelerin ahlaka aykırılığın ne anlama geldiğine dair ilk kararının kendi aralarında üzerinde uzlaşmış kriterlere atıfta verilmesi mümkün değildir. Keza, *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde de hâkimlerin uzun süredir uygulanagelmış içtihattan döndüğüne rastlayabiliriz. İctihattan dönen bu kararların da tıpkı *ilk karar* gibi hâkimlerin pozitif ahlakına değil, ideal ahlaka atıfta bulunabileceği kabul edilmelidir.

Elbette buradaki iddiamız içtihattan dönerken hâkimlerin yalnızca veya mutlaka ideal ahlaka atıfta bulunması gerektiği değildir. İctihat değişikliği toplumsal olgulara göre belirlenebilir bir kaynağa ilişkin yorumun değerlendirici olmayan sebeplerle değişmesinden de kaynaklanabilir. Keza özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde

²¹⁹² *Stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı hukuk sistemlerinde mahkeme kararlarını daha önceki içtihadı değil, doğrudan kanun ve yürürlükteki ilgili mevzuatı uygulayan birel işlemler olarak görmek gerekir (Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 144). Türk hukukunda mahkeme kararlarının birel nitelikli olmasının tek istisnası yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarıdır (Gözler, *Hukuka Giriş*, op. cit., s. 178).

hâkimler içtihadı belirlerken ve değiştirirken yasa koyucunun iradesi, yasama çalışmaları gibi kamusal olarak belirlenebilir, toplumsal olgulara dayalı kaynaklara atıfta bulunmaktadır. Ancak, hâkimlerin kanun metninde geçen “ahlak” ifadesini yasa koyucunun anladığı şekilde yorumlamak, ideal ahlaka ilişkin tartışma ve değerlendirmelerden kaçınmak yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hukuki yorum yöntemlerine ilişkin tartışmalar bu kaynaklardan hangisinin hukuk normunun içeriğinin ve geçerliliğinin belirlenmesinde başvurulabilir olduğu değil, hangisine başvurmanın siyasi, ahlaki ve benzeri perspektiflerden arzu edilebilir olduğudur. Eğer iddia kaynak tezini katı biçimde benimseyen bir hukuk sisteminin hukuki belirlilik açısından daha üstün olacağı, bu sistemde hukuki yükümlülüklerin daha kolay belirleneceği ise Raz haklı olabilir. Ancak, Raz açıkça kaynak tezinin hukuki belirlilikle bir ilgisi olmadığını belirtir. Ona göre ahlaki konulardaki uzlaşmazlıkların sosyolojik, siyasi, ekonomik veya diğer olgusal bilimlerin alanında olanlardan daha fazla olduğu söylenemez²¹⁹³.

Raz’ın kaynak tezi lehine geliştirdiği argümanları burada nihai olarak çürütmek mümkün değildir. Bunun için Raz’ın argümanının arka planında yatması muhtemel farklı olasılıkları teker teker değerlendirmek ve eleştirmek gerekir. Bununla birlikte, kaynak tezi lehine öne sürülen argümanların ikna edici olduğunu varsaysak dahi, bağdaştırma projemizi toplumsal olgu tezine dayanarak sınamak için geçerli sebeplerimiz vardır. Hukuki pozitivistin tek seçeneği kaynak tezi doğrultusunda sert pozitivismi savunmak değildir. Elbette, sert ve yumuşak pozitivism tartışmaları hangi yaklaşımın pozitivist bir görüşü hakkıyla temsil ettiğine ilişkindir²¹⁹⁴. Bununla birlikte, yumuşak ve sert pozitivism arasındaki tartışmayı çalışmanın kapsamı dışında bıraktığımıza göre, yumuşak pozitivismi gerçek pozitivism olarak kabul etmemek için bir sebebimiz bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bağdaştırma projesini toplumsal olgu tezini esas alarak sınamamız yeterli olacaktır. Dahası, bu tercihimizin çalışma bakımından isabetsiz, doğruluğundan şüphe duyulacak bir sonuca yol açması da

²¹⁹³ Bkz. Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, op. cit., s. 387.

²¹⁹⁴ Örneğin, Finnis pozitivismin ahlak konusunda da tasvirî bir bakış açısı benimsemesi gerektiğini ileri sürerek yumuşak pozitivistlerin hukuk sisteminin ideal ahlak normlarını bir hukuk normunun geçerlilik kriteri olarak belirleyebileceğini kabul etmesinin hata olduğunu düşünür (Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, op. cit., s. 15). Raz da toplumsal olgu tezinin hukuki pozitivismi karakterize etmeye uygun olmadığını, toplumsal olgu tezine dayanan bir teorinin pozitivist olmayabileceğini vurgular (Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, op. cit., ss. 46-47).

mümkün değildir. Nitekim aşağıda göreceğimiz gibi, bağdaştırma projesi daha az talepkâr olan toplumsal olgu tezine dahi uygun değildir.

Netice itibariyle, bağdaştırma projesinin sınanması için toplumsal olgu tezini esas alacağız. Bu tez bir hukuk normunun geçerliliği ve içeriğinin toplumsal olgu dışındaki değerlendirici kriterlere başvuruyla belirlenmesinin zorunlu olmadığını, bu gerekliliğin ancak toplumsal olgulara dayanan bir hukuk normunun atıfta bulunması durumunda ortaya çıktığını savunur.

2. Bağdaştırmanın Toplumsal Olgu Tezine Uygunluğu

Yukarıda toplumsal olgu tezinin hukukun içeriği ve varlığına (geçerliliğine) olmak üzere iki çehresi olduğunu gördük. Buradaki değerlendirmelerimiz bağdaştırma projesinin hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurma zorunlu olup olmadığıyla başlayacak ve bağdaştırma projesinin hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulmasını zorunlu hâle getirmediği iddia edilecektir. Sonrasında bağdaştırma projesinin hukuk kuralının geçerliliği açısından değerlendirici kriterlere başvurulmasını zorunlu tutup tutmadığı tartışılacak ve projenin bu bakımdan toplumsal olgu tezini ihlal ettiği ortaya konacaktır.

Bağdaştırma tezinin bir hukuk kuralının veya hukuk sistemindeki bazı kuralların içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurmaları zorunlu kılan bir tarafı bulunmamaktadır. Bizim yaklaşımımıza göre, hukuk kuralının ahlak, adalet, insanlık onuru vb. kavramlara atıf yaptığı durumlarda hukuk kuralının anlamının belirlenmesi için hukuk yetkilileri arasında bu kavramlara ilişkin, toplumsal olgu niteliği taşıyan uzlaşmadan öteye geçilmesi ve bu kavramların içeriğinin ideal ahlaka dayanarak belirlenmesi gerekebilir. Ancak, hukuk sistemindeki bazı kuralların bu tür kavramlara atıf yapması zorunlu değil olumsal bir husustur. Bir toplumsal düzenin hukuk sistemi niteliği taşıyabilmesi için bazı kurallarının bu tür kavramlara başvurmaları zorunlu değildir. Biz bir toplumsal düzenin hukuk sistemi niteliği taşıyabilmesi için hangi olgusal şartları yerine getirmesi gerektiğini yukarıda ortaya koymuştuk.

Bağdaştırma projesi bir irade açıklamasının hukuk normu niteliği taşıyabilmesi için muhataplarının söz konusu irade açıklaması doğrultusunda hareket etmek için eylem sebebine sahip olması gerektiğini iddia eder. Buna dayanarak bu şartın hukuk kuralının içeriğinin ahlak veya sağduyu açısından bir gereklilik ifade etmesi gerektiği, dolayısıyla hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurmayı zorunlu kıldığı düşünülebilir. Ancak, bu düşünce iki sebeple doğru olmaz.

İlk olarak, bu düşünce bir hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesinde değil, geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulmasından bahsetmektedir. Nitekim bağdaştırma projesi içeriğin kendisinin belirlenmesinde değil, söz konusu içeriğin bir hukuk normunun içeriği olup olmadığının belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulmasını zorunlu kılar.

İkinci olarak, muhatapların bir hukuk kuralına uymak için ahlaki veya sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olmasının gerektiği doğru olsa da, bu şart hukuk kuralının içeriğinde ahlaki veya sağduyuya ilişkin değerlendirmelere başvurarak belirlenmesi gereken kavram veya kavramların yer almasını gerektirmez. Örneğin “Kimse hırsızlık yapmayacaktır ve hırsızlık yapanlar hapis ile cezalandırılacaktır” normları²¹⁹⁵ muhataplarının uymak için ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebebe sahip olduğu normlardır. Nitekim hırsızlık ahlaken de kötü bir eylemdir ve bir başka normun hırsızlığı yaptırıma bağlaması aynı zamanda muhataplara norma uymak yönünde sağduyu kaynaklı bir sebep sağlamaktadır. Bununla birlikte, normların içeriğini belirlemek için ahlaki veya sağduyu kaynaklı değerlendirmelere başvurmak gerekmemektedir. Bunun nedeni, bağdaştırma projesinin muhatapların norma uymak için sahip olduğu sebeplerin hukuk normunun içeriğinden kaynaklanmasını şart koşmamasıdır. Muhatapların norma uymak için sahip olduğu sebebin norma dışsal olması pekâlâ mümkündür. Örneğin muhatapın “Kimse hırsızlık yapmayacaktır” normuna uymak için sahip olduğu sağduyu kaynaklı

²¹⁹⁵ Normu ve yaptırım içeren kuralı ayrı normlar olarak gördüğümüz unutulmamalıdır. Clark da yaptırımın kötülüğü öngören norm olduğunu düşünmektedir (Edwin Charles Clark, *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge: Cambridge University Press, 1883, s. 133). Yaptırıma ilişkin norm ile muhatapın eylemine ilişkin norm farklı muhataplara sahip olduğu ve farklı eylemler gerektirdiği için, bu ikisinin aynı normun parçası olduğu düşünülemez. Bunun farkında olan Kelsen, yaptırımı hukuk normunun zorunlu unsuru olarak görerek hukuk normunu cebrilik kriteri üzerinden diğer normatif sistemlerinin normlarından ayırlabileceğini düşündüğü için hukuk kurallarının asıl muhataplarının yaptırım uygulayacak merci ve kişiler olduğunu iddia etmiştir (Kelsen, *General Theory of Norms*, op. cit., s. 52).

sebeup bir başka norm tarafından öngörülen yaptırımdan kaynaklanır. “Kimse hırsızlık yapmayacaktır” normunun içeriğinde anlamının ortaya konulması için değerlendirici kriterlere başvurulmasını gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. Ayrıca Raz ve otorite temelli hukuk anlayışının da ortaya koyduğu gibi, kimi zaman muhatapların hukuk kuralına uymak için sahip olduğu eylem sebebi kuralı koyanların niteliğinden de kaynaklanabilmektedir. Muhatapların otoritatif direktiflere uymak için sahip olduğu eylem sebebi de hukuk kuralının içeriğinden bağımsızdır.

Toplumsal olgu tezinin ikinci anlamı hukuk kurallarının geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurmanın zorunlu olamayacağını ileri sürer. Buna göre, belli toplumsal olguların geekleşmiş olması hukuk kuralının geçerliliği için yeterli olabilir. Toplumsal olgu tezinin iddiasını sistemsel geçerlilik üzerinden okuyacak olursak, bir hukuk kuralının geçerliliği sistem tarafından belirlenen bazı şartların (oylama çoğunluğu, şekil ve usul şartları vb.) geekleşmesine bağlıdır. Eğer parlamento üyelerinin belli bir çoğunluğu, belli bir içeriği oylamış ve kanun olarak kabul etmişse, söz konusu irade açıklaması bir kanuna vücut verecektir. Bu şekilde ifade edilen geçerlilik anlayışında herhangi bir değerlendirici kritere başvurmadan, sırf toplumsal olgular temelinde kanunun geçerliliğini tespit etmek mümkündür. Biz sistemsel geçerlilik anlayışının eksikliğini hukuk kurallarının normatif niteliğini açıklayamaması olarak ifade ettik ve hiçbir muhatabın uymak için eylem sebebine sahip olmadığı bir irade açıklamasının norm olarak nitelendirilemeyeceğini belirttik. Bağdaştırma da burada devreye girdi.

Buna göre, sistem tarafından belirlenen toplumsal olgular geekleşmiş olsa dahi, muhatapların ortaya konan içeriğe uymak için en ufak bir sebebi yoksa ortada bir norm olduğundan bahsedemeyiz. Dolayısıyla, bir normun geçerliliğinin tespitinde ahlak veya sağduyu kapsamında değerlendirici kriterlere başvurmak zorunludur. Bu anlamda bağdaştırma projesi açıkça toplumsal olgu tezini ihlal etmektedir. Nitekim değerlendirici kriterlere başvuru aksiyo-sistemsel ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışlarının olumsal değil, zorunlu bir niteliğidir.

Nihai bir karara varmadan önce bağdaştırma projesinin toplumsal olgu tezini ihlal etmeyecek biçimde yeniden ifade edilmesinin mümkün olup olmadığını

değerlendirmek gerekir. Neticede eylem sebepleri de birer olgu olduğuna göre belki bağdaştırma projesini değerlendirici kriterlere yer vermeden yeniden ifade etmek mümkün olabilir. Örneğin John Austin ödev (*duty*) ve emrin ancak bir yaptırımın varlığı hâlinde mevcut olduğunu belirtir²¹⁹⁶. Yaptırım içermeyen irade açıklamalarının ise bağlayıcı olmadığını, bu tür irade açıklamalarının hukuk olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığını vurgular²¹⁹⁷. Böylelikle, Austin'in teorisinde geçerli olan her hukuk kuralının muhataplarına sağduyu kaynaklı bir eylem sebebi sağlayacağını söyleyebiliriz. Buna rağmen, Austin'in teorisinde bir hukuk kuralının geçerliliğini belirlemek için değerlendirici kriterlere başvurmak gerekmez. Egemenin bir kuralı yaptırım tehdidiyle ihdas etmesi toplumsal olgulara dayanarak belirlenebilecek bir husustur.

Benzer bir tespiti saf hukuk kuramı açısından da yapabiliriz. Kelsen'e göre, yaptırım içermeyen veya hiçbir şekilde yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olmayan işlemler hukuken ilgisizdir (*legally irrelevant*)²¹⁹⁸. Her ne kadar Kelsen hukuken ilgisizliğin geçersizlik anlamına geldiğini açıkça söylememiş olsa da, bu ifadenin başka şekilde yorumlanabileceğini düşünmüyoruz²¹⁹⁹. Yaptırıma bağlanmayı hukuki geçerliliğin şartı olarak benimsemeye ilişkin iki temel sorun vardır. Bunlardan birine zaten daha önce değindik. Hart'ın önemle vurguladığı gibi hukuki normativite yalnızca sağduyu kaynaklı yaptırım kavramı temelinde açıklanamaz²²⁰⁰. Her şeyden önce muhatapların hukuk kuralına uymak için ahlaki sebeplerinin olması da mümkündür. Kaldı ki, muhatapların hukuk kuralına uymak için yaptırım dışında sağduyu kaynaklı sebepleri de olabilir. Örneğin hukuk ihlallerine karşı toplumsal tepkiden çekinen bir muhatap da -merkezî bir yaptırım öngörülmemişse bile- kurala uymak için sağduyu kaynaklı bir sebebe sahip olacaktır. Bu durumda merkezî yaptırımın öneminin hukuk sistemini diğer toplumsal düzenlerden ayırmak olduğu ve dolayısıyla da toplumsal

²¹⁹⁶ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., s. 23.

²¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 32.

²¹⁹⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 52.

²¹⁹⁹ Önceki bir çalışmamızda Kelsen'in yaptırım içermeyen veya bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olmayan kuralların niçin hukuken ilgisiz olduğunu iddia edip, geçersiz olduklarını vurgulamadığını anlayamadığımızı ve saf hukuk kuramında bu tür normların geçersiz olmasını gerektirecek bir durum olmadığını vurgulamıştık (Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", op. cit., ss. 714-719). Sanıyoruz kabul edilmesi gereken saf hukuk kuramında hukuki geçerliliğin yalnızca sistemsel geçerlilik ile açıklanmadığı, sistemsel geçerliliğin dışında kalmakla birlikte Kelsen tarafından doğrudan geçerlilik şartı olarak değil, hukuk normu olmanın şartları olarak belirlenen ek kriterler olduğudur.

²²⁰⁰ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 82-91.

tepkiden kaynaklanan sağduyu kaynaklı sebeplerin hukuki normativite için yeterli olmadığı düşünülebilir. Yaptırımın yalnızca toplumsal tepkiden ibaret kaldığı ve merkezî bir yaptırım sisteminin mevcut olmadığı düzenlerin hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır²²⁰¹. Bu tespitle hukuk sisteminin şartlarından biri olan etkililik arasında bağlantı kurulabilir. Toplumsal tepkilerden ibaret bir yaptırım mekanizmasına sahip olan bir toplumsal düzen, büyük ihtimalle etkisiz olacaktır²²⁰². Ancak, bu söylenenler hukuk sistemi açısından öngörölmüş şartlardır. Hukuk sisteminin bir bütün hâlinde sahip olması gereken şartlar ile o sisteme ait hukuk normları açısından öngörölen şartlar aynı değildir²²⁰³.

İkinci olarak Austin ve Kelsen tarafından izlenen stratejinin bir hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde başvuru değeri değerlendirici kriterleri gizlemekle yetindiğı, perdenin arkasına bakıldığında bu anlayışların da bir hukuk normunun geçerli olabilmesi için toplumsal olgular dışındaki hususların değeri değerlendirilmesini gerektirdiğı ileri sürölebilir. Bunun görmek için yaptırım kavramının nasıl tanımlandığına bakmak yeterli olacaktır. Austin'e göre yaptırım kural ihlali durumunda uygulanacak olan kötölüktür (*evil*)²²⁰⁴. Bu durumda bir normun geçerliliğini belirlemeye çalışan hâkim, egemenin irade açıklamasında bu kötölük tehdidinin bulunup bulunmadığını incelemek durumundadır. Buradaki değeri değerlendirici kriter de bir açıdan bizim "minimum bağlayıcılık" kriterimiz kadar minimumdur. Her ne kadar bir şeyi bir muhatap açısından kötölük niteliğı taşıyıp taşımadığı genellikle ilk bakışta kolayca belirlense de bu belirlilik ortada bir değeri değerlendirme olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, eğer hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde değeri değerlendirici kriterlere başvurulamayacağı iddia edilecek ve bu şarta uymayan teorilerin pozitivist olmadığı ilan edilecekse, belki de Kelsen ve Austin'in teorilerinin de pozitivist olmadığını söyleyebiliriz.

²²⁰¹ Hart ihlali tespit edecek özel olarak yetkilendirilmiş bir mercinin yokluğu ve her bireyin yaptırım uygulamakla yetkilendirilmiş olmasını ilkel toplumsal düzenlerin bir özelliğı olarak görür (*ibid.*, ss. 93-94).

²²⁰² *Ibid.*

²²⁰³ Yukarıda gördüğümüz gibi biz hukuk sistemindeki normlar açısından aksiyon-sistemsel geçerlilik anlayışını benimserken, hukuk sisteminin geçerliliğı için aksiyon-olgusal geçerlilik olarak adlandırdığımız başka bir kriter, ayrı bir geçerlilik anlayışı belirlemek durumunda kalmıştık.

²²⁰⁴ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op.cit.*, s. 22. Austin, yaptırımın yalnızca kötölükle ilişkilendirilebileceğini düşünerek, Bentham, Locke ve Paley gibi yazarlar tarafından yaptırımın ödöl, yani bir tür iyilik olarak da ortaya çıkabileceğı düşüncesine katılmaz (*ibid.*, s. 23).

Bağdaştırma projesini toplumsal olgu tezine uygun hâle getirmek için başvurulabilecek bir başka yol hukuka uyma yönünde genel bir yükümlülük olduğunu iddia etmektir. Eğer böyle bir yükümlülük mevcutsa muhatapların hukuk kuralına uymak için sırf söz konusu kuralın bir hukuk kuralı olmasından dolayı belli bir eylem sebebine sahip olacağı iddia edilebilir. Böylelikle, hukuka uyma yönündeki genel yükümlülüğün değerlendirici olmayan kriterlerden kaynaklandığı, yani olan ve olması gereken hukuk arasında bir ayrıma gitmeden bu yükümlülüğün mevcut olduğu gösterilebilir ve hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurmak zorunlu olmaktan çıkarılır. Biz bu çalışma kapsamında hukuka uyma yönünde genel bir yükümlülüğün bulunmadığını varsaydığımızı belirtmiştik. Bununla birlikte, böyle bir yükümlülüğün mevcut olabileceği kabul edilse bile, bu çalışmada hukuk sisteminin geçerliliği açısından benimsediğimiz aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışından yola çıkarak etkili bir hukuk sisteminde herkesin sisteme ait normlara uyma yönünde bir eylem sebebi bulunacağını söylemek doğru olmaz. Bir ihtimal, muhatapların diğer muhataplar gibi davranmak için sebebi olduğu kabul edilse bile²²⁰⁵, etkililiğin şart koştuğu bir hukuk sisteminin *genel itibariyle* etkili olmasıdır. Bir başka deyişle, bağdaştırma projesi sistemdeki tekil normların etkili olmasını gerektirmez. Dolayısıyla, hukuk sisteminin geneline ilişkin etkililik şartından yola çıkarak muhatapların hukuk sistemindeki normlara uymak için sırf etkililik nedeniyle eylem sebebine sahip olacağı iddia edilemez. Dolayısıyla, genel olarak hukuka uyma yükümlülüğüne etkililik kavramı üzerinden ve bağdaştırma projesinin etkililiği hukuk sisteminin geçerliliği açısından bir kriter olarak öngörmesinden yola çıkarak ulaşmak mümkün görünmemektedir.

²²⁰⁵ Coleman, “Authority and Reason”, *op. cit.*, s. 301. Coleman genel olarak başkalarının davrandığı gibi davranmanın eylem sebebi sağladığı durumları örneklendirmektedir. Bununla birlikte, Coleman her muhatapın her durumda başkalarının davrandığı şekilde davranmak için sebebi olduğunu iddia etmez. Burada bir hukuk sistemi etkiliyse, yani muhatapları tarafından genel olarak bu sistemin normlarına uyuluyorsa, belli şartlar altında muhatapın diğerleri gibi davranmak için sebebi olabileceğini ifade etmek istiyoruz.

C. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ HAKKINDA NİHAİ TESPİTLER

Bağdaştırmamız ayrılabilirlik tezine uygunluğu nedeniyle pozitivist, toplumsal olgu tezine aykırılığı nedeniyle de anti-pozitivist bir proje olarak görülebilir. Bununla birlikte, bağdaştırma projesiyle klasik doğal hukuktan etkilenen pozitivism karşıtlığı (*anti-positivism*) ve pozitivist olmayan hukuk teorileri (*non-positivist*) arasındaki bağdaşmazlığa da değinmekte yarar vardır. Bu kısımda temel olarak aksiyolojik ve aksiyolojik-sistemsel geçerlilik anlayışlarının doğal hukukçu bir geleneğin devamı olarak da görülemeyeceğini vurgulayacak ve bağdaştırma projesinin başarısı hakkındaki nihai hükmümüzü vereceğiz.

Hukuk ve ahlak arasında kurulan bağlantı modern doğal hukukçuluğun vazgeçilmezidir. Doğal hukukun pozitivism eleştirisi hukuki pozitivism hukuk ve ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı göz ardı etmesine yönelir. Yukarıda Alexy, Radbruch ve Fuller'ın görüşleri doğrultusunda incelediğimiz gibi, pozitivism karşıtı çağdaş düşünceler, hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında doğrusal ve bire bir ilişki kurmasalar da, bir noktadan itibaren hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında, birinin yokluğunun diğerinin de yokluğuna yol açtığı bir ilişki kurarlar. Kısacası hukuk ve ahlak ilişkisinde öyle bir nokta mevcuttur ki, o noktanın ötesinde ahlaken doğru olmayanın hukuken geçerli olması mümkün değildir. Bu teze ahlakilik tezi adını verelim. Bu tezin doğal hukuk geleneğini hakkıyla özetlediğini sanmıyoruz. Bununla birlikte, tıpkı ayrılabilirlik tezinin hukuki pozitivism açısından oynadığı rol gibi, doğal hukukçuların veya pozitivism karşıtlarının genel olarak bu tezin bir versiyonunu benimsediğini iddia edersek sanırız hata etmiş olmayız.

Bağdaştırma projesinin ve ahlakilik tezinin yaklaşımları arasında önemli farklar vardır. Öncelikle, bağdaştırma neticesinde ulaştığımız aksiyolojik ve aksiyolojik-sistemsel geçerlilik anlayışları aksiyolojik unsur ve geçerlilik arasında pozitif bir ilişki kurar. Bir başka deyişle, hukuk normunun geçerliliği ile rasyonalite (ahlak veya sağduyu) arasında minimum bir ilişkinin varlığını ararlar. Ahlakilik tezi ise negatif bir tezdur. Hukuk normunun geçerliliği için belli bir durumun (ahlaka belli bir düzeyin üzerinde aykırılık) yokluğunu şart koşar.

İkinci olarak bağdaştırma projesinin pozitif aksiyolojik unsuru *minimum* bir unsurdur. Bağdaştırma projesi herhangi bir eşiğe yer vermez. Hukuk kurallarının geçerlilik kazanabilmesi için aşması gereken belli bir bağlayıcılık eşiği yoktur. Bu bağlayıcılığın sıfır olmaması, yani var olması yeterlidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi ahlakilik tezi ise negatif bir eşiğe yer verir.

İki anlayış arasındaki üçüncü ve kanımızca en önemli fark bağdaştırma projesinin hukuki normativitenin sağduyu temelinde de anlaşılabilceğini vurgulamasına rağmen, ahlakilik tezinin hukuki geçerliliğin değerlendirilmesinde yalnızca ahlaki değerlendirmelere yer vermesidir. Ahlak ve sağduyunun her zaman birbirinden ayrılması mümkün değildir. Joseph Raz tarafından isabetle vurgulandığı gibi kimi zaman ahlaken iyi olan sağduyu açısından da arzu edilebilirdir. Benzer şekilde sağduyu açısından gerekli olan ahlaki bir iyiyi temsil edebilir. Bununla birlikte, ahlak ve sağduyunun her zaman örtüşeceğini söylemek mümkün değildir²²⁰⁶. Yukarıda Kramer'ın ayrılabilirlik tezine dair bazı pozitivist yazarların görüşlerine ilişkin eleştirilerini sunarken belirttiğimiz gibi, hukuki normativitenin sağduyu kaynaklı sebepler temelinde açıklanması aynı zamanda hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki önemli bir ayrıma da işaret etmektedir. Buna göre, doğal hukukçular hukuk sistemindeki yetkililerin belli hukuk kurallarına uymak için sahip olduğu sebebin ahlaki olması gerektiğini ileri sürerken, hukuki pozitivistler bu eylem sebeplerinin sağduyu kaynaklı da olabileceğini kabul eder²²⁰⁷.

Son olarak, ahlakilik tezi hukuk normlarının içeriğine dair bir tezdur. Hukuk kuralının ahlaka aykırılığı değerlendirilirken kuralın içeriğine atıfta bulunulur. Bağdaştırma projesi de muhatapların sahip olduğu eylem sebebinin hukuk kuralının içeriğinden kaynaklanabileceğini kabul etmekle birlikte, bunu şart koşmaz. Bir kurala uymak yönünde sahip olunan ahlaki yükümlülüğün kuralın içeriğinden başka bir niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanamayacağı merak edilebilir. Ancak, sanıyoruz Raz'ın otorite tezi kapsamında bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Meşru otoritenin uzman olduğu konuda çıkardığı direktiflerin ahlaken muhatapları açısından bağlayıcı olmasının nedeni, bu normların içeriğinin ahlaki bir değere sahip olması değildir.

²²⁰⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, s. 319.

²²⁰⁷ Bkz. Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *op. cit.*, ss. 324-325.

Elbette, meşru otoritenin belirlenmesinde direktiflerinin olası içeriğinin ahlaki değerine atıfta bulunulur. Bir başka deyişle, bir *de facto* otorite ancak çıkardığı direktifler muhataplarının sahip oldukları eylem sebeplerine, kendi değerlendirmelerine göre hareket etmeleri hâlinde uyacağından daha iyi bir şekilde uymasını sağlayabiliyorsa meşrudur ve ancak meşru otoritenin direktifleri dışlayıcı etkiye sahiptir. Bununla birlikte, otoritenin direktiflerinin ahlaki açıdan bağlayıcı olması için içeriklerinin her somut durumda ahlaken değerli olması, ahlaki sebepler temelinde yapılması gerekeni yansıtması şart değildir²²⁰⁸. Bu nedenle otorite temelinde muhataplara sağlanan eylem sebebinin içerikten bağımsız bir eylem sebebi (*content-independent*) olduğu ifade edilir²²⁰⁹.

Bağdaştırma projesinin sağduyuya ilişkin kısmının da içerikten bağımsız olabileceğini görmek zor değildir. Her şeyden önce, bir norma uymak için muhatabın sahip olduğu eylem sebebi söz konusu normun içeriğinden değil, bir başka normun içeriğinden kaynaklanabilir. Muhatapların yaptırım dolayısıyla bir norma uymak yönünde sağduyu kaynaklı sebebe sahip olduğu durumlar buna örnek teşkil eder. Bunun dışında, bir kural ihlal edildiğinde toplumsal bir tepkiyle karşılaşacak olduğu gerçeği de muhatabın belli bir kurala uyması için içerikten bağımsız ve sağduyu kaynaklı bir eylem sebebi sağlayacaktır.

Sıraladığımız nedenlerden ötürü bağdaştırma projesi modern doğal hukuk düşüncesiyle de uyumlu değildir. Hatta bağdaştırma projesinin modern doğal hukuk düşüncesiyle çatışmasının hukuki pozitivizmle olan çatışmasından daha sert olduğunu söyleyebiliriz. Bunu göstermek için toplumsal olgu tezine uygun olmadığına karar verdiğimiz bağdaştırma projesini “minimum derecede aksiyolojik” olduğu, içerdiği aksiyolojik unsur tarafından talep edilen şartların kolaylıkla ve sıklıkla yerine getirileceğini vurgulamak gerekir.

Aksiyo-olgusal ve aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışlarının muhatapların norma uymak için sahip olmasını gerektirdiği eylem sebeplerinin minimum düzeyde bağlayıcı

²²⁰⁸ Bkz. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, ss. 47-48.

²²⁰⁹ Örn. bkz. Marmor, “Exclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 120; Himma, “Inclusive Legal Positivism”, *op. cit.*, ss. 153-134.

olması yeterlidir ve bu eylem sebepleri ahlaki olabileceği gibi muhataba bağlı²²¹⁰ (*agent-relative*) sağduyu kaynaklı sebepler de olabilir. Bu durumda muhatabının sistemsal anlamda geçerli olan bir norma uymak için neredeyse bütün durumlarda belli bir eylem sebebi olmasını bekleyebiliriz. Benzer bir hususu olgusal geçerliliğe sahip bir anayasa açısından da söyleyebiliriz. Etkili bir anayasa çok büyük ihtimalle en azından bazı muhataplarının uymak için sebebi olan normlara yer verecektir. Belki de hukuk uygulamasında geçerlilik kriteri olarak aksiyolojik unsurların ihmal edilmesinin nedeni bu olabilir. Bu yüzden, sadece sistemsal geçerlilik kriterine göre yapılan geçerlilik değerlendirmeleri ile aksiyon-sistemsal geçerlilik anlayışına dayanarak gerçekleştirilen değerlendirmeler çok büyük oranda aynı sonucu verecektir. Bu iki anlayışın aynı sonuca yol açmadığı, salt sistemsal geçerlilik anlayışına göre geçerli kabul edilmesi gerekecek, geçersizliği aksiyon-sistemsal geçerlilik kriterlerine göre açıklanabilen *impossibilia nulla obligatio est* ve *necessitatum nulla obligatio est* benzeri durumlara yukarıda değinmiştik²²¹¹.

Bununla birlikte, pratikte çoğu zaman aynı sonuca yol açacak olan bu anlayışların teorik açıdan önemli bir farkı vardır: Kanımızca bir normativite salt sistemsal bir geçerlilik anlayışıyla açıklanamamaktadır. Bunun için sistemsal geçerlilik anlayışına minimum bir aksiyolojik unsur eklemek gerekmektedir. Dolayısıyla, bağdaştırma projesinin toplumsal olgu tezine uygun olduğunu iddia edemesek dahi, projenin teşkil ettiği ihlalin “minimum” bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz. Elbette, ihlal ya vardır ya da yok. Bununla birlikte, ihlal teşkil eden unsur bağdaştırma projesinin başat bir unsuru değil, “minimum” ve pratikte saf pozitivist geçerlilik anlayışlarından çok farklı sonuçlara yol açmayan bir unsurdur. Eğer hukuk teorileri bir yanda doğal hukukçu, diğer yanda hukuki pozitivist teoriler olmak üzere bir spektrum şeklinde sıralanır ve sınıflandırılırsa, bağdaştırma projesinin hukuki pozitivizme yakın, modern doğal hukukçu düşüncenin dışında yer alacağını ve belki de “ayrılabilirlik tezi” temelinde yapılacak geniş bir hukuki pozitivizm tanımına dâhil olacağını düşünüyoruz.

²²¹⁰ Bkz. Krister Bykvist, “Agent-Relative and Agent-Neutral Reasons”, in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 823.

²²¹¹ Burada iki anlayış arasındaki pratik farkların yukarıda saydığımız ayrık durumlarla sınırlı olduğunu iddia etmiyoruz. Hatırlanacağı üzere, ilgili kısımdaki örnekler hukuki pozitivistlerin kabul ettiği, ancak sistemsal geçerlilik anlayışıyla açıklanamayan durumlara ilişkindi.

SONUÇ

Çalışmamızın bu bölümü öncelikle ulaştığımız sonuçları özetleyecektir. Özeti takiben konuyla ilgili yapılabilecek ek çalışmalar ve bu çalışmaların önemine değineceğiz.

Hukuki normativite ahlaki ve sağduyu kaynaklı olmak üzere iki kaynağa sahip olabilir. Bu anlamda, hukukun kendine özgü bir normatifliği bulunmaz. Hukukun iki tür ahlaki normatif güce sahip olduğundan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki meşru otoritenin direktiflerinin sahip olduğu dışlayıcı normatif güçtür. Meşru otorite tarafından ihdas edilen hukuk kuralları muhataplarının belli eylem sebeplerine dayanarak hareket etmesinin önüne geçer. Dışlanan sebepler hâlâ geçerli birer eylem sebebidir. Ancak, muhatapın bu sebeplere dayanarak hareket etmesi irrasyonel olacaktır. Bununla birlikte, hukuk kurallarının çoğu zaman meşru otorite tarafından ihdas edilmemiş olacağını söyleyebiliriz. Bunun ilk sebebi hukuk kuralını ihdas eden makam, kişi ya da organın, kuralın ilişkin olduğu alanda uzman olmamasıdır. Öte yandan, söz konusu makam, kişi ya da organ o alanda uzman olsa dahi, ihdas edilen direktif daha iyi bir uzman olan muhatap açısından dışlayıcı sebep niteliğine sahip olamaz. Dolayısıyla, hukuki normativitenin bu özel gücü oldukça parçalı ve değişken bir nitelik taşır.

Otorite temelinde açıklanan hukuki normativite, hukukun normatif gücünü bütün yönleriyle açıklamaz. Her şeyden önce otoritatif direktiflerin dışlayıcı gücü yalnızca ahlaki normativiteye ilişkindir. Sağduyu kaynaklı normativite hakkında hiçbir şey söylemez. Oysa hukukun normativitesi pekâlâ sağduyu kaynaklı sebepler temelinde de açıklanabilir. Bu nedenle hukuk kurallarının normatifliğinin meşru otorite tarafından ihdas edilmeyip, dışlayıcı bir güce sahip olmadıkları durumlarda nasıl açıklanacağı araştırılmalıdır.

Geçerlilik kavramı hukuk teorisinde genel olarak bir hukuk normunun varlığı anlamına gelir. Geçerliliğin sonucu hukuk normunun varlığı olsa da, geçerliliğin şartları teoriden teoriye farklılık gösterir. Üstelik Kelsen geçerliliğin bağlayıcılık anlamına geldiğini açıkça ifade etse de bağlayıcılığın ne olduğu konusunda bir eylemin

gerekliliğinden öte bir şey söylemez²²¹². Bize göre bağlayıcılığın ne anlama geldiği konusunda güçlü ve zayıf olmak üzere iki farklı bakış açısı benimsemek mümkündür. Dolayısıyla, yapılması gereken şartlarıyla birlikte doğru geçerlilik kavramını tespit etmek ve bu geçerlilik kavramını bağlayıcılığın muhtemel anlamlarından biriyle ilişkilendirmektedir.

Temel olarak üç farklı geçerlilik kavramından bahsetmek mümkündür. Bunlar aksiyolojik, sistemsel ve olgusal geçerlilik anlayışlarıdır. Olgusal geçerlilik anlayışı genel itibarıyla hukuki realistler tarafından benimsenir. Olgusal geçerlilikte mühim olan bir normun uygulanıp uygulanmadığı veya Alf Ross özelinde, gelecekte uygulanıp uygulanmayacağıdır. Genel olarak hukuki realistler tarafından benimsenmiş olsa da Kelsen de sistemsel geçerlilik anlayışına minimum bir olgusal geçerlilik şartını, yani minimum etkililik şartını entegre etmiştir. Ayrıca, etkililik hukuk sisteminin geçerliliğinin de şartlarından biri olarak kabul edilir. Dolayısıyla, her ne kadar hukuki realizm hukukun normatif niteliğini görmezden geldiği için bağdaştırma projesi için elverişsiz olsa da, bu geçerlilik anlayışını reddetmemizin sebeplerini göstermek ve bağdaştırma projesinin sonraki evrelerinde önem teşkil edecek olan etkililik kavramına bir giriş yapmak amacıyla olgusal geçerlilik kavramını Alf Ross'un düşünceleri üzerinden kısaca ele aldık.

Alf Ross'un benimsediği geçerlilik anlayışına “etkililik olarak geçerlilik” veya “olasılık olarak geçerlilik” ismi verilebilir. Bunun nedeni Alf Ross'un hukuk normuna ilişkin olarak “varlık=geçerlilik=etkililik” eşitliğini benimsemesidir. Buna göre, bir normun geçerliliği hiçbir zaman tarihsel bir olgu değildir. Geçerlilik kavramı geçmişe atıfta bulunan bir tespit değil, geleceğe dair bir tahmindir. Ross bir hukuk kuralının geçerliliğinin, gelecekteki bir uyuşmazlıkta hâkim tarafından uygulanma olasılığına bağlı olarak yüzdesel bir değer olarak ifade edilebileceğini düşünür. Hâkim tarafından gelecekte uygulanma ihtimali ne denli yüksekse, kuralın geçerliliği de o ölçüde yüksek olacaktır. Kısacası, geçerlilik de tıpkı etkililik veya zayıf anlamda bağlayıcılık gibi dereceli bir kavramdır.

Biz iki temel nedenden dolayı Ross'un geçerlilik anlayışını reddettik. Bunlardan ilki derecelendirilemeyecek bir kavram olduğunu düşündüğümüz geçerliliğin dereceli

²²¹² Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 10-11.

hâle getirilmesi ve bu suretle hukuk kuralının varlığının açıklanamamasıdır. İlgili kısımda yaptığımız tartışmalarda gösterdiğimiz gibi, Ross'un teorisi her ne kadar siyah-beyaz bir geçerlilik kavramını reddetse de, olasılık olarak geçerliliği belirlenecek olan hukuki işlemin varlığının dereceye mahal vermeyecek bir kesinlikle ifade edilebilmesi gerekmektedir. Yani, Ross'un teorisi derecelendirilemeyen siyah-beyaz, şekli bir geçerlilik kavramına ihtiyaç duymaktadır.

Olgusal geçerlilik anlayışını reddetmemizin ikinci sebebi Ross'un teorisinde hâkimlerin görev ve yetkilerine dair fetişist bir tutum benimsenmesidir. Yargı fetişizmi ismini verdiğimiz fenomen, bir hukuk teorisinin hukuk sistemindeki hâkimlere gerçekte sahip olmadıkları, önemli bir fonksiyon atfetmesi olarak ifade edilebilir. Ross'un teorisinin yargı fetişisti olduğunu bir hukuk sistemindeki hukuk uygulayıcıları kümesinin hâkimlerden ibaret olamayacağı ve bu nedenle de kuralların geçerliliğinin yalnızca hâkimler tarafından belirlenemeyeceğini ortaya koyarak gösterdik.

Aksiyolojik geçerlilik klasik ve modern doğal hukuk teorileri tarafından benimsenen, hukuk kuralının geçerliliğini hukuk ötesi, ahlaki kriterlere göre değerlendiren geçerlilik anlayışlarına verdiğimiz genel isimdir. Modern doğal hukukçular (veya daha çok tercih edilen ifadeleriyle pozitivizm karşıtları, post-pozitivistler veya pozitivist olmayan teorisyenler) temel tezi ahlaka belli bir düzeyin üzerinde aykırı olan hukuk normunun geçerliliğini yitireceğini ileri sürer. Gustav Radbruch ve Robert Alexy ahlakilik tezi olarak adlandırabileceğimiz bu tezi benimserler. Fuller da benzer bir çizgide, belli ahlaki nitelikleri taşımayan bir sistemin hukuk sistemi olarak görülemeyeceğini ifade eder²²¹³.

Aksiyolojik geçerliliği savunan Radbruch, Fuller ve Alexy'nin görüşlerinin detaylı eleştirilerine yer verdik. Bu eleştirilerin iddiası aksiyolojik geçerlilik anlayışının hukuki normativiteyi açıklamada hiçbir rol oynayamayacağı değildi. Nitekim böyle bir sonucun çıkarılması doğal hukuk geleneğinin çok daha detaylı bir şekilde ele alınmasını ve eleştirilmesini gerektirir. Kaldı ki bir hukuk kuralının ahlaka uygunluğu veya aykırılığının onun normatif gücü üzerinde bir etkisinin olduğunu düşünmek oldukça

²²¹³ Bu noktada Fuller'ın hukukun içsel ahlakı için öngördüğü ilkelerin gerçek anlamda ahlaki bir nitelik taşımadığına ilişkin Summers ve Hart'ın eleştirileri unutulmamalıdır. Bkz. Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", *op. cit.*, ss. 22-26; Hart, "The Morality of the Law", *op. cit.*, ss. 1285-1287.

makul görünmektedir. Bununla birlikte, modern doğal hukuk görüşünün savunucuları olduğu söylenebilecek yazarlar ahlaka aykırı hukuk kuralının geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Kanımızca bu talep aşırıdır. Öyle ki, geçersizliğin ahlaka aykırılığın yalnızca belli bir eşiğin üzerinde olması hâlinde söz konusu olacağını söyleyen Radbruch ve Alexy dahi kanımızca ahlaka aykırılığın niçin hukuk kuralının varlığını ortadan kaldıracağını göstermekte başarısız olmaktadır.

İncelenen aksiyolojik geçerlilik anlayışının önemli bir eksiği de hukuki normativitenin kaynağı olarak sağduyuyu tamamen göz ardı etmesidir. Yükümlülük yalnızca ahlaki sebepler temelinde ve her şey dikkate alındığında söz konusu olabilen bir gereklilik olsa dahi, hukuki normativiteyi açıklayabilecek tek gerekliliğin ahlaki yükümlülük olduğunu düşünmemiz için bir sebep yoktur. Çalışmamızın bağlayıcılık kavramına ilişkin bölümünde gösterildiği gibi hukuki normativite ahlak ve sağduyu temelinde açıklanabilir. Dolayısıyla, aksiyolojik geçerlilik anlayışını benimsemesek de, hukuki normativitenin, yani hukuk kurallarının bağlayıcılığının, minimum bir aksiyolojik unsur taşıması gerektiğini düşündük. Bağdaştırma projesinin doğal hukuk geleneğinden devraldığı tek mirasın da bu minimum aksiyolojik unsur olduğunu söyleyebiliriz.

Sistemsel geçerlilik anlayışı ise genellikle hukuki pozitivistler tarafından benimsenir. Ancak, burada vurgulamak istediğimiz doğal hukukçuların geçerlilik anlayışında sistemsel geçerliliğin yeri olmadığı değil, bu anlayışın tek başına benimsenmesinin ancak hukuki pozitivist bir teori açısından mümkün olmasıdır. Yoksa doğal hukukçular da bir hukuk normunun geçerliliği için sistemsel kriterlere uygunluğun önemli olduğunu reddetmemektedir. Onların itirazı, bir hukuk normunun sistemsel anlamda geçerli olsa dahi, ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz hâle gelebileceğini belirtir. Ayrılabilirlik ve toplumsal olgu tezlerine bağlı kalan hukuki pozitivism ise hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında bu tür zorunlu bir bağın varlığını reddeder.

Sistemsel geçerlilik en basit ifadeyle bir hukuk normunun geçerli biçimde ihdas edilmesi ve geçerli kalmasının şartlarının yine hukukun kendisi tarafından belirleneceğini belirtir. Sistemsel geçerlilik anlayışının uluslararası hukuk normlarının, yabancı hukuk sistemine ait, anayasaya aykırı normların ve ahlak normlarının iç

hukukta uygulanmasını açıklayamadığı iddia edilmiştir. Üstelik bu iddiada bulunan yazarlar arasında hukuki pozitivistler de mevcuttur. İlgili kısımda yürüttüğümüz tartışmalar ışığında söz konusu durumların sistemsel geçerlilik anlayışıyla nasıl açıklanabileceğini gösterdik. Dolayısıyla, kanımızca sistemsel geçerlilik anlayışı açısından sorun yaratan bu özel durumlar değil, eleştiride bulunan yazarların bu özel durumlarda neyin söz konusu olduğuna dair yanlış nitelendirmeleridir.

Bununla birlikte, sistemsel geçerlilik anlayışı kusursuz değildir. Özellikle geçerlilik ile normatifliği, yani bağlayıcılığı ilişkilendirme kaygısı güden bir çalışma açısından sistemsel geçerlilik anlayışının önemli bir sakıncası vardır. Genelde hukuki pozitivism, özeldeyse sistemsel geçerlilik hukuk sisteminin belirlediği kriterlere uygun olan bir irade açıklamasının muhatap açısından niçin bağlayıcı olacağını açıklayamaz. Daha doğrusu, hukuki pozitivist teorilerin bu bağlayıcılığı açıklamak için başvurduğu temel norm ve Tanıma Kuralı gibi kavramlar, geçerliliğin bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi, bir başka deyişle var olduğu ortaya konan şeyin niçin bir norm olduğunu açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Sistemsel geçerliliğin bir hukuk sistemindeki normun geçerliliğinin açıklanmasında dikkate alınması gerektiği açıktır. Sistemsel kriterlere uygun ihdas edilmenin geçerlilikle ilgili olduğu ne doğal hukukçu ne de hukuki pozitivist teoriler tarafından reddedilir. Bununla birlikte, sistemsel kriterlere uygun olarak açıklanan bir iradenin norm yarattığından emin olabilmek için sistemsel geçerliliğe aksiyolojik bir unsurun eklenmesi gerekir. Çalışmamızın bağlayıcılık kavramı çerçevesinde yürüttüğü tartışmaların nedeni bu unsuru ve niteliklerini tespit etmektir.

Bir normun bağlayıcı olduğunu söylediğimizde iki şeyi kastediyor olabiliriz. İlk olasılık normun muhatabının her şey dikkate alındığında normun talep ettiği eylemi yerine getirmesi gerektiğidir. Bağlayıcılığın bu anlamına güçlü anlamda bağlayıcılık ismini verdik. Güçlü anlamda bağlayıcılıkta muhatabın bir norma uymak için sahip olduğu eylem sebeplerinin yenilmemiş olması, yani muhatabın en nihayetinde yapması gereken davranışın normun talep ettiği davranış olması gerekir. Yalnızca bu durumda muhatabın her şey dikkate alındığında norma uyması gerektiğini söyleyebiliriz.

Bağlayıcılığın ikinci anlamı muhatabın bir norma uymak için eylem sebebine sahip olduğunu ifade eder. Bu tür bağlayıcılığa zayıf anlamda bağlayıcılık ismini verdik. Zayıf anlamda bağlayıcılık muhatabın her şeyi dikkate aldığında normun talep ettiği eylemi gerçekleştirmesi gerektiği anlamına gelmez. Bu anlamda, güçlü anlamda bağlayıcı olmayan bir normun zayıf anlamda bağlayıcı olması mümkündür. Muhatap en nihayetinde normu ihlal etse dahi, zayıf anlamda bağlayıcı olan norma uymak yönünde sahip olduğu eylem sebebini dikkate almazsa irrasyonel davranmış olacak, doğru davranışı yanlış sebeple gerçekleştirecektir.

Sistemsal geçerlilik kavramının güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesine karşı argümanları üç grupta topladık. Bunlardan ilkinde teknik sakınca, ikincisine eleştirel sakıncalar, sonuncusuna ise geçerliliğin görelileştirilmesi ismini verdik. Teknik sakınca geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi durumunda çatışmada ihmal edilen normun geçerli kalmasının açıklanamayacağını ileri sürer. Hukuk sistemlerinde çatışan kuralların bulunması ve bu çatışmayı normlardan birini geçersiz kılarak çözecek bir mahkemenin belirlenmemesi durumunda, somut durumda karar verecek olan organın çatışan normlardan birini ihmal etmesi gerekir. İhmal edilen norm uygulanmaz, ancak geçerli kalmaya devam eder. Gelecekte ihmal edilen normun çatıştığı norm geçerliliğini iptal veya ilga gibi bir sebepten dolayı kaybederse, ihmal edilen norma dayanarak karar vermenin önü açılmış olur. Eğer geçerli olduğu söylenecek olan normun güçlü anlamda bağlayıcı olması gerektiğini kabul edersek, ihmal edilen norm hukuk uygulayıcıları açısından her şey dikkate alındığında uyulması (uygulanması) gereken norm niteliği taşıyamayacağı için, ihmal edilen normun geçerliliğini kaybettiğini söylemek zorunda kalırız. Bu ise hukuk pratiği ile uyuşmayan bir geçerlilik anlayışı benimsediğimizi gösterir.

Teknik sakıncanın geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilemeyeceğine dair kesin bir argüman olmadığı söylenebilir. Nitekim doğru geçerlilik anlayışını hukuk uygulamasına göre belirlemek her zaman doğru değildir. Belki de hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenen geçerlilik anlayışı yanlıştır. Ancak, çatışma hâlinde uygulanmayan normun ihmal edildiğinin söylenmesinde temel bir gerçeğe değinildiğini düşünüyoruz: Yalnızca var olan bir şeyi görmezden gelebiliriz.

Geçerlilik kavramının güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesinin eleştirel sakıncalarını ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi durumunda hukukun ahlaki eleştirisinin imkânsız hâle geleceğini söyler. İkincisi ise bu ilişkilendirme neticesinde geçerli olan normu dikkate almayan muhatabın irrasyonel olduğunun açıklanamaz hâle geleceğini belirtir.

Eğer sistemsel geçerlilik kavramı güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilirse hukukun ahlaki eleştirisi kimi durumlarda olanaksız hâle gelir. Öyle bir hukuk kuralı düşünelim ki muhataplarının bu norma uymak için sahip olduğu tek eylem sebebi normun ihlali durumunda uygulanacağı öngörülen eylem sebebinden kaynaklansın. Aynı zamanda bu muhatabın söz konusu norma uymamak yönünde ahlaki bir eylem sebebi olduğunu varsayalım. Ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplerin çatışması durumunda ahlaki sebeplerin her zaman üstün geleceğini kabul ettiğimize göre, hayalî normumuz güçlü anlamda bağlayıcı olduğu için geçerli olamayacaktır. Bu gibi durumlarda hukukun ahlaki açıdan eleştirisi mümkün olmayacaktır. Nitekim ahlaki eleştiri ancak var olan bir hukuk normuna ilişkin olabilir. Bununla birlikte, hukukun ahlaki eleştirisinin imkânsızlığı argümanı geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesine karşı kesin bir argüman teşkil etmez. Neticede bu argümanın tek söylediği hukukun ahlaki açıdan eleştirilebilmesi ve eleştiriler doğrultusunda değiştirilebilmesi gibi değerli bir imkânın söz konusu ilişkilendirme neticesinde kaybedileceğidir.

Eleştirel sakıncalardan ikincisi eylem sebepleri ve hukuk kuralının geçerliliği arasındaki bağlantıya vurgu yapar. Buna göre, geçerlilik kavramının güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi, sebepler dengesinin hafif kefesinde yer alan olgulara sebep niteliğini kazandıran bazı²²¹⁴ normların geçersiz olması anlamına gelir. Bunun nedeni muhatabın en nihayetinde bu normların sağladığı sebeplere uymasının

²²¹⁴ İlgili kısımda açıkladığımız gibi, bazı durumlarda muhatabın bir norma uymak için sahip olduğu eylem sebebi normun kendisinden değil, başka bir normdan kaynaklanabilir. Bu durumda, bağlayıcılığı değerlendirilen normun güçlü anlamda bağlayıcı olmaması, eylem sebebini sağlayan normun da güçlü anlamda bağlayıcı olmadığı anlamına gelmez. Örneğin yaptırım öngören normlar yaptırıma bağlanan norma uymak yönünde eylem sebebi sağlarlar. Bununla birlikte, yaptırıma bağlanan norma uymamak tek başına yaptırımı öngören normun bağlayıcı olmadığı anlamına gelmez. Bunun nedeni ise yaptırım öngören normun muhatabının yaptırımı uygulayacak olan kişi, organ veya merci olmasıdır. Bununla birlikte, pek çok durumda bağlayıcılığı değerlendirilen normun güçlü anlamda bağlayıcı olmaması eylem sebebini sağlayan normun da güçlü anlamda bağlayıcı olmadığı anlamına gelecektir. Buradaki açıklamalarımız bu durumlara ilişkindir.

gerekmemesidir. Bu normlar güçlü anlamda bağlayıcı olmadığı için geçerli olamayacaktır. Bu anlayışta mantıksal bir çelişki olduğunu söyleyebiliriz. Muhatabın hangi sebeplerin ağır bastığını belirlemesi için bir tartma işlemi gerçekleştirmesi gerekecektir. Hafif kefedeyen alan sebepleri sağlayan normların geçersiz olması gerekecektir, nitekim bu sebepler güçlü anlamda bağlayıcı değildir. Öyleyse, muhatabın en başta bu sebepleri dikkate almasının irrasyonel olduğu söylenmelidir. Ancak, mantıken normlar sebepleri önceler. Sebeplerin yenilmesinden normun geçersizliği sonucuna değil, normun geçersizliğinden olgunun sebep niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Bu ikinci eleştirel sakıncaya dair son olarak şunları söyleyebiliriz: Bir norm güçlü anlamda bağlayıcı olmasa, başka bir deyişle, norma uymak için sahip olduğumuz sebep her şey dikkate alındığında uymamız gereken bir sebep niteliği taşımasa da, bu sebebin birinci düzey sebeplerin tartılması sırasında dikkate alınmaması irrasyonelliktir. Eğer güçlü anlamda bağlayıcı olmayan normun geçerli olmayacağını söylersek, var olmayan bir normun dikkate alınmaması irrasyonel olarak nitelendirilemeyeceği için, muhatabın irrasyonelliğini açıklayamayız.

Geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesine karşı son argüman, bu ilişkilendirme sonucunda geçerliliğin görelî hâle geleceğini belirtir. Güçlü anlamda bağlayıcılık somut durumlara ilişkindir. Başka bir deyişle, bir normun güçlü anlamda bağlayıcı olması somut bir durumda ve ilgili bütün sebepler dikkate alındığında normun talep ettiği eylemin gerçekleştirilmesi gerekmesidir. Bu yüzden, somut durumda farklı muhatapların sahip olduğu sebepler değiştikçe, bir normun güçlü anlamda bağlayıcı olup olmadığına dair değerlendirme de değişecektir. Bu ise belli muhataplar için güçlü anlamda bağlayıcı olan normun, başkaları açısından olmayabileceği anlamına gelir. Eğer normun geçerliliği güçlü anlamda bağlayıcı olup olmamasına bağlanırsa, bazı muhataplar açısından geçerli olan normun diğerleri açısından geçerli olmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Olasılık olarak geçerlilik anlayışına ilişkin olarak dile getirdiğimiz gibi, normun varlığı derecelendirilemez. Benzer şekilde, varlık görelî de değildir. Bir norm ya var olur ya da olmaz. Normun varlığının muhataplara göre değişeceğini iddia etmek safsatadır. Bu nedenle, bu son argümanı geçerliliğin güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesine karşı kesin ve nihai bir argüman olarak değerlendirdik.

Sistemsal geçerlilik ile zayıf anlamda bağlayıcılık kavramlarının bağdaştırılması sonucu ortaya çıkan nihai geçerlilik anlayışına aksiyon-sistemsal geçerlilik ismini verdik. Aksiyon-sistemsal geçerlilik anlayışı, bir hukuk normunun geçerli olduğundan bahsedebilebilmesi için söz konusu normun 1) sistemsal geçerlilik kriterlerine uygun olmasını²²¹⁵ ve 2) zayıf anlamda bağlayıcı olmasını gerektirir. İlk şart sistemsal geçerliliği, ikinci şart ise geçerlilik anlayışımızın aksiyolojik ayağını ifade eder. Biz normun geçerli olabilmesi için zayıf anlamda bağlayıcı olması gerekmesine “minimum bağlayıcılık şartı” diyoruz.

Minimum bağlayıcılık şartının minimum niteliği üç anlama gelir. İlk olarak bir normun geçerli kabul edilebilmesi için muhatabın norma uymak yönünde sahip olduğu eylem sebebinin minimum bir normatif güce sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla, minimum bağlayıcılığın ilk anlamı normun normatif gücünün minimum düzeyde olmasının yeterli olduğunu vurgular. İkinci anlamı ise muhatabın norma uymak için sahip olduğu eylem sebebinin söz konusu hukuk normu tarafından sağlanan bir sebep olması gerekmediğini ifade eder. Bu anlamda norma uymak için sahip olunan eylem sebebinin kaynağına ilişkin de minimum bir şart öne sürülmektedir. Son olarak, hukuk kuralının minimum bağlayıcılığa sahip olması için hukuk kuralının muhatap belirlediği kitlenin tamamının norma uymak için bir sebebi olması gerekmez. Belli muhatapların norma uymak için eylem sebebine sahip olacağının belirlenmesi yeterlidir. Bu anlamda, minimum bağlayıcılık normun geçerliliği için norma uymak yönünde eylem sebebine sahip olması gereken kitleye ilişkin de minimum bir şart getirir.

Geçerlilik kavramının zayıf anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirilmesi öncelikle güçlü anlamda bağlayıcılıkla ilişkilendirmeden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesini sağlar. Buna ek olarak salt sistemsal geçerlilik anlayışıyla açıklanamayacak üç durumun açıklanmasına yarar. Bu durumlara ve zayıf bağlayıcılıkla ilişkilendirilen geçerlilik anlayışının bu durumları nasıl açıkladığına aşağıda kısaca değinelim.

Pozitivist hukuk teorileri de genel itibarıyla *impossibilium nulla obligatio est* ve *necessitatem nulla obligatio est* ilkelerini doğru kabul eder. Buna göre, norm

²²¹⁵ Hukuk sistemlerinde geçerliliğin devamı için öngörölmüş ilga veya iptal edilmemiş olmak gibi sistemsal kriterlerin de olabileceği, sistemsal geçerliliğin yalnızca ihdas edilmeye ilişkin olmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, burada yalnızca sistemsal geçerlilik kriterlerine uygun biçimde ihdas edilmiş olmaktan bahsetmek yeterli olmayacaktır.

geçekleştirilmesi mümkün olmayan bir davranışı talep edemeyeceği gibi, doğal zorunluluk nedeniyle mutlaka gerçekleşecek davranışlar da normun içeriğinde yer alamaz. Bununla birlikte, salt sistemsel geçerlilik anlayışı veya saf hukuk kuramında olduğu gibi olgusal geçerliliğin eklemlendiği bir sistemsel geçerlilik anlayışı içeriğinde gerçekleştirilmesi imkânsız veya mutlaka gerçekleştirilecek olan davranışlara yer veren normların niçin norm olmadığını, bir başka deyişle, bunların niçin geçersiz olduğunu açıklayamaz. Zayıf anlamda bağlayıcılığı içeren aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışı içinse bu durumları açıklamakta sorun yoktur. Buna göre, bu tür normlar hiçbir muhatap söz konusu normlara uymak yönünde bir eylem sebebine sahip olamayacağı için geçersizdir.

Zayıf anlamda bağlayıcılığı içeren aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının açıklayabildiği ikinci durum anlamsız ifadelerin norm niteliğine ilişkindir. Anlamsız ifadelerin norm niteliği taşıyamayacağı hangi okula ve geleneğe mensup olursa olsun hukuk teorilerinin kabul ettiği bir husustur. Bununla birlikte, sistemsel geçerlilik anlayışı hukuk sisteminin öngördüğü kriterlere uyularak ihdas edilmiş anlamsız bir kanunun niçin geçersiz olduğunu açıklamakta başarısız olur. Zayıf anlamda bağlayıcılığı içeren aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışı ise muhatapların anlamsız normlara uymak için eylem sebebi olamayacağını, dolayısıyla anlamsız ifadeler içeren şekli kaynakların sistemsel kriterlere uygun olsa dahi geçerli olamayacağını belirtir.

Son olarak normların tasvirî değil, buyurgan (*prescriptive*) bir içeriğe sahip olması gerektiği genel olarak kabul edilir. Olana ilişkin tespitler normun içeriğinde yer alamazlar. Normların beşerî eylem hakkında olması gereken ifade etmesi gerekir. Oysa salt sistemsel veya sistemsel-olgusal geçerlilik anlayışlarıyla normların niçin bu tür bir içeriğe sahip olamayacağı açıklanamaz. Aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışına göreyse içeriği ancak tasvirî bir önerme olarak ifade edilebilen²²¹⁶ normlara uymak için bir sebebimiz olamaz. Dolayısıyla, bu içeriğe sahip olan şeyin bir norm olmadığını, yani normun geçersiz olduğunu ifade etmemiz gerekir.

²²¹⁶ Burada “içeriği ancak tasvirî bir önerme olarak ifade edilebilen” ibaresine yer vermemizin nedeni, kimi zaman normları ifade eden metinlerin tasvirî birer önerme gibi kaleme alınmasıdır. Ancak, genellikle bu metinlerden olması gerekene ilişkin bir anlam çıkarılabilir. Örneğin, “Üniversite sınavına girmek için ÖSYM’ye başvurulur” şeklinde ifade genel uygulamanın bu yönde olduğunu ifade etmez, üniversite sınavına girmek isteyenlerin ÖSYM’ye başvurması gerektiğini belirtir. Dolayısıyla, tasvirî içeriklerin norm niteliği taşıyamayacağı yalnızca içeriği başka şekilde yorumlanamayan irade açıklamaları için geçerlidir.

Bu şekilde formüle ettiğimiz aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışının açıklayamadığı durumlar da mevcuttur. Çalışmanın bu kısmına kadar aktardığımız sonuçlar bir hukuk sistemine ait olan normun geçerliliğine dairdir. Bir de hukuk sisteminin geçerliliğinden bahsedilir ve hukuk teorilerinin bir hukuk sisteminin geçerliliği için farklı kriterler belirlediğine rastlanır. Kelsen hukuk sisteminin genel itibarıyla etkili olması gerektiğini vurgularken²²¹⁷, Hart hukuk sisteminin varlığı için hem vatandaşların birincil kurallara genel olarak uymasını hem de sistemin ikincil kurallarının hukuk uygulayıcıları tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmesini şart koşar²²¹⁸. Bizim çalışmamız ise bu ana kadar hukuk sisteminin geçerliliği hakkında somut bir öneride bulunmamıştır.

Biz Raz'ın hukuk sisteminin geçerliliğinin hukuk sistemine ait normların geçerliliğinden ayrı bir anlamı olmadığı yönündeki düşüncesine katılıyoruz²²¹⁹. Hukuk sisteminde bir norm hariç bütün normların geçerliliği aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışına göre açıklanabilir. Ancak, sistemin hiyerarşik olarak en üstün normunun (anayasa veya İngiliz hukuk sisteminde kanun) geçerliliğinin aksiyo-sistemsel geçerlilikle açıklanması mümkün değildir. Asli kurucu iktidar tarafından anayasa ihdas edilmeden ve etkili bir biçimde uygulanmadan önce ortada bir sistemin var olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, anayasanın belli bir hukuk sisteminin belirlediği kriterlere göre ihdas edilmesi mümkün değildir. Eğer hukuk sisteminin geçerliliği hukuk sistemine ait normların geçerliliğiye, hukuk sisteminin geçerliliğini açıklayabilmemiz için anayasanın geçerliliğini açıklamamız gerekir.

Hukuk sistemleri insan ürünü (*human artefact*) olmak suretiyle ahlak ve sağduyudan ayrılabilir. Bununla birlikte, hukuk sistemini diğer toplumsal düzenlerden ayırmak gerekir. Buna göre öncelikle bir hukuk sisteminin (ya da o hukuk sisteminin hiyerarşik olarak en üstün normunun/normlarının) genel olarak etkili olması gerekir. İkinci olarak hukuk sisteminin başlangıcında en üstün siyasi iktidarın bulunması gerekir. Bununla birlikte, bu kriterlerin sorunsuz olduğunu ve hukuk sistemini her zaman diğer toplumsal düzenlerden ayırmakta başarılı olacağını iddia etmek doğru olmaz. Bu kısımdaki görüşlerimizin yalnızca bir hukuk sisteminin hiyerarşik açıdan en

²²¹⁷ Bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 212.

²²¹⁸ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 116-117.

²²¹⁹ Raz, "Legal Validity", op. cit., s. 341.

üstün pozitif normunun geçerliliğini açıklama yönünde bir ilk adım olarak anlaşılması gerekir.

Hukuk sistemindeki bütün normların nihai geçerlilik kaynağı anayasaysa ve hukuk sisteminin herhangi bir normuna uyulması veya bu normun etkili biçimde uygulanması anayasanın geçerliliğine etki ediyorsa, hukuk sisteminin genel etkililiği şartını anayasanın etkililiği olarak ifade edebiliriz. Hans Kelsen'in hukuk sisteminin geçerliliği için genel etkililiği şart koşması, ancak temel normun içeriği olarak yalnızca anayasanın etkililiğinden bahsetmesinin anlamı da burada yatar²²²⁰. Dolayısıyla, bir hukuk sisteminin varlığından bahsedebilmek için anayasanın genel itibariyle etkili olduğunu söyleyebilmeliyiz.

Kesin ve her durumda güvenilir bir kriter olmasa da hukuk düzenini diğer toplumsal düzenlerinden ayırmak için “organik kriter”in de yardımcı olabileceğine karar verdik. Bu kapsamda hukuk düzeninin ilk pozitif normunun en üstün siyasi iktidar tarafından ihdas edilmesi gerektiğini vurguladık. Böylelikle anayasanın geçerliliği için iki adet olgusal kriter belirlemiş olduk.

Hem etkililiğe yaptığı vurgu hem de hukuk sisteminin varlığı konusunda olgulara verdiği önem dolayısıyla bu geçerlilik anlayışının olgusal geçerlilik olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, anayasa ancak gerçekten üstün nitelikli bir siyasi iktidar tarafından ihdas edilmiş ve genel itibariyle etkiliyse geçerlidir. Bununla birlikte, buradaki olgusal geçerlilik anlayışı Alf Ross'un anladığı şekliyle geleceğe yönelik bir tahmini ifade etmez. Buradaki etkililik klasik pozitivist anlamda, tarihî olgu anlamında geçerliliklerdir. Bununla birlikte, sistemsel geçerlilik anlayışı açısından da belirttiğimiz gibi, olgusal geçerliliğin norm niteliğini kendi başına açıklaması mümkün değildir. Bazı durumlarda diğer herkesin davrandığı şekilde davranmak için sebebimiz olabilir. Örneğin toplumda yerleşmiş bir uygulamaya, aynı şekilde davranmayanların kınanması gibi bir alışkanlık da eşlik ediyorsa, toplumun çoğunluğu gibi davranmak için sağduyu kaynaklı bir sebebimiz var demektir. Ancak, her durumda diğerleri gibi davranmak için sebebimiz olduğunu söyleyemeyiz. Farklı eylemlerin kınanmadığı, eylemin kişiye sağlayacağı sağduyu kaynaklı bir yararın olmadığı veya eylemin içkin bir ahlaki değerinin bulunmadığı durumlarda, insanların “öylesine” belli bir şekilde davrandığını

²²²⁰ Kelsen'in temel normun içeriğine dair ifadesi için bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 212.

varsayabiliriz. Dolayısıyla, olgusal geçerlilik anlayışının da aksiyolojik bir unsurla desteklenmesi gerekir.

Güçlü ve zayıf anlamda bağlayıcılık hakkında söylediklerimiz burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla, olgusal geçerlilik anlayışına eklemenecek olan aksiyolojik unsurun minimum bağlayıcılık anlayışı olduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle anayasanın geçerliliği için hangi kriterlere başvuracağımızı belirlemiş oluyoruz. Aksiyo-olgusal geçerlilik ismini verdiğimiz bu geçerlilik anlayışını şu şekilde ifade edebiliriz: Bir anayasanın geçerli olabilmesi için 1) en üstün siyasi iktidar tarafından konması, 2) genel itibarıyla etkili olması ve 3) muhataplarının bu anayasaya uymak için sebebi olması gerekir.

Aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının olgudan norm türeterek doğalcılık safsatasına yol açtığı düşünülebilir. Neticede eğer olgudan norm türetmek mümkün değilse, anayasayı yapan asli kurucu iktidarın bir norm tarafından yetkilendirilmesi gerekir. Biz ise aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının formülasyonunda bu yetkilendirmeden hiç bahsetmedik. Çalışmamızda anayasanın geçerliliği sorununu bütün yönleriyle ele aldığımız söylenemez. Yine de aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının olan-olması gereken düalizmini ihlal ettiğini söylemek biraz fazla aceleci olur.

Kanımızca asli kurucu iktidarı anayasa ihdas etme yönünde yetkilendirilmesi muhatapların anayasaya uymak için sahip olduğu eylem sebeplerinde, yani aksiyo-olgusal geçerliliğin minimum bağlayıcılık unsurunda saklıdır. Nasıl “gençler büyüklerinin sözlerine uymalıdır” normu gençleri yükümlendiren bir normken aynı zamanda büyüklere talimat verme yetkisini vermektedir, “A niteliğine sahip anayasaya uyulmalıdır” şeklinde ifade edebileceğimiz ve muhataplara anayasaya uymak yönündeki eylem sebebini sağlayan ahlaki veya sağduyu kaynaklı norm da asli kurucu iktidarı yetkilendirmektedir. “A” niteliğinin ne olacağı anayasanın geçerliliğini bir ahlak normundan mı yoksa sağduyu normundan mı aldığına bağlıdır. Hukuki normativite ahlaki kaynağa sahip olabileceği gibi, sağduyu kaynaklı da olabilir.

Hukuki pozitivistlerin anayasanın geçerliliğini ahlak veya sağduyu normlarına dayandırmamasının nedeni hukuki geçerliliğin yalnızca olgusal kriterlere atıfla belirlemeye çalışmaları ve bizim önerdiğimiz yola girilmesi hâlinde hukukun sağduyu veya ahlakın hiyerarşik astı konumunda indirgeneceğini düşünmeleri olabilir. Biz

Kelsen'in uluslararası hukuk-ulusal hukuk sistemi ilişkisine dair hiyerarşik üstünlük tespitinden yola çıkarak bu düşüncenin doğru olmadığını göstermeye çalıştık. Buna göre, anayasanın geçerliliğini bir ahlak normundan alıyor olması, hukuku bir bütün hâlinde ahlakın değil, yalnızca söz konusu normun hiyerarşik astı konumuna sokar. Diğer ahlak normlarıyla hukuk normları arasındaki ilişkinin anayasanın geçerliliğini aldığı norm ve diğer ahlak normları arasındaki ilişkiye göre belirlenmesi gerekir. Aynı husus sağduyu normları için de geçerlidir. Kısacası, hukuk sisteminin nihai geçerliliğini bir ahlak veya sağduyu normundan aldığı kabul edilmesi hukuk kurallarının ahlaka veya sağduyuya aykırı olamayacağı anlamına gelmez.

Aksiyo-sistemsel ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışları pozitivismle uyumlu mudur? Çalışmamızın son kısmı pozitivizmin temel tezlerini belirleyerek bu soruya yanıt aramıştır. Hukuki pozitivizmin temel tezinden kastımız, bir teorinin hukuki pozitivist olarak değerlendirilmesi için *sine qua non* şart teşkil eden tezdır. Elbette, “doğru” pozitivizmin ne olduğuna göre bu temel tezler değişecektir. Biz ise çalışmamızda doğru pozitivizmin yumuşak pozitivism mi yoksa sert pozitivism mi olduğu tartışmasına girmedik. Genel itibarıyla pozitivist kabul edilen teorilerin ortak tezlerinden yola çıkmaya çalıştık. Bu anlamda pozitivizmin temel tezi/tezleri olmaya adaya üç adet tez tespit ettik. Bunlar pratik fark tezi, ayrılabilirlik tezi ve toplumsal olgu veya kaynak tezidir.

Pratik fark tezine ilişkin zayıf anlamda bağlayıcılığı ele alırken yaptığımız açıklamalar doğrultusunda bu tezin bir sistemdeki bütün normlara değil, hukuk sisteminin bütününe ilişkin bir tez olarak anlaşılması gerektiğini iddia ettik. Eğer pratik fark tezi bu şekilde anlaşılırsa, bağdaştırma projesi neticesinde ulaşılan geçerlilik anlayışlarının pratik fark tezini ihlal etmeyeceği açıktır. Dolayısıyla, bu kısımda yalnızca ayrılabilirlik tezi ile toplumsal olgu tezini ele aldık.

Ayrılabilirlik tezi genel olarak hukuk ve ahlak arasında zorunlu bağlantı olmadığı şeklinde ifade edilir. Ancak, bu formülasyon olması gerekenden fazla geniştir. Eğer bu tezi hukuk ve ahlak arasında hiçbir zorunlu bağlantı olmadığı şeklinde yorumlarsak, şu ana kadar geliştirilmiş hiçbir teorinin pozitivist olmadığı sonucuna varmamız gerekir. Dolayısıyla, ilk iş olarak ayrılabilirlik tezinin kapsamını belirlemeye

çalıştık. Bu bağlamda Pino, Moreso, Raz, Kramer, Gardner ve Coleman gibi yazarların görüşlerinden yararlandık.

Değerlendirmemiz neticesinde genel olarak ayrılabilirlik tezine ilişkin Matthew Kramer'ın anlayışını benimsediğimizi söyleyebiliriz. Buna göre ayrılabilirlik tezinin üç ekseninde üç farklı anlamı olduğundan bahsedebiliriz: 1) Bir hukuk kuralının veya hukuk sisteminin geçerliliği zorunlu olarak ahlaki doğruluğuna bağlı olamaz, 2) muhataplarının hukuk kurallarına uymak için sahip olduğu eylem sebepleri ahlaki olmaz zorunda değildir ve 3) bir hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin tespitinde ahlaki değerlendirmelere başvurmak zorunlu değil, olumsaldır.

Bağdaştırma neticesinde ulaşılan aksiyo-sistemsal ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışları ayrılabilirlik tezinin bu şekilde belirlenen farklı anlamlarına aykırı değildir. Bağdaştırma projesinin geçerlilik için hukuk dışı gerekliliklere atıfta bulunduğu doğrudur. Dolayısıyla, ortaya koyduğumuz geçerlilik anlayışlarının en azından ayrılabilirlik tezinin birinci ve üçüncü anlamlarını ihlal edeceği düşünülebilir. Sonuçta bir hukuk kuralının geçerliliğinin zorunlu olarak, minimum da olsa hukuk dışı bir gerekliliğe atıfta belirlenmesi gerektiğini ileri sürüyoruz. Ancak, ayrılabilirlik tezinin hukuk ve ahlakın ayrılabilirliğine atıfta bulunması ve hukuk kuralının geçerliliğinin veya içeriğinin belirlenmesinde ahlaki değerlendirmelere başvurma zorunlu olmadığını ileri sürmesi, tez ve bağdaştırma projesini uyumlu hâle getirmektedir. Neticede aksiyo-sistemsal ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışlarına göre bir hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde ahlaka başvurulması zorunlu değildir. Bu belirleme pekâlâ sağduyuya başvurulmak suretiyle de yapılabilir. Netice itibarıyla, bağdaştırma projesinin ayrılabilirlik tezine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Toplumsal olgu ve kaynak tezleri aynı tezin benimsenen pozitivizmin yumuşak veya sert olmasına göre değişen versiyonlarıdır. Toplumsal olgu tezi yumuşak pozitivizmin şiarı olarak bir hukuk kuralının varlığı veya içeriğinin belirlenmesinde toplumsal olgular dışında değerlendirici kriterlere başvurma zorunlu olmayacağını ileri sürer. Kaynak tezi ise sert pozitivizmin temel tezi olarak hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere *başvurulamayacağını* ifade eder. Bu anlamda kaynak tezi toplumsal olgu tezinden daha talepkârdır. Biz çalışmamızda

yumuşak ve sert pozitivizmden hangisinin doğru olduğuyla ilgilenmediğimiz için bağdaştırma projesinin toplumsal olgu teziyle uyumluluğunu değerlendirdik.

Toplumsal olgu tezi bir hukuk kuralının varlığı ve içeriğinin yalnızca toplumsal olgular temelinde belirlenebilir olduğunu, bu belirleme için toplumsal olgu dışında değerlendirici kriterlere başvurmanın zorunlu olmadığını belirttiğine göre, bağdaştırma projesinin toplumsal olgu tezini ihlal ettiği açıktır. Ancak, bu ihlal hukuk kuralının içeriğinin belirlenmesi açısından değil, varlığının yani geçerliliğinin belirlenmesi açısından söz konusu olur. Bağdaştırma projesinin geçerlilik anlayışları minimum ölçüde olsa da aksiyolojik bir kriter içerdiği için, bir hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurmak zorunludur, olumsal değil. En azından bağdaştırma projesinin toplumsal olgu tezinin bir ayağıyla uyumlu olup, diğer ayağını ihlal ettiği söyleyerek ihlalin kısmi niteliğini vurgulayabiliriz.

Bağdaştırma projesinin modern doğal hukuk teorileri tarafından savunulan ahlakilik tezine aykırı, hukuki pozitivist ayrılabilirlik teziyle uyumlu, ancak toplumsal olgu tezine aykırı olması, projenin pozitivist niteliği hakkında karar vermeyi zorlaştırmaktadır. Bağdaştırma projesinin ahlakilik tezini ihlal etmesi nedeniyle doğal hukukçu olmadığı konusunda tereddüde yer yoktur. Bununla birlikte, projenin pozitivist gelenek içinde görülebilmesi ancak ayrılabilirlik tezi temelinde geniş bir pozitivizm tanımı yapılmasıyla mümkün olabilir. Belki de bu anlamda bağdaştırma projesinin “doğal hukuk karşıtı” olduğu iddia edilebilir. Ancak, kanımızca bu etiket de bağdaştırma projesine tam olarak uymaz. Aklın rehberliğinde ulaşılan eylem sebeplerine hukuki geçerliliğin tespitinde minimum düzeyde de olsa rol veren bir anlayışın doğal hukuk karşıtı olarak nitelendirilmesinin projenin beslendiği kaynaklardan birine haksızlık olacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, hukuk teorileri bir uçta hukuki pozitivizm, diğer uçta doğal hukukçu teoriler olmak üzere bir spektrum şeklinde sıralansaydı, bağdaştırma projesinin hukuki pozitivist uca yakın olacağını söyleyebiliriz. Belki de mühim olan bağdaştırma projesinin nasıl nitelendirileceği değildir. Nihayetinde bu nitelendirme okuyucuların ve eleştirmenlerin takdirine de bağlı olacaktır. Olası ve bizim tercih etmediğimiz bir yol Jules Coleman tarafından önerilmektedir: Hukuki pozitivizmi hukuki normativiteyi

açıklayabilecek bir teori olarak görmekten vazgeçmek gerekir²²²¹. Ancak eğer pozitivizmin tasvirî kabiliyetine halel gelmeden, aksiyolojik unsurların eklenmesiyle hukuki normativiteyi açıklamak mümkünse ve eğer eklenecek bu unsurlar bizim ileri sürdüğümüz gibi minimum nitelikte olacaksa, hukuki pozitivizmi eleştiriden beri kılmak adına hukukun hem olan hem de olması gerekene ilişkin yönlerini birlikte açıklayabilecek bir teoriden vazgeçmemek gerektiğini düşünüyoruz. Belki de Joseph Raz'ın belirttiği gibi artık doğal hukuk ve hukuki pozitivizm gibi klasik ayrımları bırakıp her teoriyi ayrıca ele almanın vakti gelmiştir²²²².

Gelecekte yapılabilecek çalışmaları iki grupta toplamak mümkündür. İlk grup çalışmanın temel varsayımları ve kapsam dışında bırakılan konulara ilişkindir. İkinci grup ise çalışmada iddia veya ima edilmekle birlikte yeterince detaylı biçimde incelenmesi mümkün olmayan konulardan oluşmaktadır.

Çalışmamız giriş bölümünde açıklanan bazı temel varsayımlara dayanmaktadır. Her ne kadar bu varsayımlar yazarın icadı olmayıp, yaygın kabul görmüş varsayımlar olsa da bu varsayımların bir veya birkaçının yanlış olması durumunda çalışmanın ulaştığı sonuçlar tehdit altında olacaktır. Hiçbir temel varsayımımız çalışmanın ulaştığı sonuçları gerektirecek nitelikte olmadığı için, bu varsayımların yanlışlığı doğrudan ulaştığımız sonuçların yanlış olduğu anlamına gelmeyecek olsa da bunlardan birkaçı ciddi anlamda çalışmanın sonuçlarını etkileyebilecek niteliktedir.

Olan ve olması gereken ikiliği felsefenin geniş kabul gören ayrımlarından bir tanesidir. Dolayısıyla, bu ikiliğe dayanan bir çalışmanın sağlam temellere oturduğu düşünülebilir. Ancak, bu ikilik tartışmasız değildir. Bazı filozoflar olan ve olması gerekenin ayrılığının reddeder. Örneğin John Searle tasvirî bir önermeden değerlendirci bir önerme çıkarılabileceğini iddia ederek “doğalcılık yanılgısı yanılgısı”ndan (*naturalistic fallacy fallacy*) bahseder²²²³. Alasdair MacIntyre ise fonksiyonel

²²²¹ Bkz. Coleman, “On the Relationship between Law and Morality”, *op. cit.*, s. 71.

²²²² Bkz. Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, *op. cit.*, s. 20.

²²²³ Bkz. John R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969, s. 132 vd.

kavramların zorunlu olarak hem tasvirî hem de değerlendirici unsurlara sahip olduğunu belirtir²²²⁴.

Olan-olması gereken ayrımını reddeden yazarların düşüncesi bizim çalışmamız açısından şöyle bir öneme sahiptir: Çalışmada yürüttüğümüz tartışmalardan anlaşılacağı üzere, hukuki pozitivistizmin hukuk kurallarının normatifliğini açıklayamamasının temel sebebi pozitivistizmin hukuku yalnızca veya öncelikle toplumsal olgular temelinde açıklama çabasıdır. Eğer bazı olguların zorunlu olarak değer ifade ettiği gösterilebilirse, bizim bu çalışmada yeltendiğimiz bağdaştırma projemize lüzum olmaksızın hukuki pozitivistizmin hukuki normativiteyi açıklayabilmesi mümkün olur. Bu durumda hukuki pozitivistlerin benimsediği toplumsal olgu tezini ihlal eden bir bağdaştırma projesine, genel hukuki pozitivist çizgiden ödün verilmesine gerek kalmaz. Bununla birlikte, genel olarak olgulardan norm istihraç edilebilmesi, doğrudan hukuki pozitivistizmin hukuki normativiteyi açıklayabildiği anlamına gelmez. Bunun iddia edilebilmesi için hukuk yaratan olguların niçin zorunlu olarak değerlere yol açtığının da gösterilmesi gerekir.

Bu anlamda, bağdaştırma projesinin başarısı olan-olması gereken ayrımının geçerliliğine bağlı olabilir. Gelecekte bu yönde yapılacak bir çalışma, eğer bağdaştırma projesinin lehine olacaksa, iki husustan birini gösterebilmek zorundadır: 1) Ya ayrımı reddeden teoriler hatalıdır ve olan-olması gereken ikiliği geçerliliğini korumaktadır 2) ya da olan-olması gereken ikiliği reddedilse dahi ahlak ve sağduyuya ilişkin bir unsur barındırmadığı sürece pozitivist geçerlilik anlayışlarının hukuki normativiteyi açıklaması mümkün değildir.

Çalışmamızda hem yumuşak hem de sert pozitivistizmi “doğru pozitivistizm” olarak kabul ettik. Daha doğrusu, bu iki yaklaşımdan hangisinin doğru olduğu yönünde bir tartışmaya girmekten kaçındık. Bağdaştırma projesi yumuşak pozitivistizmi karakterize eden toplumsal olgu tezini de ihlal ettiği için, bu iki anlayıştan hangisinin “doğru pozitivistizm” olarak belirlendiği bağdaştırmanın başarısının değerlendirilmesine etki etmeyecektir. Esas olarak kaynak tezini de alsak bağdaştırmanın tezi ihlal ettiği, ancak bu ihlalin minimum düzeyde olduğunu kabul etmemiz gerekirdi. Neticede hukuki

²²²⁴ Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3.B., Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, ss. 57 vd. Bununla birlikte Michael N. Harmon, ne Searle’ın ne de MacIntyre’in olandan olması gereken istihraç ettiğini, yazarların yalnızca ikisi arasındaki ayrımı ortadan kaldırdığını düşünür. Bkz. Michael N. Harmon, “You Can’t Get There from Here”, *Administrative Theory & Praxis*, C. 30, S. 1 (2008), s. 121.

geçerliliğin ve bağlayıcılığın değerlendirilmesinde değerlendirci bir kritere yer verilmesi, toplumsal olgu tezini de kaynak tezini de aynı ölçüde ihlal etmektedir. Dolayısıyla, bağdaştırma projesinin savunusu için bu iki pozitivizm anlayışı arasındaki tartışmaya dair nihai bir sonuca varılması gerekmediğini düşünüyoruz.

Çalışma boyunca varsaydığımız ve sonuca etkili olabilecek bir başka varsayım ahlaki gerekliliklerin sağduyu kaynaklı gerekliliklere her zaman ağır bastığını söyler. İlgili kısımda durumun her zaman bu şekilde olduğundan şüphe duyduğumuza dair açıklamalar yapmakla birlikte konunun detaylarına girmedik. Bu varsayımın aksini göstermek ancak sağduyu ve ahlak arasındaki ilişkinin incelenmesiyle mümkündür ve bu inceleme bizim amacımızı aşan etik bir çalışma niteliği taşır. Kaldı ki, bağdaştırma projesi hukuki normativiteyi hem ahlaki hem de sağduyu kaynaklı eylem sebepleriyle açıklamaya kalkıştığından, bu varsayımın yanlış olması çalışmanın ulaştığı sonuçları doğrudan etkilemeyecektir.

Bununla birlikte, ahlak ve sağduyu arasındaki üstünlük veya ağırlık ilişkisi genel itibariyle hukuki normativite açısından önem teşkil edebilir. Hatırlanacağı üzere, yükümlülük kavramını her şey dikkate alındığında ahlaki sebepler temelinde oraya çıkan gereklilik olarak ifade ettik. “Her şey dikkate alındığında yapılması gerekme” yükümlülüğün belirleyici niteliklerinden bir tanesidir. Eğer belli şartlar altında da olsa sağduyu kaynaklı sebepler nedeniyle ahlaki yükümlülüklerin ihlal edilebileceği, daha doğrusu belli şartlar altında muhatabın sahip olduğu ahlaki sebeplere değil, sağduyu kaynaklı sebeplere göre hareket etmesi gerektiğini kabul edersek, yükümlülük kavramı ahlakın tekelinden kurtulacaktır. Nitekim her şey dikkate alındığında sağduyuya ilişkin gerekliliklerden ötürü gerçekleştirilmesi gerekmeyen bir eylem yönünde ahlaki bir yükümlülük olduğundan bahsedilemez. Bu durumda sağduyu kaynaklı yükümlülüklerin olabileceğini kabul etmek gerekir.

Her ne kadar ahlak ve sağduyu ilişkisine dair nihai kararın bağdaştırma projesinin başarısına bir etkisi olmayacak olsa da bağdaştırma neticesinde ulaşacağımız hukuk teorisinin niteliği ve sonuçları açısından önemli etkileri olabilir. Sağduyu temelinde tanımlanan bir yükümlülük anlayışı hukuka uymak yönünde muhatapların sahip olduğu ödevin, en azından belli şartlar altında, yaptırım, fayda ve zarar gibi kavramlar temelinde açıklanabilmesi ihtimalini doğurur. Bu durumdaysa Hart’ın

yaptırımlar temelinde hukuki yükümlülüğün açıklanamayacağı yönündeki tespitin²²²⁵ ve genel olarak Austin eleştirisinin yeniden ele alınması gerekebilir. En nihayetinde, ahlak ve sağduyu arasındaki ilişkiye dair karar, hukuk kurallarının geçerliliğine dair ulaştığımız sonuçları etkilemese de hukukun güçlü anlamda bağlayıcılığı konusunda söyleyebileceklerimizi etkileyecektir. Dolayısıyla, bağdaştırma neticesinde ortaya çıkan melez teorinin sonuçlarının tam olarak ortaya konabilmesi için ahlak ve sağduyu arasındaki ilişkinin aydınlatılmasının faydalı olacağını düşünüyoruz.

Çalışmada değinilmekle birlikte yeterli detayla ele alınmadığından bahsedilebilecek bazı konular vardır. İlk olarak hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında zorunlu bağlantının varlığını savunan doğal hukukçu düşüncelere yeterince geniş biçimde yer verilmediği veya bu geleneğin temel iddiasının kesin biçimde çürütülmediği söylenebilir. Bununla birlikte, bağdaştırma projesine ilişkin olarak iki konuda da gelecekte bir çalışma yapılması gerektiğini düşünmüyoruz. Modern doğal hukuk teorileri elbette daha geniş biçimde ve farklı düşünürlerle yer vermek suretiyle ele alınabilirdi. Ancak, aksiyolojik geçerlilik anlayışına ilişkin değerlendirmelerin çalışmanın kapsamı düşünüldüğünde yeterince geniş biçimde ve düşüncenin önemli temsilcilerine yer verilerek yapıldığını umuyoruz. Bu kısmın amacı ahlaki doğruluk ve hukuki geçerlilik arasında hiçbir bağlantının olamayacağını göstermek değil, ele alınan teorilerin bu ikili arasında zorunlu bir bağlantı bulunduğunu göstermeye yeterli olmadığını ortaya koymaktır.

Bununla birlikte, çalışma aksiyolojik geçerlilik anlayışını çürütmeyi amaçlamamaktadır. Aksiyo-olgusal ve aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışlarından anlaşılabilceği gibi, çalışma zaten benimsediği geçerlilik anlayışında aksiyolojik unsurlara yer vermekte ve bu unsurların niçin modern doğal hukukçu geleneğin iddia ettiğinin aksine minimum bir nitelik taşımasının yeterli olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir hukuk sisteminde anayasa (sistemin hiyerarşik açıdan en üstün normu) dışında kalan normların geçerliliği aksiyo-sistemsel geçerlilik anlayışına göre belirlenir. Bu nedenle geçerliliğe dair tartışmaların büyük bölümünün aksiyo-sistemsel geçerliliğe ilişkin olması yadırganmamalıdır. Ancak, yine de anayasanın geçerliliği sorunu hukuk teorisi açısından büyük önem arz eder. Aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının anayasanın

²²²⁵ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., ss. 82-91.

geçerliliğinin açıklanmasında başarılı olabileceğini düşünsek de bu konuda araştırılacak ve sorgulanacak birçok husus bulunmaktadır. Bunların başında anayasanın geçerliliğini aldığı ahlak ve sağduyu normlarının spesifik olarak tespit edilmesi ve diğer norm ve ilkelerle bu normların hiyerarşik ilişkisinin değerlendirilmesi gelir. Bu soruya verilecek yanıtla bağlı olarak belli bir anayasal normun hiyerarşik olarak yalnızca minimum bağlayıcılık şartını yerine getirmesini sağlayan ahlak veya sağduyu normundan değil, başka ahlak ve sağduyu normlarından da altta yer alacağı tespit edilebilir. Bu sonuç ise doğal hukuk-hukuki pozitivizm ekseninde yürütülen tartışmalar için önem arz edecektir. Nitekim bu vesileyle bazı ahlak normlarının niçin bazı anayasal normlar açısından “olması gereken” teşkil ettiği gösterilebilecek, belki de belli ahlaki ilkelere aykırılığın anayasal normların geçersiz kabul edilmesine sebep olacağı iddia edilebilecektir.

Dikkat edilmesi gereken husus, spesifik anayasal normların geçerliliklerini aldıkları ahlak normundan başka ahlaki ilkelere de uygun olması yönündeki gerekliliğin hukuki geçerlilik ve ahlaki doğruluk arasında zorunlu bir bağ bulunduğu şeklinde yorumlanamayacağıdır. Bunun nedeni, söz konusu gerekliliğin bütün anayasal normlar açısından değil, sağduyu aracılığıyla minimum bağlayıcılık şartını yerine getiremeyen (örneğin hiçbir yaptırımı öngörülmemiş olan) anayasal normlar açısından söz konusu olmasıdır. Ahlaki doğruluk ve hukuki geçerlilik arasında zorunlu bir bağın olduğunun gösterilmesi için belli ilkelere aykırı anayasal normların, sağduyu açısından minimum düzeyde bağlayıcı olduğu için geçerli kabul edilemeyeceği, ahlak normları ile sağduyu normları arasında yalnızca bağlayıcı güç açısından değil, hiyerarşik olarak da bir üstünlük ilişkisi bulunduğunun gösterilmesi gerekir. Zaten böyle bir tespit bağdaştırma projesinin reddedilmesi anlamına gelecektir.

Ahlak veya sağduyu normlarının içeriğinin belirlenmesi çalışmanın maksadını aşan, hukuk felsefesi değil, etik alanına giren ve ayrı bir çalışma gerektirecek kadar detaylı bir konu olduğu için bu sorulara cevap verilememiştir. Her ne kadar sağduyu-ahlak ayrımı bir ölçüde dahi olsa korunduğu sürece bağdaştırma projesinin yanlışlanamayacağını düşünsek de, bağdaştırmanın sonuçlarının tam olarak belirlenmesi açısından bu tür bir çalışmanın gerekli ve önemli olacağını kabul etmeliyiz.

Yeri gelmişken bağdaştırma projesinin ima ettiği, ancak detaylı bir biçimde incelemediği bir hususa da değinmek isteriz. Muhatabın bir hukuk normuna uyup

uymayacağı söz konusu norma uymak için sahip olduğu bütün eylem sebepleri dikkate alınarak belirlenir. En nihayetinde geçerli olan, yani muhatabının uymak için eylem sebebine sahip olduğu bir norm, norma uymamak yönündeki eylem sebepleri dolayısıyla güçlü anlamda bağlayıcı olmayabilir. Varsayımımıza göre ahlaki eylem sebeplerinin sağduyu kaynaklı eylem sebeplerine kategorik olarak üstün olduğu düşünüldüğünde, bağdaştırma kapsamında ahlaka aykırı bir hukuk normunun ihlal edilmesi gerekliliğinin aksiyolojik geçerlilik anlayışında olduğundan çok daha kolay bir biçimde ortaya çıkacağını söyleyebiliriz. Bunun nedeni Radbruch ve Alexy'nin aksiyolojik geçerlilik anlayışlarının normun geçersizliği için belli bir eşiğin üzerinde, tahammül edilemeyecek bir ahlaka aykırılık aramasıdır.

Bir hukuk normuna aykırılığın yaptırıma bağlandığı, hukuk normunun içeriğininse ahlaka aykırı olduğu durumlarda, eğer muhatabın söz konusu norma uymak için ahlaki bir eylem sebebi yoksa, hukuk normunun ihlal edilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, bu sonuç tek başına muhatabın öngörülen yaptırıma tâbi tutulamayacağı anlamına gelmez. Bunun nedeni yaptırımı uygulayacak olan kişinin sahip olduğu eylem sebeplerinin muhatabın eylem sebeplerinden farklı olmasıdır. Dolayısıyla, öyle bazı durumlar olabilir ki, muhatap bir hukuk normunun ihlal ederken rasyonel olmasına ve ahlaken doğru davranışı gerçekleştirmesine rağmen bu muhataba yaptırım uygulanması irrasyonel olmaz. Bu durumların hangi şartlar altında mümkün olduğu ayrı bir çalışmayla belirlenmelidir.

Bu konuda gelecekte yapılacak bir çalışmanın önemli uğraklarından biri de bağdaştırma projesinin ahlaka aykırı hukuk normlarını ihlal etmeyi kolaylaştırmasının olası olumsuz sonuçlarını değerlendirmektir. Biz pratikte önem arz eden bu tür hususların değerlendirilmesini yapmadık ve sorunun teorik tarafına odaklandık.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AARNIO Aulis, *The Rational As Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht: R. Reidel Publishing, 1987.

AKI İrem, “Hart-Fuller Tartışması, Neden Anlaşamıyorlar?”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2018), ss. 105-150.

ALCHOURRÓN Carlos E. ve BULYGIN Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, in *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, ed. Risto Hilpinen, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1981, ss. 95-124.

ALDER John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, 4. B., New York: Pallgrave MacMillian, 2002.

ALEXANDER Gregory S., “The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam”, *Northwestern University Law Review*, C. 70, S. 4 (1975), ss. 602-638.

ALEXY Robert, “An Answer to Joseph Raz”, in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 37-55.

ALEXY Robert, “Comments and Responses”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 319-356.

ALEXY Robert, “Law and Correctness”, *Current Legal Problems*, C. 51, S. 1 (1998), ss. 205-221.

ALEXY Robert, “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, in *The Law in Philosophical Perspectives*, ed. Luc J. Witgens, Dordrecht: Springer Science + Business + Media, 1999, ss. 23-45.

ALEXY Robert, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, C. 13, S. 3 (2000), ss. 294-304.

ALEXY Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, C. 13, S. 2 (Haziran 2000), ss. 138-147.

ALEXY Robert, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, çevirenler Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Oxford University Press (2004).

ALEXYY Robert, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, C. 23, S. 2 (2010), ss. 167-182.

ALEXYY Robert, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, C. 17, S. 2 (Haziran 2004), ss. 156-167.

ALEXYY Robert, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, C. 12, S. 4 (Aralık 1999), ss. 374-384.

ALEXYY Robert, “Thirteen Replies”, in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 333-366.

ALLAN Trevor Robert Squidward, “Constitutional Rights and the Rule of Law”, in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 132-151.

ANTONOV Mikhail, “Systemicity of Law: A Phantasm”, *Russian Journal of Law*, C. 3., S. 3 (2015), ss. 110-125.

AQUINAS Thomas, *Summa Theologica*, e-kitap url: <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>, Versiyon: New York, Benziger Bros., 1947.

ARAL Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31, S. 1-4, ss. 513-552.

AREND Anthony Clark, *Legal Rules and International Society*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

ARIKAN Engin, *Sert Pozitivizm*, İstanbul: On İki Levha, 2019.

AUDI Robert, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, Londra: Routledge, 2006.

AUSTIN John, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Robert Campbell, New York: Henry Hold and Company, 1875.

AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. B., ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

AYBAY Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70 (2007), ss. 187-213.

BAR Ludwig von, *Theory and Practice of Private International Law*, 2. B., çev. George Robertson Gillespie, Edinburgh: W. Green & Sons, 1892.

BARBER Nicholas W., “Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 20, S. 1 (2000), ss. 131-154.

BARKER Stephen J., *Renewing Meaning: A Speech-Act Theoretic Approach*, Oxford: Clarendon Press, 2004.

BARNETT Hilaire, *Constitutional and Administrative Law*, 4. B., Londra: Cavendish, 2002.

BEALE Andrew, *Essential Constitutional Law*, 2. B., Londra: Cavendish Publishing Limited, 1997.

BEALE Joseph Henry, "Dicey's 'Conflict of Laws'", *Harvard Law Review*, C. 10, S. 3 (Ekim 1896), ss. 168-174.

BENTHAM Jeremy, *A Fragment on Government*, ed. F. C. Montague, Oxford: Clarendon Press, 1891.

BENTHAM Jeremy, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart, Londra: University of London Athlone Press, 1970.

BERLIN Isaiah, "Two Concepts of Liberty", in *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. Henry Hardy, Oxford: Oxford University Press, 2002, ss. 166-217.

BERNSTROFF Jochen von ve DUNLAP Thomas, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BERTEA Stefano, "A Problem for the Unambitious View of Legal Normativity", *Revus*, S. 37 (2019), ss. 9-16.

BERTEA Stefano, "Obligation: A Legal-Theoretical Perspective", in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Paweł Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, ss. 147-163.

BEYSAN Nasime, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, İstanbul: On İki Levha, 2015.

BIX Brian H., "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *Southern Methodist University Law Review*, C. 52, S. 1 (1999), ss. 167-199.

BIX Brian H., "Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority", *Quinnipiac Law Review*, C. 16, S. 3 (Güz 1996), ss. 241-254.

BIX Brian H., "Legal Positivism", in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, ss. 29-49.

BIX Brian H., "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *The American Journal of Jurisprudence*, C. 56, S. 1 (2011), ss. 47-48.

BIX Brian H., “Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory”, *Rechtstheorie*, C. 37, S. 2 (2006), ss. 139-149.

BLACKSTONE William, *Commentaries on the Laws of England*, ed. WM. Hardcastle Browne, Saint Paul: West Publishing, 1897.

BOROWSKI Martin, “Discourse Theory in International Law - Human Rights through Discourse”, *German Yearbook of International Law*, C. 44, Yıl: 2001, ss. 38-71.

BRADLEY Anthony W. ve EWING Keith D., *Constitutional and Administrative Law*, 14. B., Essex: Pearson, 2007.

BRAND-BALLARD Jeffrey, “Kelsen’s Unstable Alternative to Natural Law: Recent Critiques”, *American Journal of Jurisprudence*, C. 41, S. 1 (1996), ss. 133-164.

BRATMAN Michael E., “Reflections on Law, Normativity and Plans”, in *New Essays on the Normativity of Law*, editörler: Stefano Bertea ve George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2011, ss. 73-85.

BROOME John, "Reasons", in *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, editörler: R. Jay Wallace, Philip Pettit, Samuel Scheffler, Michael Smith, Oxford: Clarendon Press, 2006, ss. 28-55.

BULYGIN Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, C. 13, S. 2 (Haziran 2000), ss. 133-137.

BURAZIN Luka, “The Rule of Recognition and the Emergence of a Legal System”, *Revus*, C. 27 (2015), ss. 115-130.

BURROWS Andrew, *English Private Law*, 3. B., Oxford: Oxford University Press, 2011.

BUTLER Joseph, “Fifteen Sermons Preached at the Rolls Chapel”, in *The Works of Bishop Butler*, ed. David E. White, New York: University of Rochester Press, 2006, ss. 33-146.

BYKVIST Krister, “Agent-Relative and Agent-Neutral Reasons”, in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, ss. 821-838.

CAPPS Patrick ve RIVERS Julian, “Kant’s Concept of Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 63, S. 2 (2018), ss. 259-294.

CASSESE Antonio, *International Law*, 2. B., Oxford: Oxford University Press, 2005.

CHANG Ruth, "Can Desires Provide Reasons for Action", in *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, editörler: R. Jay Wallace, Philip Pettit, Samuel Scheffler ve Michael Smith, Oxford: Clarendon Press, 2006, ss. 56-90.

CHOLBI Michael, "The Murderer at the Door: What Kant Should Have Said", *Philosophy and Phenomenological Research*, C. 79, S. 1 (Temmuz 2009), ss. 17-46.

CLARK Edwin Charles, *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge: Cambridge University Press, 1883.

COHEN Laurence Jonathan, "The Concept of Law" (Eleştiri Notu), *Mind*, C. 71, S. 283 (Temmuz) 1962, ss. 395-412.

COHEN Marshall, "Law, Morality and Purpose", *Villanova Law Review*, C. 10, S. 4 (1965), ss. 640-654.

COLEMAN Jules L., "Authority and Reason", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert, P. George, Oxford: Oxford University Press, 1996, ss. 287-319.

COLEMAN Jules L., "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 4 (2007), ss. 581-608.

COLEMAN Jules L., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, S. 4 (1998), ss. 381-426.

COLEMAN Jules L., "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, C. 11, s. 1 (1982), ss. 139-164.

COLEMAN Jules L., "On the Relationship between Law and Morality", *Ratio Juris*, C. 2, S. 1 (Mart 1989), ss. 66-78.

COLEMAN Jules L., "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 14, S. 3 (Yaz 1991), ss. 703-726.

COLEMAN Jules L., "The Architecture of Jurisprudence", *Yale Law Journal*, C. 121, S. 1 (2011), ss. 2-80.

COLEMAN Jules L., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN Jules L. ve LEITER Brian, "Legal Positivism", in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2. B., ed. Dennis Patterson, Chichester: Wiley-Blackwell, 2010, ss. 228-248.

COLVIN Eric, "The Sociology of Secondary Rules", *University of Toronto Law Journal*, C. 28, S. 2 (Yaz 1978), ss. 195-214.

COOKE Marvel, "Law's Claim to Correctness", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 225-247.

CORLETT J. Angelo, *Terrorism: A Philosophical Analysis*, Dordrecht: Springer Science + Business Media, 2003.

CORRIN Jennifer, "From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pasific", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 58, S. 1 (Ocak 2009), ss. 31-71.

CRISP Roger, "Prudential and Moral Reasons", in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, ss. 800-820.

DAGAN Hanoch, "Normative Jurisprudence and Legal Realism", *The University of Toronto Law Journal*, C. 64, S. 3 (yaz 2014), ss. 442-457.

DAMICH Edward J., "The Essence of Law According to Thomas Aquinas", *The American Journal of Jurisprudence*, C. 30, S. 1 (1985), ss. 79-96.

DELACROIX Sylvie, *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Portland: Hart Publishing, 2006.

DICKSON Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2001.

DICKSON Julie, "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 3 (2007), ss. 373-402.

DIXON Martin, *International Law*, 7. B., Oxford: Oxford University Press, 2013.

DRURY Shadia B., "H.L.A. Hart's Minimum Content of Natural Law", *Political Theory*, C. 9, S. 4 (Kasım 1981), ss. 533-546.

DUXBURY Neil, "Kelsen's Endgame", *The Cambridge Law Review*, C. 67, S. 1 (Mart 2008), ss. 51-61.

DWORKIN Ronald M., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, C. 88, S. 6 (Nisan 1975), ss. 1057-1109.

DWORKIN Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN Ronald M., "Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, C. 35, S. 1 (Güz 1967), ss. 14-46.

DWORKIN Ronald M., *Taking Rights Seriously*, 5. B., Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN Ronald M., "The Elusive Morality of Law", *Villanova Law Review*, C. 10, S. 4 (Yaz 1965), ss. 631-639.

DWORKIN Ronald M., "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, C. 115, S. 6 (Nisan 2002), ss. 1655-1687.

EABRASU Marian, "A Reply to the Current Critiques Formulated Against Hoppe's Argumentation Ethics", *Liberitarian Papers*, C. 1, Yıl: 2009, ss. 1-30.

EDMUNDSON William A., "Introduction", in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, ss. 1-12.

EDMUNDSON William A., "Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's Practical Reason and Norms", *Law and Philosophy*, C. 12, S. 3 (Ağustos 1993), ss. 329-343.

EDMUNDSON William A., *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ELIASZ Katarzyna ve ZAŁUSKI Wojciech, "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *PRINCIPIA*, C. 61-62 (2015), ss. 245-257.

EPSTEIN Richard A., "The Not So Minimum Content of Natural Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 25, S. 2 (2005), ss. 219-255.

ERGÜL Ozan, "Usulüne göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", in *Yıldırım Uluer'e Armağan*, ed. Muhammed Erdal, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, ss. 65-86.

FEIS Guglielmo, "Ought Implies Can: Counter-Examples and Intentions", *European Journal of Legal Studies*, C. 9, S. 2 (2017), ss. 37-52.

FELDMAN Fred, *Doing The Best We Can: An Essay in Formal Deontic Logic*, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1986.

FERREIRA Nick, "Feasibility Constraints and Human Rights: Does 'Ought' Imply 'Can'?", *South African Journal of Human Rights*, C. 28, S. 3 (2012), ss. 483-505.

FINLAY Stephen ve SCHROEDER Mark, "Reasons for Action: Internal vs. External", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Sonbahar 2017 Basımı), ed. Edward N. Zalta, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/reasons-internal-external/>>.

FINNIS John, *Natural Law & Natural Rights*, 2. B., Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS John, "Natural Law: The Classical Tradition", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 1-60.

FINNIS John, "On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact", *American Journal of Jurisprudence*, C. 52, S. 1 (2007), ss. 25-53.

FREDMAN Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

FULLER Lon L., "Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4 (Şubat 1958), ss. 630-672.

FULLER Lon L., *The Morality of Law*, 2. B., New Haven: Yale University Press, 1969.

FÜRST Walther ve GÜNTHER Hellmuth, *Die Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen*, 2. B., Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978.

GANS Chaim, "Mandatory Rules and Exclusionary Reasons", *Philosophia*, S. 15 (1986), ss. 373-394.

GARDNER John, "How Law Claims, What Law Claims", in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 29-44.

GARDNER John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, S. 46 (2001), ss. 199-228.

GARDNER John ve MACKLEM Timothy, "Reasons", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 440-475.

GAUTHIER David, *Morals By Agreement*, Oxford: Clarendon Press, 1986.

GERT Joshua, *Brute Rationality: Normativity and Human Action*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GIBSON James, "Boilerplate's False Dichotomy", *Georgetown Law Journal*, C. 106, S. 2 (Ocak 2018), ss. 249-292.

GIZBERT-STUDNICKI Thomas, "On legal things to do: external and internal legal reasons: Comments on Brian Bix's 'Hart, Kelsen and legal normativity'", *REVUS*, S. 37 (2019), ss. 29-38.

GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, Bursa: Ekin, 2011.

GÖZLER Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin, 1999.

GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. B., Bursa: Ekin, 2013.

GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt: I, Ekin: Bursa, 2003.

GÖZLER Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin, 2017, s. 409.

GÖZLER Kemal, “Tabîî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakar Düşünce*, Yıl: 3, S. 15 (Kış 2008), ss. 77-90.

GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Bursa: Ekin, 2018.

GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, in *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, ed. Ozan Ergül, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, 2013, ss. 15-119.

GRABOWSKI Andrzej, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, çev. Małgorzata Kiełtyka, Berlin: Springer, 2013.

GREEN Leslie, “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 12, S. 1 (1999), ss. 35-52.

GREEN Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, C. 83, S. 4 (Ekim 2008), ss. 1035-1058.

GREEN Michael S., “Legal Realism as Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, C. 46, S. 6 (2005), ss. 1915-2000.

GREGOR Mary J., “Introduction”, in *Practical Philosophy*, ed. ve çev. Mary J. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 607.

GRUMBLING Leon E., “Alf Ross and Valid Law: The Checkmate of a Scandinavian Legal Realism”, *Simon Greenleaf Law Review*, C. 4 (1984-1985), ss. 95-106.

GUSTAFSSON Håkan, “Fiction of Law”, *Rechtstheorie*, C. 41, S. 3 (2010), ss. 319-363.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Hukuk Bir Yere Gitti Mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 15 (2019), ss. 171-192.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2 (2019), ss. 875-910.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4 (2017), ss. 677-729.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha, 2018.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2. B., İstanbul: On İki Levha, 2018.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, “A Purer Theory of International Law? Reassessing the Positivist Understanding of the Relationship Between International and Municipal Law”, *European Review of Public Law*, C. 31, S. 2 (Yaz 2019), ss. 433-459.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2017), ss. 81-148.

HAGE Jaap, "Separating Rules From Normativity", *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Pawel Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, ss. 13-30.

HAGE Jaap ve VERHEIJ Bart, "Reason-based Logic: A Logic For Reasoning With Rules and Reasons", *Information and Communications Technology Law*, C. 3, S. 2-3 (1994), ss. 171-209.

HAI Ishityaque, “Incompatibilism and Prudential Obligation”, *Canadian Journal of Philosophy*, C. 40, S. 3 (Eylül 2010) ss. 385-410.

HALDEMANN Frank, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, C. 18, S. 2 (2005), ss. 162-178.

HALL Jerome, “Book Review. Ross, A., Towards a Realistic Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Cilt: 63, S. 1 (1949), ss. 181-185.

HALL Jerome, “Plato’s Legal Philosophy”, *Indiana Law Journal*, C. 31, S. 2 (1956), ss. 171-206.

HARE Richard Mervyn, *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press, 1981.

HARMON Michael N., “You Can’t Get There from Here”, *Administrative Theory & Praxis*, C. 30, S. 1 (2008), ss. 120-124.

HART Herbert Lionel Adolphus, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 2001.

HART Herbert Lionel Adolphus, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4 (Şubat 1958), ss. 593-629.

HART Herbert Lionel Adolphus, “Scandinavian Realism”, *Cambridge Law Journal*, C. 17, S. 2 (Kasım 1959), ss. 233-240.

HART Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 3. B., Oxford: Clarendon Press, 2012.

HART Herbert Lionel Adolphus, “The Morality of the Law”, *Harvard Law Review*, C. 78, S. 6 (Nisan 1965), ss. 1281-1295.

HATTIANGADI Amandi, *Oughts and Thoughts: Rule-Following and the Normativity of Content*, Oxford: Clarendon Press, 2007.

HAUSER Raimund, *Norm, Recht und Staat*, Viyana: Springer, 1968.

HIMMA Kenneth Einar, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, Yıl: LX, S. 2 (2012), ss. 216-242.

HIMMA Kenneth Einar, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, C. 6, S. 1 (2000), ss. 1-43.

HIMMA Kenneth Einar, “Inclusive Legal Positivism”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 125-165.

HIMMA Kenneth Einar, “Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics?”, *Ratio Juris*, C. 22, S. 1 (Mart 2009), ss. 24-43.

HIMMA Kenneth Einar, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *Ratio Juris*, C. 26, S. 1 (2013), ss. 16-46.

HIMMA Kenneth Einar, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *Ankara Law Review*, C. 9, S. 2 (2012), ss. 109-134.

HOBBES Thomas, *Leviathan*, çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013.

HOERSTER Norbert, “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, *Juristische Schulung*, S. 3 (1987), ss. 181-188.

HOFFMASTER Barry, "Professor Hart on Legal Obligation", *Georgia Law Review*, C. 11, S. 5 (Eylül 1977), ss. 1303-1324.

HOHFELD Wesley Newcomb, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, C. 23, S. 1 (Kasım 1913), ss. 16-59.

HOHOL Mateusz, "Normativity of Mathematics: A Neurocognitive Approach", in *The Many Faces of Normativity*, editörler: J. Stelmach, B. Brożek, M. Hohol, Kraków: Copernicus Center Press, 2013, ss. 191-222.

HOLMES Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Boston University Law Review*, C. 52, S. 2 (1972), ss. 212-228.

HOOKWAY Christopher, "Epistemic Norms and Theoretical Deliberation", in *Normativity*, ed. Jonathan Dancy, Oxford: Blackwell, 2000, ss. 60-77.

HOWARTH David ve STARK Shona Wilson, "H.L.A. Hart's secondary rules: what do 'officials' really think?", *International Journal of Law in Context*, C. 14, S. 1 (2017), ss. 61-86.

HRUSCHKA Joachim, "Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln", *Rechtstheorie*, C. 22, S. 4 (1991), ss. 449-460.

HUGHES Graham, "Professor Hart's Concept of Law", *Modern Law Review*, C. 25, S. 3 (Mayıs 1962), ss. 319-333.

HUME David, *A Treatise of Human Nature*, Auckland: The Floating Press, 2009.

KANT Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 11. B., çev. Mary Gregor, ed. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KANT Immanuel, *Practical Philosophy*, ed. ve çev. Mary J. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KANT Immanuel, *The Critique of Pure Reason*, çev. ve ed. Paul Guyer, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KANT Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, ed. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KAPLAN Louise J., *Cultures of Fetishism*, New York: Pallgrave Macmillan, 2006.

KARAHANOĞULLARI Onur, *İdarenin Kanunla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 3. B., Ankara: Turhan, 2015.

KEARNS Thomas R., "Legal Normativity and Morality", *Western Ontario Law Review*, C. 14, S. 1 (1975), ss. 71-104.

KELSEN Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel, 1973.

KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, çev. Anders Wedberg, 3. B., Cambridge: Harvard University Press, 1949.

KELSEN Hans, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991.

KELSEN Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, çevirenler: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1992.

KELSEN Hans, *Principles of International Law*, 3. B., New Jersey: Lawbook Exchange, 2003.

KELSEN Hans, *Pure Theory of Law*, 5. B., çev. Max Knight, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008.

KELSEN Hans, "The Concept of the Legal Order", çev. Stanley L. Paulson, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 27, S. 1 (1982), ss. 64-84.

KELSEN Hans, "The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantism: A Letter to Renato Treves", in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editörler: Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1998, ss. 169-175.

KIESEWETTER Benjamin, "How Reasons Are Sensitive to Available Evidence", in *Normativity: Epistemic and Practical*, editörler: Conor McHugh, Jonathan Way ve Daniel Whiting, Oxford: Oxford University Press, 2018, ss. 90-114.

KLATT Matthias, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 1-26.

KLEMENT Jan Henrik, "Common Law Thinking in German Jurisprudence – On Alexy's Principles Theory", in *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford: Oxford University Press, 2012, ss. 173-200.

KORSGAARD Christine M., *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KORSGAARD Christine M., "Normativity of Instrumental Reason", in *Ethics and Practical Reason*, editörler: Garrett Cullity ve Berys Gaut, Oxford: Clarendon Press, 2003, ss. 215-254.

KORSGAARD Christine M., "Reflective Endorsement", in *The Sources of Normativity*, 14. B., ed. Onora O'Neill, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, ss. 49-89.

KORSGAARD Christine M., "The Origin of Value and the Scope of Obligation", *The Sources of Normativity*, 14. B., editör: Onora O'Neill, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, ss. 131-166.

KRAMER Matthew H., "John Austin on Punishment", in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Cilt: 2, editörler: Leslie Green ve Brian Leiter, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 103-121.

KRAMER Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

KRAMER Matthew H., "On the Separability of Law and Morality", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, S. 17 (2004), ss. 315-336.

KRAMER Matthew H., "Once More into the Fray: Challenges for Legal Positivism", *Toronto Law Journal*, C. 58, S. 1 (2008), ss. 1-38.

KRAMER Matthew H., "Requirements, Reasons and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", *Ethics*, C. 109, S. 2 (Ocak 1999), ss. 375-407.

KRASNER Stephen D., "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes As Intervening Variables", *International Regimes*, editör: Stephen D. Krasner, New York: Cornell University Press, 1983, ss. 1-22.

KÜHL Kristian, "Radbruch Formülü", çev. Mehmet Cemil Ozansü, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S. 1, ss. 369-374.

LA TORRE Massimo, "Professor Weinberger's Lectures on Jurisprudence", *Ratio Juris*, C. 5, S. 1 (Mart 1992), ss. 120-126.

LAMOND Grant, "The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System", in *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, editörler: Luis Duarte d'Almeida, Kames Edwards ve Andrea Dolcetti, Oxford: Hart Publishing, 2013, ss. 179-225.

LAUTERPACHT Hersch, "Kelsen's Pure Science of Law", in *Modern Theories of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1933, ss. 105-138.

LEAWOODS Heather, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", *Washington University Journal of Law & Policy*, C. 2, S. 1 (Ocak 2000), ss. 489-515.

LEE K. K., "Hart's Primary and Secondary Rules" (Eleştiri Notu), *Mind*, C. 77, S. 308 (Ekim 1968), ss. 561-564.

LEITER Brian, "Legal Realism", in *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, 3. B., editörler: Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Oxford: Blackwell, 2006, ss. 50-66.

LEMOS Noah M., "Value Theory", in *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2. B., ed. Robert Audi, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, ss. 949-950.

LUCAS John Randolph, *The Principles of Politics*, Oxford: Oxford University Press, 1966.

MACCORMICK Neil, *H.L.A. Hart*, 2. B., Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACCORMICK Neil, "Natural Law and Separation of Law and Morals", in *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. Robert P. George, Oxford: Oxford University Press, ss. 105-133.

MACCORMICK Neil, "Why Law Makes No Claims", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 59-67.

MACINTYRE Alasdair, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3.B., Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MARMOR Andrei, "Exclusive Legal Positivism", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editörler: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma ve Scott J. Shapiro, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 103-124.

MARMOR Andrei, *Philosophy of Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2011.

MARMOR Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

MATOS Andytas Soares de Moura Costa, "An Alternative Approach to the Basic Norm: Logical-Transcendental Hypothesis, Fiction or Scientific Postulate", *Jura*, C. 18, S. 2 (2012), ss. 137-147.

MAUS Ingeborg, "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", *Rechtstheorie*, C. 20, S. 2 (1989), ss. 191-210.

MCCLENNEN Edward F., "Prudence and Constitutional Rights", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 151, S. 3 (Ocak 2003), ss. 917-962.

MCLAUGHLIN Robert N., "JC Smith on Legal Obligation", *Chitty's Law Journal*, C. 27, S. 6 (1979), ss. 185-192.

MEDINA José, *The Unity of Wittgenstein's Philosophy: necessity, intelligibility and normativity*, New York: State University of New York Press, 2002.

MERTENS Thomas, “Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration”, *Ratio Juris*, C. 15, S. 2 (Haziran 2002), ss. 186-205.

METİN Sevtap, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXII, S. 1-2 (2004), ss. 165-207.

METİN Sevtap ve HEPER Altan, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, 3. B., İstanbul: Tekin, 2018.

MIAN Emran, “The Curious Case of Exclusionary Reasons”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. XV, S. 1 (Ocak 2002), ss. 99-124.

MOORE Michael S., “Authority, Law, and Razian Reasons”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), ss. 827-896.

MOORE Michael S., “Hart’s Concluding Scientific Postscript”, *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), ss. 301-328.

MOORE Michael S., “Three Concepts of Rules”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, C. 14, S. 3 (Yaz 1991), ss. 771-796.

MORESO José Juan, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Dritto & Questioni*, S. 1 (2001), ss. 99-117.

MORESO José Juan, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht: Springer, 1998.

MORIMURA Susumu, “Is the Concept of the Basic Norm Helpful?”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, C. 42 (Şubat 2014), ss. 1-10.

MÖSTL Markus, “Normative Handlungsformen”, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.B., editörler: Hans-Uwe Erichsen ve Dirk Ehlers, Berlin: De Gruyter, 2010, ss. 614-668.

MULLOCK Philip, “Power-Conferring Rules & The Rule of Recognition”, *University of Pittsburgh Law Review*, C. 36, S. 1 (1974-1975), ss. 23-33.

MUNZER Stephen, *Legal Validity*, Lahey: Marinus Nijhoff, 1972.

MÜLLER Bernd, *Verwaltungsrecht*, 3.B., Heidelberg: Springer, 2004.

NIERHAUS Michael, “Administrative Law”, in *Introduction to German Law*, 2.B., editörler: Joachim Zekoll ve Gerhard Wagner, Lahey: Kluwer, 2005, ss. 87-120.

NORTH Peter M. ve FAWCETT James J., *Cheshire and North’s Private International Law*, 12. B., Londra: Butterworths, 1992.

OSSENBUHL Fritz, “Gesetz und Recht: Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat”, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, editörler: Josef Isensee ve Paul Kirchhof, Cilt: 5, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, ss. 135-182.

OWENS David, “Promises and Conflicting Obligations”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, C. 11, S. 1 (Kasım 2016), ss. 1-19.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Hukuk Eğitiminde Bir Denek Taşı: ‘Radbruch Formülü’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56 (2005), ss. 167-174.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. B., Ankara: Yetkin, 2018.

PALOMBELLA Gianluigi, “The (re-)Constitution of the Public in a Global Arena”, in *After Public Law*, editörler: Cormac Mac Amlaigh, Claudio Michelon ve Neil Walker, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 286-309.

PARPWORTH Neil, *Constitutional and Administrative Law*, 8. B., Oxford: Oxford University Press, 2014.

PATZIG Günther, “Relativismus und Objektivität moralischer Normen”, in *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen: Wallstein Verlag, 1994, ss. 9-43.

PAULSON Stanley L., “Four Phases in Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 18, S. 1 (Bahar 1998), ss. 153-166.

PAULSON Stanley L., “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006), ss. 17-40.

PAULSON Stanley L., “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 12, S. 3 (Güz 1992), ss. 311-332.

PECZENIK Alexander, “The Structure of a Legal System”, *Rechtstheorie*, C. 6, S. 1-2 (1975), ss. 1-16.

PERRY Stephen R., “Hart’s Methodological Positivism”, *Legal Theory*, C. 4, S. 4 (1998), ss. 427-467.

PERRY Stephen R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 7, S. 2 (1987), ss. 215-257.

PERRY Stephen R., “Law and Obligation”, *The American Journal of Jurisprudence*, C. 50, S. 1 (2005), ss 263-295.

PERRY Stephen R., “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), ss. 913-994.

PETERSON Martin, "Introduction", in *The Prisoner's Dilemma*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 1-15.

PFORDTEN Dietmar von der, "Obligations, Norms and Rules", *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, editörler: Michael Araszkiewicz, Tomasz Gizbert-Studnicki, Paweł Banaś ve Krzysztof Pleszka, Heidelberg: Springer, 2015, ss. 165-176.

PINO Giorgio, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, S. 190 (2014), ss. 190-217.

PLATO, "The Republic", in *The Republic of Plato*, 2. B., çev. Allan Bloom, New York: Basic Books, 1991, ss. 3-303.

PLUNKETT David, "Negotiating the Meaning of Law: The Metalinguistic Dimension of the Dispute Over Legal Positivism", *Legal Theory*, C. 22, S. 3-4 (Aralık 2016), ss. 205-275.

POPPER Karl Raimund, *Open Society and Its Enemies*, 4. B., Cilt: I, Princeton: Princeton University Press.

POSTEMA Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *The Journal of Legal Studies*, C. 11, S. 1 (Ocak 1982), ss. 165-203.

POSTEMA Gerald J., "Law's Autonomy and Public Practical Reason", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 79-118.

PROCTOR Robert N., "The History of the Discovery of the Cigarette-Lung Cancer Link: Evidentiary Traditions, Corporate Denial, Global Toll", *Tobacco Control*, C. 21, S. 2 (2012), ss. 87-91.

RADBRUCH Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, C. 1, S. 5 (Ağustos 1946), ss. 105-108.

RADBRUCH Gustav, *Rechtsphilosophie*, 8. B., editörler: Erik Wolf ve Hans-Peter Schneider, Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973.

RADBRUCH Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", çevirenler Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 26, S. 1 (2006), ss. 1-11.

RAITIO Juha, "What is Meant by Legal Certainty and Uncertainty", *Rechtstheorie*, C. 37, S. 4 (2006), ss. 393-405.

RAZ Joseph, "Authority and Justification", *Philosophy & Public Affairs*, C. 14, S. 1 (Kış 1985), ss. 3-29.

RAZ Joseph, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ Joseph, *Ethics in the Public Domain*, 2. B., Oxford: Clarendon Press, 1996.

RAZ Joseph, "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), ss. 1153-1235.

RAZ Joseph, *From Normativity to Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

RAZ Joseph, "Kelsen's Theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*, C. 19, S. 1 (1974), ss. 94-111.

RAZ Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", *The Yale Law Journal*, C. 81, S. 5 (1972), ss. 823-854.

RAZ Joseph, "Legal Validity", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 63, S. 3 (1977), ss. 339-353.

RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ Joseph, "Promises and Obligations", in *Essays in Honour of Hart*, editörler: P.M.S. Hacker ve Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1977, ss. 210-228.

RAZ Joseph, "Reasons for Action, Decisions and Norms", in *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1978, ss. 128-143.

RAZ Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 17-35.

RAZ Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ Joseph, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2. B., Oxford: Clarendon Press, 1997.

RAZ Joseph, "The Identity of Legal Systems", *California Law Review*, C. 59, S. 3 (1971), ss. 795-815.

RAZ Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1988.

REATH Andrews, “Legislating the Moral Law”, *Noûs*, C. 28, S. 4 (Aralık 1994), ss. 435-464.

REGAN Donald H., “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, C. 62, S. 3-4 (1989), ss. 995-1095.

RESTALL Greg, *Logic: An Introduction*, Londra: Routledge, 2006.

ROSS Alf, *On Law and Justice*, 3. B., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2007.

ROSS Alf, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, editörler: Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1998, ss. 147-163.

RINGHOFER Kurt ve WALTER Robert, “Foreword to the Original German Edition”, in *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, ss. ix-liii.

RODRIGUEZ-BLANCO Veronica, “Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, C. 20, S. 2 (Temmuz 2007), ss. 453-473.

ROGAN Mary, “Natural Law and Legal Positivism: Rivals or Reconcilable?”, *Trinity College Law Review*, C. 8 (2005), ss. 189-196.

ROTOLO Antonio ve ROVERSI Corrado, “Norm Enactment and Performative Contradictions”, *Ratio Juris*, C. 22, S. 4 (Aralık 2009), ss. 455-482.

RUMBLE Wilfrid E., “Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism”, *Journal of Public Law*, C. 15, S. 2 (1966), ss. 251-285.

RUNDLE Kristen, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford: Hart Publishing, 2012.

RÜTHERS Bernd, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: C. H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 1999.

SAĞLAM Fazıl, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.

SAĞLAM Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

SARTOR Giovanni, "Legal Validity as Doxastic Obligation: From Definition to Normativity", *Law and Philosophy*, C. 19, S. 5, ss. 585-625.

SARTARIUS Rolf, "Political Authority and Political Obligation", *Virginia Law Review*, C. 67, S. 1 (Şubat 1981), ss. 3-17.

SCANLON Thomas Michael, *What We Owe to Each Other*, 3. B., Cambridge: Harvard University Press, 2000.

SCHAUER Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHULTZ Thomas, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

SEARLE John R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SELLERS Mortimer, "The Actual Validity of Law", *American Journal of Jurisprudence*, C. 37, S. 1 (1992), ss. 283-290.

SEPIELLI Andrew, "Subjective and Objective Reasons", in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford: Oxford University Press, 2018, ss. 784-799.

SHAPIRO Scott J., *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO Scott J., "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, C. 4, S. 4 (1998), ss. 469-507.

SHAPIRO Scott J., "Planning Agency and the Law", *New Essays on the Normativity of Law*, editörler: Stefano Bertea ve George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2011, ss. 17-72.

SHAPIRO Scott J., "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, C. 75, S. 3 (2006) , ss. 1157-1170.

SHAPIRO Scott J., "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", in *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, editörler: Matthew D. Adler ve Kenneth Einar Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 235-268.

SHAW Malcolm N., *International Law*, 6. B., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SHINER Roger A., "Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour", *Ratio Juris*, C. 5, S. 1 (Mart 1992), ss. 1-22.

SHINER Roger A., "Law and Authority", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, S. 2 (1989), ss. 3-18.

SILTALA Raimo, *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000.

SIMMONS A. John, "The Anarchist Position: A Reply to Klosko and Senor", *Philosophy & Public Affairs*, C. 16, S. 3 (Yaz 1987), ss. 269-279.

SIMMONS A. John, "The Duty to Obey and Our Natural Moral Duties", in *Is There a Duty to Obey the Law?*, ed. R. G. Frey, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ss. 93-196.

SIMPSON D. P., *Cassell's Latin Dictionary*, 5. B., New York: Mac Millan Publishing Company, 1968.

SMITH John Cyril, *Legal Obligation*, Londra: The Athlone Press, 1976.

SMITH M.B.E., "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", *The Yale Law Journal*, C. 82, S. 5 (1973), ss. 950-976.

SMITH Michael, *The Moral Problem*, Oxford: Blackwell, 2004.

SOPER Philip, "Law's Normative Claims", in *Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 215-247.

SOPER Philip, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SOPER Philip, "Two Puzzles from the Postscript", *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), ss. 359-380.

SPAACK Torben, "Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch", *Law and Philosophy*, C. 28, S. 3 (Mayıs 2009), ss. 261-290.

STALLBERG Christian G., "Towards a New Paradigm in Justifying Copyright: An Universalistic-Transcendental Approach", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, C. 18, S. 2 (Kış 2008), ss. 333-382.

STEWART Robert B., "Treaty-Making Procedures in the United Kingdom", *The American Political Science Review*, C. 32, S. 4 (Ağustos 1938), ss. 655-669.

STEWART Iain, "Closure and the Legal Norm: An Essay in Critique of Law", *The Modern Law Review*, C. 50, S. 7 (1987), ss. 908-933.

STEWART Iain, “The Critical Legal Science of Hans Kelsen”, *Journal of Law and Society*, C. 17, S. 3 (Güz 1990), ss. 273-308.

SUMMERS Robert S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *Journal of Legal Education*, C. 18, S. 1 (1965), ss. 1-27.

SUR Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 7. B., İstanbul: Beta, 2013.

TALMON Stefan, “Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht”, *Juristen Zeitung*, C. 68, S. 1 (2013), ss. 12-21.

TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. B., İstanbul: Beta, 2014.

TAŞDÖĞEN Salih ve GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Yasama Yetkisi Genel Midir?”, https://www.academia.edu/40998694/Yasama_Yetkisi_Genel_midir, Erişim Tarihi: 26 Mart 2020.

TEMPLEMAN Sidney William, “Treaty-Making and the British Parliament-Europe”, *Chicago-Kent Law Review*, C. 63, S. 2 (Ocak 1991), ss. 459-484.

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. B., İstanbul: Beta, 2014.

THOMSON Judith Jarvis, *Normativity*, Chicago: Open Court, 2010.

THOMSON Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TRIEPEL Heinrich, “İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler”, çev. Orhan Arsal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3, Yıl: 1937, ss. 6-50.

TRIEPEL Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig: C. L. HIRSCHFELD, 1899.

TUSHNET Mark, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 1, S. 1 (2003), ss. 79-98.

UYANIK Halit, *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha, 2014.

VAIHINGER Hans, *The Philosophy of “As If”: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, 2. B., çev. V. K. Ogden, Londra: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., 1935.

VAN CALSTER Geert, *European Private International Law*, 2. B., Oxford: Hart Publishing, 2016.

VANDERVEKEN Daniel, "Illocutionary Logic and Self-Defeating Speech Acts", in *Speech Act Theory and Pragmatics*, editörler: John R. Searle, ferenc Kiefer ve Manfred Bierwisch, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980, ss. 247-272.

VARDEN Helga, "Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis", *Journal of Social Philosophy*, C. 41, S. 4 (Kış 2010), ss. 403-421.

VARGA Csaba, "The Inner Morality of Law", *Acta Juridica Academiae Scientiarum*, C. 29, S. 1-2 (1987), ss. 240-245.

VERAART Wouter, "The Experience of Legal Injustice", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, C. 43, S. 3 (2014), ss. 267-278.

VOGELSTEIN Eric, "Subjective Reasons", *Ethical Theory and Moral Practice*, C. 15, S. 2 (Nisan 2012), ss. 239-257.

WALUCHOW Wil, "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory*, S. 6 (200), ss. 45-81.

WANG Peng-Hsiang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning", in *On the Nature of Legal Principles*, Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Toplumsal Felsefe Derneği'nin (*International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*) "The Principles Theory" konulu 23. Kongresinin Bildiri Kitabı, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, ss. 37-48.

WILLOUGHBY Westel Woodbury, *Fundamental Concepts of Public Law*, Littleton: F. B. Rothman, 1995.

WINTGENS Luc J., "Law and Morality: A Critical Relation", *Ratio Juris*, C. 4, S. 2 (1991), ss. 177-201.

WOLFF Robert Paul, *In Defense of Anarchism*, Berkeley: University of California Press, 1998.

WRÓBLEWSKI Jerzy, "Problems of Objective Validity of Norms", *Rechtstheorie*, C. 14, S. 1 (1983), ss. 19-28.

WRÓBLEWSKI Jerzy, *The Judicial Application of Law*, editörler: Zenon Bankowski ve Neil MacCormick, Berlin: Springer, 1992.

ZIEMBIŃSKI Zygmunt, *Practical Logic*, çev. Leon Ter-Oganian, Dordrecht: Springer, 1976.

ZIPURSKY Benjamin C., "The Inner Morality of Private Law", *American Journal of Jurisprudence*, C. 58, S. 1 (2013), ss. 27-44.

ZORZETTO Silvia, “Thinking of Impossibility in Following Legal Norms: Some Brief Comments About Bartosz Brożek’s Rule-Following”, *Revus*, S. 20 (2013), ss. 47-60.

Diğer Kaynaklar

Cambridge Dictionary, https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/reason_1, ET: 27.3.2018.

English Oxford Library Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cause>, ET: 27.3.2018.

Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/legal/pro%20tanto>, ET: 10.3.2020.

Oxford Reference, <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100350449>, ET: 10.3.2020.

University of Notre Dame Latin Dictionary and Grammar Aid, <http://www.archives.nd.edu/cgi-bin/lookup.pl?stem=norma&ending>, Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2017.

ÖZGEÇMİŞ

Adı-Soyadı	Yahya Berkol	Gülgeç
Doğum Yeri ve Yılı	Mersin	1988
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce (Akıcı)	Almanca (Orta)
	Fransızca (Başlangıç)	Rusça (Başlangıç)
Eğitim Durumu	Başlama-Bitirme Yılı	Kurum Adı
Lise	2002-2007	İstanbul Amerikan Robert Lisesi
Lisans	2007-2011	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2013-2015	Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı
Doktora	2015-	Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı
Çalıştığı Kurumlar	Başlama-Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı
1.	2012-2013	Çakmak Avukatlık Bürosu
2.	2013-	Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Üye Olduğu Bilimsel ve Meslekî Kuruluşlar	-
Katıldığı Proje ve Toplantılar	Kamu Hukukçuları Platformu (2014) Bursa Uludağ Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Doktora Tezi Araştırma Projesi (2019)
Yayınlar:	1. Ulusal hakemli dergilerde yayımlanan makaleler : Yahya Berkol Gülgeç, “Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi”, <i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i> , Cilt: 21, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 875-910. Yahya Berkol Gülgeç, “Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, <i>Ankara Barosu Dergisi</i> , Cilt: 77, Sayı: 3, Yıl:

	2019, ss. 39-94. Yahya Berkol Gülgeç, “Hukuk Bir Yere Gitti Mi?”, <i>Anayasa Hukuku Dergisi</i>, Cilt: 8, Sayı: 15, Yıl: 2019, ss. 171-192. Yahya Berkol Gülgeç, "Derrida'nın Siyaset Felsefesi: Schmitt ve Benjamin Üzerinden Bir Değerlendirme", <i>Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, ss. 13-43. Yahya Berkol Gülgeç, “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, <i>Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Yıl: 2017, Sayı: 2, ss. 81-148. Yahya Berkol Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, <i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt: 66, Sayı: 4, Yıl: 2017, ss. 677-730. Yahya Berkol Gülgeç, "The Problem of Jus Cogens From A Theoretical Perspective", <i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt: 66, Sayı: 1, Yıl: 2015, ss. 73-116. Yahya Berkol Gülgeç, "Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Teorisinin Nietzsche'nin Siyaset Felsefesi Doğrultusunda Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", <i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, Cilt: 64, Sayı: 3, Yıl: 2015, ss. 687-738. Yahya Berkol Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", <i>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</i>, Sayı: 117, Yıl: 2015, ss. 379-418.

	<u>2. Uluslararası Hakemli Dergilerde Yayımlanan Makaleler</u> Yahya Berkol Gülgeç, “Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance”, <i>European Review of Public Law</i>, Cilt: 30, Sayı: 2, Yıl: 2018, ss. 369-415. Yahya Berkol Gülgeç, “A Purer Theory of International Law? Reassessing the Positivist Understanding of the Relationship Between International and Municipal Law”, <i>European Review of Public Law</i>, Cilt: 31, Sayı: 2, 2019, ss. 433-459. <u>3. Kitaplar ve Kitap Bölümleri</u> Yahya Berkol Gülgeç, <i>Normlar Hiyerarşisi: Türk Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerinin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü</i>, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2018. Yahya Berkol Gülgeç, <i>Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması</i>, İstanbul, On İki Levha, 2018. Yahya Berkol Gülgeç, "Teoride ve Pozitif Hukukta Suç-Kabahat Ayrımı", <i>Kabahatler Hukuku Yazıları - I</i>, İstanbul, On İki Levha, 2017, ss. 27-72. Yahya Berkol Gülgeç, "Vergide Kanunilik İlkesine Gerek Var mı?", <i>Prof. Dr. Mehmet Genç'e Armağan</i>, Editörler: Kamuran Rençber, Barış Özdar, Zeynep Özgenç, Bursa, Dora, 2016, ss. 327-379.

	4. Diğer Yayınlar G. Elliot Smith, <i>Ejderhanın Evrimi</i> , çev. Yahya Berkol Gülgeç, İstanbul, Altıkkırkbeş, 2016. Hasan Yazıcı v. Türkiye Davası, çev. Yahya Berkol Gülgeç, <i>Legal Hukuk Dergisi</i> , Rona Aybay Özel Sayısı, Cilt: 2, Yıl: 2014, ss. 2637-2664.
İletişim (e-posta)	ybgulgec@uludag.edu.tr
Tarih	13.6.2020
İmza	
Adı-Soyadı	Yahya Berkol Gülgeç