

T.C.
AYDIN ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE ANABİLİM DALI
2023-YL-075

HART VE KELSEN'İN HUKUK KURAMLARINDAN
HAREKETLE HUKUKUN ETİK TEMELLERİ

HAZIRLAYAN
Ali İhsan ZORER

DANIŞMAN
Prof. Dr. Berfin KART TEPE

AYDIN, 2023

T.C.
AYDIN ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
AYDIN

Bu tezde sunulan tüm bilgi ve sonuçların, bilimsel yöntemlerle yürütülen gerçek deney ve gözlemler çerçevesinde tarafımdan elde edildiğini, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce, sonuç ve bilgilere bilimsel etik kuralların gereği olarak eksiksiz şekilde uygun atıf yaptığımı ve kaynak göstererek belirttiğimi beyan ederim.

...../ / 2023

Ali İhsan ZORER

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve hazırlanma sürecinin her aşamasında değerli bilgilerini ve zamanını benden esirgemeyerek her fırsatta çalışmamla yakından ilgilenen, eleştirileriyle yol gösteren danışman hocam Prof. Dr. Berfin KART TEPE'ye, çalışma süresince bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım değerli hocam Prof. Dr. Harun TEPE'ye, akademik hayatım boyunca yapmış olduğumuz bilimsel tartışmalarla beni olumlu ve yapıcı yönde etkileyen, manevi desteğini hiç esirgemeyen hocam Prof. Dr. Cengiz İskender ÖZKAN'a sonsuz teşekkür ederim.

Bu zorlu süreçte yaşadığım zorlukları benimle paylaşan, her anımda yanımda, büyük bir motivasyon kaynağı olan Tuğçe KÖRCÜK'e, lisans aşamasında kaybettiğim, özlemini asla dindiremeyeceğim babam Mehmet Salim ZORER'e, eğitim hayatım boyunca maddi ve manevi desteğini hiç esirgemeyen annem Ayfer ZORER'e, kardeşlerim Fatma İpek YAMAN'a ve Ali Caner ZORER'e, çok değerli arkadaşlarım Ömer YARLUK'a ve Dilan YAVUZ'a, teşekkür eder, minnetlerimi sunarım.

Ali İhsan ZORER

ÖZET

HART VE KELSEN'İN HUKUK KURAMLARINDAN HAREKETLE HUKUKUN ETİK TEMELLERİ

Ali İhsan ZORER

Yüksek Lisans Tezi, Felsefe Bölümü

Danışman: Prof. Dr. Berfin KART TEPE

2023, XI+96 sayfa

Bu çalışma, hukuk ve etik ilişkisine ilişkin tartışmalar ile doğal hukukçular ve pozitif hukukçular arasındaki tartışmaların temel soru ve savlarını ele alarak, esasında “Hukuk etiksiz olabilir mi?” sorusunu yanıtlamaya çalışmaktadır. Öncelikle, hukuk, hukuk bilimi, hukuk felsefesi gibi kavramların sınırları çizilmeye, bu kavramların felsefenin temel disiplinlerinden biri olarak etik ile ilişkisi ele alınmaktadır. Söz konusu kavramsal çerçeve, özellikle doğal hukuk ve pozitif hukuk fikrinin nereye dayandığı, soru ve sorunlarının neler olduğunu ortaya koymayı olanaklı kılacaktır. Bu sebeple, doğal hukukçuların ve pozitif hukukçuların, temelde nerede ayrıldıkları, nerede birbirlerine benzediklerini ortaya koyabilmek de mümkün olacaktır. “Hukuk etikten bağımsız olabilir mi?” ya da “Değerlerden bağımsız bir hukuk düşünülebilir mi?” soruları doğal hukukçular ve pozitif hukukçuların kuramlarına dayanarak yanıtlanmak istenmektedir.

Bu bağlamda, öncelikle, hukuk ve etik kavramlarının sınırları çizilerek etik temelli bir hukukun olanaklı olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu sınır çizmenin ardından, hukuk bilimi ve hukuk felsefesi arasındaki ilişkinin nasıl olduğu, doğal hukukçular ile pozitivist hukukçuların temel savları, sorunları felsefe tarihinden farklı filozoflardan hareketle ele alınacaktır. Böylelikle, doğal hukuk ve pozitivist hukukun ana savları ile onlara yöneltilen eleştirilere yer verilecektir. Bunun için hukuki pozitivizmin iki önemli temsilcisi Hart ve Kelsen’in kuramları üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, özellikle Kelsen’in kuramı ve kuramının ana terimi olarak kabul edilen “*Grundnorm*” ile Kant’ın “*Ahlak Yasası*” arasındaki bir ilişki olup olmadığı da tartışılacaktır. Kelsen’in “*Grundnorm*” olarak adlandırdığı ilkeyle, bütün yasaları *temel olan* bir yasaya nasıl bağladığı Kant’ın ahlak yasasıyla ilişkilendirilip, karşılaştırılmaya çalışılacaktır. Böylelikle, sonuçta, etik ilkelerin hukuksal açıdan önemi vurgulanarak, özellikle Kant’ın etik kuramı referans alınarak, onun

etik ve politika üzerinde söylediklerinin hukuka nasıl kaynaklık edebileceği, hukukun etiğe, pozitif hukukun da doğal hukuka neden ihtiyaç duyabileceği temellendirilmek istenmektedir.

ANAHTAR KELİMELEER: Doğal Hukuk, Pozitif Hukuk, Hukuki Pozitivizm, Hart, Kelsen, Kant, Etik, Ahlak, *Grundnorm*, *Kategorik Imperatif*.



ABSTRACT

THE ETHICAL GROUNDS OF LAW WITH THE REFERENCE TO THE THEORIES OF HART AND Kelsen

Ali İhsan ZORER

Master Thesis, Department of Philosophy

Supervisor: Prof. Dr. Berfin KART TEPE

2023, XI+96 pages

This study deals with the main questions and arguments on the relationship between law and ethics, as well as between the natural law and legal positivism, and tries to answer to the question "Is law without ethics is possible?" First of all, the boundaries of concepts such as law, jurisprudence, legal philosophy, and the relationship of these concepts with ethics as one of the basic disciplines of philosophy are discussed. The aforementioned conceptual framework will make it possible to reveal the basis of the ideas of natural law and legal positivism, and what their questions and problems are. And that will make it possible to see where natural law philosophers and legal positivists fundamentally differ, where they converge. The questions as "Is a law without ethics possible?" or "Is a law without values possible?" will be tackled on the basis of natural law and legal positivist theories.

In this context, first of all, the boundaries of the concepts of law and ethics will be drawn and the possibility of an ethics-based law will be questioned. Following this demarcation, the main arguments and problems of natural law philosophers and legal positivist philosophers, who tackle the relationship between legal science and legal philosophy will be discussed with reference to the different philosophers from history of philosophy. Thus, besides the main arguments of the natural law and legal law theorists, the critics of them will be also handled. For that, the theories of Hart and Kelsen, two main representatives of legal positivism, will be studied. In this context, it will be discussed the relationship between Kant's Law of Morality" and Kelsen's theory legal positivism, especially the "*Grundnorm*", considered as the main term of his theory. How Kelsen connects all laws to a fundamental law, named "*Grundnorm*", will be considered in relation with Kant's law of morality and then compared with it. Thus, by emphasizing the importance of ethical principles for law, especially with reference to Kant's theory of ethics, we tried to show how Kelsen's

account on the relation of ethics with politics can be a source for law, and why law may need ethics and natural law.

KEY WORDS: Natural Law, Positive Law, Legal Positivism, Hart, Kelsen, Kant, Ethics, Morality, *Grundnorm*, *Categorical Impreative*.



İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY SAYFASI.....	iii
BİLİMSEL ETİK BİLDİRİM SAYFASI.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	viii
İÇİNDEKİLER.....	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM	8
1. HUKUK VE “DOĞAL” HUKUK İLİŞKİSİ	8
1.1. Bir Bilim Olarak “Hukuk” ve Felsefe İlişkisi.....	8
1.2. “Doğal Hukuk”un Sınırları ve Kökeni.....	13
1.2.1. “Doğal Hukuk”un Sınırları	13
1.2.2. “Doğal Hukuk”un Kökenleri	15
1.2.2.1. Eskiçağdan Günümüze “Doğal Hukuk”un Sınırları.....	15
1.2.2.1.1. Platon’da “Doğal Hukuk”	18
1.2.2.2.2. Aristoteles’te “Doğal Hukuk”	21
1.2.2.2.3. Stoacılar’da “Doğal Hukuk”	25
1.2.2.2.4. Ortaçağda “Doğal Hukuk”	31
1.2.2.2.5. Yakın Çağdan Günümüze “Doğal Hukuk”	36
2. BÖLÜM	47
2. HUKUK VE POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ: HART VE KELSEN	47
2.1. Hukuki Pozitivizm Kavramının Sınırları.....	49
2.1.1. Hart’ta Pozitif Hukukun Sınırları.....	51
2.1.1.1. Birincil Kurallar	56

2.1.1.2. İkincil Kurallar	57
2.1.2. Kelsen’de Pozitif Hukukun Sınırları: Normlar Hiyerarşisi.....	59
2.1.2.1. Hukuk ve Doğa.....	59
2.1.2.2. <i>Grundnorm</i> İlkesi	61
2.1.2.3. Hukuk ve Etik.....	64
3. BÖLÜM	66
3. DOĞAL HUKUK VE POZİTİF HUKUK ELEŞTİRİLERİ.....	66
3.1. Pozitif Hukukçuların Doğal Hukukçulara Eleştirileri	66
3.1.1 Soyağacı Tezi	70
3.1.2. Ayrılabilirlik Tezi	71
3.2. Pozitif Hukukçulara Yöneltilen Eleştiriler	74
3.3. Kant Etiğiyle Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuka Bakış	79
4. TARTIŞMA VE SONUÇ	84
5. KAYNAKLAR.....	91
ÖZGEÇMİŞ	96

GİRİŞ

“Adalet özlemi insanların en eski özlemlerinden biri; adaletin ne olduğu ise, felsefenin en eski sorunlarından biri... Günümüzde artık adalet özleyen değil, adalet talep edenlerin sayısı gitgide artmakta ve bu insanlar adaleti ‘elde etme’ umudunu yitirince silaha sarılmakta, rastgele insan öldürmekte, kendileri de ölmektedir” (Kuçuradi, 2011, s. 27).

Günümüzde de özlemin hiç dinmediği, talebin durmadan arttığı sıklıkla tartışılan konuların başında gelen “adalet”in ne olduğu ya da ne olmadığı yalnızca hukukun, politikanın bir sorunu olmayıp aynı zamanda, kavramın neliğini ortaya koyan etik ve politik bir felsefe problemi olarak da karşımıza çıkmaktadır. “İnsanlığın tarihsel serüvenine eşlik eden kavramların başında adalet kavramı gelir. Yaşamda sıkça, hem de çok farklı durumlarda adalet talepleriyle karşılaşırız. Adaletsizliğe uğradığını düşünenler, içinde bulundukları durumları adaletsiz bulanlar adalet talep ederler. Hak ettikleri veya hak ettiklerini düşündükleri, ama kendilerine verilmeyen şeylerin geri verilmesini -veya kendilerinden alınanların kendilerine geri verilmesini- isterler” (Tepe, 2022a, s. 27). Bu taleplerin nasıl yerine getirilebileceği, kavramın yalnızca felsefi, etik ve politik olanlar ilişkisinin sınırlarının teorik olarak ele alınmasıyla değil, aynı zamanda hukuk ile ilişkisinin de ortaya konulmasıyla ilgilidir.

Adalet arayışı filozofların, siyasetçilerin, hukukçuların insanlığın başlangıcından günümüze dek varolan bir toplumsal olgudur. Felsefe tarihinde kimi düşünürlerin adaleti etik ve politik olanla ilişkisinde ele aldığını, “*Adil ya da adil olmayan insan kimdir?*”, “*Adil bir toplum düzenine ulaşmak nasıl mümkündür?*”, “*Hak ya da haksızlık nedir?*”, “*Bir kişi ya da toplum hak ettiğini nasıl alır?*” gibi soruların yanıtlarını ararlar. İlk olarak Platon, *Devlet*’inde mitolojinin *Gyges Yüzüğü* metaforundan hareketle adil ya da adil olmayan insanı betimler ve adil bir insan olmanın özellikle adil bir toplum düzeni için neden önemli olduğunu dile getirir. Platon’a göre herkese borçlu olduğumuz şeyi ödemek (Platon, 2015: 331e) olan adalet, kişinin bir erdemi ve devletin (*politeianın*) de bir özelliğidir. Platon’dan sonra Aristoteles de *adalet* (δικαιοσύνη) ve *adaletsizlik* (αδίκησις) hakkında konuşurken adaletin yine bir kişi erdemi olduğunu ve bir erdem olarak nasıl bir orta olma olduğunu *Nikomakhos’a Etik*’te dile getirir. Aristoteles için de adalet, bir huy olarak kendi amacını kendinde taşıyan bir erdemdir –ama

kendi başına değil, bir başkasıyla ilişkide bir erdemdir (Aristoteles, 1998, 1129b25). Aristoteles'te ruhun akıllı yanının bir erdemi olan *düzeltilici* ya da *paylaştırıcı* “adalet” nasıl ki hak ve eşitlikle, dolayısıyla yasaya uygun olmakla (Aristoteles, 1998, 1131b 20-30) ilgiliyse; “adaletsizlik” de yasaya ve eşitliğe aykırı olanla (Aristoteles, 1998, 1130b 10) hak çiğneme ya da hakları ihlal etmeyle ilgilidir.

Platon ve Aristoteles'in bir erdem olarak ifade ettikleri “adalet”, yalnızca felsefenin neliğini sorgulamaya çalıştığı bir kavram olmanın ötesinde, felsefenin temel disiplinlerinden etiğin ve siyasetin yanı sıra, hukuk alanında da teorik olarak sorgulanan ve pratikte de bir amaç olarak ulaşılmaya çalışılan bir olgudur. Bu bağlamda, *“Adalet neyle ilgilidir, eylemle mi eyleyenle mi ilgilidir?”*; *“Bir eylem hangi durumlarda “adil”, hangi durumlarda “adil değil” denebilir?”*, *Adil olan ya da adil olmayan için nereye, kime, neye bakmak gerekir?”*, sorularının yanıtları yalnızca felsefe -etik ya da siyaset için değil- aynı zamanda hukuk için de önem taşımaktadır. Bu bağlamda, “adalet” kavramının teorik içeriği ve pratikte karşılaşılan adaletsizlik olgusu hem felsefenin, hem siyasetin, hem de hukukun nesnesidir. Hukuk, “toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde –kurulmasında ve yürütülmesinde– bazı etik ilkeleri etkili kılabilme kaygısının somutlaşması, ... yani bu ilişkileri, başka belirleyicilere göre değil, adalet fikrine göre düzenlemeyi istemenin ifadesi olan kurum” (Kuçuradi, 2000, s. 291) olarak düşünüldüğünde, onun, hem etik hem de siyaset ile bağını kurabilmek de mümkün görünmektedir.

Hukuk, toplumsal ilişkilerin adalet ilkesine göre düzenlemesiyle ilgili bir kurum olarak düzenlemelerinde esas olan normları ortaya koymaktadır. Normlara dayalı bir sisteme sahip olan hukukun bir bilim olarak görülmesi ve olabildiğinde etikten bağımsız, uzak bir alan olduğu kimi hukukçular tarafından savunulmaktadır. Felsefe tarihinde özellikle bir erdem olarak “adalet” kavramından hareketle adil bir toplum düzenine ulaşmanın olanağını ortaya koymaya çalışan düşünürlerin kuramlarına bakıldığında, hukukun ilkelerinin, hem toplumsal ilişkilerin hem de toplumda karşılaşılan kişi-kişi ilişkilerinin “adalet” ilkesi ya da erdemine göre düzenlemesi gerekliliği hukuk ve etik arasında bir ilişkinin bulunduğunu ve bulunması da gerektiğini göstermektedir. Bu ilişkinin daha açık ve anlaşılır görülebilmesi için hem “hukuk”un hem de “etik”in kavramsal sınırlarını çizmek, neliğini ortaya koymak ve de pratik alanda birbirleriyle olan bağlarını görebilmek önemlidir. “Hukukun, diğer toplumsal kurumlar gibi, içinde bulunduğu toplumsal ve ekonomik koşullardan kopuk ele

alınamayacağı, üretim ilişkilerinin onu da büyük oranda belirlediği, ayrıca çoğu zaman siyasetin bir aracı olduğu ve siyaset tarafından kullanıldığı tartışma götürmeyecek kadar açık bir olgudur. Ama hukuka bir insan başarısı, bir toplumsal kurum olarak bakıldığında, hukukun üstünlüğünden söz edildiğinde, onun belli niteliklere sahip olması varsayılmaktadır. Hukuku hukuk yapan şeyin ne olduğu, ne eksik olduğunda onun hukuk olamayacağı tartışıldığında ya da ‘hukuk devleti’ ile ‘kanun devleti’ ayrımı yapıldığında, hep onun belli niteliklere sahip olması gerektiği, yoksa hukuk olamayacağı düşünülmektedir” (Tepe, 2022b, s. 8). Sadece siyasetin bir aracı olmayan, belirli bir niteliğe sahip olması beklenen hukukta, hukuk ve kanun devleti ayrımı, hukuk ve etiğin ilişkisi bağlamında karşılaşılan doğal ve pozitif hukuk ayrımı üzerine düşünülmelidir. Özellikle egemenin emri ya da kaynağı devlet olarak, “devleti devlet yapan özellik hukuk düzeni” (Kant, 2022, s.19) olarak kabul edildiğinde, hukuk yalnızca bir biçim, formel bir alan olarak görüldüğünde, toplumsal ve ekonomik koşullardan bağımsız bir kurum olarak kabul edildiğinde, yalnızca pozitif hukuk olarak adlandırılan bu türden “hukuk”un doğal hukukla nerede uzlaştıkları ve/veya ayrıldıkları ele alınmalıdır. Bu iki bakışın temel savları üzerinde düşünürken hem “hukuk”un hem de “doğal hukuk” ve “pozitif hukuk”un ne olduklarının sınırlarını iyi çizmek, hukuka felsefeyle bakabilmek gerekmektedir. Bu kavramsal sınır çizme için de hukuk felsefecilerinin kuramlarına ve felsefedeki etik kuramcılarının düşüncelerine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, en çok da etik kuramında ve siyaset-etik ilişkisindeki temel savlarına bakıldığında, bir doğal hukukçu olarak da kabul edebileceğimiz Immanuel Kant’ın düşüncelerini ele almak gereklidir.

Hukuk ve devlet felsefesine ilişkin düşüncelerini kaleme almadan evvel düşüncelerinin iyice olgunlaşmasını bekleyen ve daha geç bu alanlarda metin kaleme alan Kant’ın insanlığın ilerlemesini hukuk kavramıyla tanımladığı görülür. Özellikle etiğin politikayla olan ilişkisinde etiği önceleyen, kalıcı barışa ulaşabilmek, temel hak ve özgürlükleri koruyabilmek için *politikanın ahlak önünde dize geldiği* (Kant, 1984, s. 260) bir dünya düzenine ihtiyaç olduğunu düşünen Kant için temelleri etiğe dayanan bir hukukun varlığından söz edilmelidir. “Politikanın ilkeleri, ahlak ve hukukun ilkeleridir. Bu ilkeler ahlak alanındaki özneyi içeriden, hukuk alanında ise dışarıdan belirleyen özgürlük, eşitlik ve bağımsızlıktır. O halde politik eylemin kaynağı da, tıpkı hukuksal ve ahlaksal eylemin kaynağı gibi akıldır” (Çörekçioğlu, 2010, s. 257). Akla dayanan ve özgürlük ilkelerine dayanan bir hukuka ihtiyaç duyulduğunu özellikle politika üzerine yazılarında vurgulayan Kant’a göre, “insanın doğal yeteneklerinin gelişebilmesi, olanaklarının açığa çıkabilmesi hak

ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir hukuk devletinin, dünya yurttaşlığı hukukunun tesisiyle mümkündür” (Kart, 2022, s. 3). Ebedi barışın gerekliliğinden söz ederken, evrensellik ve insan hakları düşüncesiyle de ilişkilendirebileceğimiz “dünya vatandaşlığı hukuku” ve “dünya vatandaşlığı ideali”ne ulaşmak gerektiğini düşünen Kant’a göre, bu bağlamda, “Bir ulusun üyeleri olan insanlar olarak bir kamu hukukuna (*ius civitatis*); devletlerin birbiriyle ilişkileri bakımından devletler hukukuna (*ius gentium*); evrensel bir insanlık devletinin üyeleri olma niteliğinden dolayı, birbirlerini etkileyen insanlar ve devletler olmaları bakımından bir dünya vatandaşlığı hukukuna (*ios cosmopoliticum*)” (Kant, 1984, s. 234) ihtiyaç duyulmaktadır.

Kant için, “devleti devlet yapan özellik hukuk düzenidir. Devlet pozitif hukuku vazeder. Fakat pozitif hukukun bağlayıcı olması, yasakoyucunun otoritesini temellendirecek en az bir doğal hukuk normunu şart koşar. (...) Hukuk, devletin kaynağı ve haklı kılınmasıdır” (Kant, 2022, s. 19). Böyle bir hukukun ise doğal hukukçuların dile getirdiği hukuk olması gerektiğini Kant’ın etik, politika ve hukuk üzerine yazdıklarından çıkarmak mümkündür. Kant, hukukun devletin varlığı ve düzeni gerekliliğini dile getirirken, “günümüzde ulus devletlerin insan hakları sorunlarının çözümünde kamu hukuku (*ius civitatis*) ya da devletler hukukundan (*ius gentium*) yararlanmadıkları” (Kart, 2022, s. 4) ve özellikle insan hakları sorunlarının, yaşanan sıkıntıların uluslararası kurumlara, bir kozmopolit hukukun gerekliliğine, dünya devleti ile dünya vatandaşlığı hukukuna ihtiyaç doğurduğunu düşünür. “Hukuki kozmopolitizm bir dünya devletini ya da antik Yunanca *polis* (kent devleti) sözcüğünü kullanıma sokarak, tüm insanları kapsayan ya da en azından tüm insanlara açık olan bir siyasal toplum” (Pogge 2016: 440) olarak kozmopolitizme ihtiyaç duyulur. Kozmopolit adalet ilkelerine göre eylenebileceği bir dünyaya ilerlemek, siyaset ve hukukta etik ilkeleri gözetebilmek, küresel adaletin sağlanabilmesi, insan hakları ve özgürlüklerin korunabilmesini mümkün kılabilir. Toplumun en önemli yapı taşı olarak kabul edilen, ortak yaşamın bir ön koşulu olarak, tek tek bireylerin birbirlerine karşı bütün haklarını koruyan, güvenliğini sağlayan devlet, bir olgu olarak insanlık tarihinin en önemli başarılarından biri olarak ortaya çıkmıştır. Hukukun tesis edilmediği bir devlette insanca yaşamın koşulları da oluşturulamayacaktır. “Bilimler, felsefe, sanat, teknik gibi hukuk da antropolojik bir değer, insanın varlığa kattığı, etik değerlere yaslanan bir toplumsal yaşamı tesis etmeye yönelik bir insan kurumudur. Bu nedenle ‘amacına uygun’ olarak kurulmuş ve işleyen bir hukuk düzeninin veya hukuk devletinin olmadığı bir ülkede ya da bölgede etik

değerlere dayalı bir toplumsal düzen kurmak, günümüzde bunun temel göstergelerinden olan insan haklarını korumak neredeyse olanaksızdır. Bunun için hukuk bir değer, insanı insan yapan -yani yalnız insanların gerçekleştirebileceği ve gerçekleştirdiğince insanca bir yaşam sürebileceği- antropolojik değerlerden birisidir” (Tepe, 2022b, s. 11).

Belirli bir toprak parçası üzerine kurulmuş, siyasi sınırları belirlenmiş bir ulus topluluğu olarak görülen devlet, söz konusu ulusun devamlılığı için başta temel haklar olmak üzere, değerlerin, kimi kültürel normların, ananelerin sürekliliğinin sağlayıcısı, koruyucusu olarak kabul edilir. Devletin en asli görevi insanın insanca yaşamı için söz konusu tüm bu sahip olunanlarının güvenliğini sağlayabilmesidir. “Eğer bir yönetim hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir” (Dworkin, 2007, s. 248). Devlet, bireylere kendilerine yönelik herhangi bir tehdit karşısında sığınacakları bir yerdir. Hiç şüphesiz bu yer, kurum, doğru olanı, adil olanı tespit etmeli ve en nihayetinde adaleti sağlamak amacıyla hareket etmelidir. Burada söz konusu amacı sağlayacak olan ise hukukun varlığıdır. Kısaca, hukuk, kamusal adaletin bir koşulu olarak devlet içerisindeki en önemli yapıdır. Bu durumda “*Devletin en önemli oluşturucusu hukuk ise, hukukun en önemli oluşturucusu ne olmalıdır?*” sorusunun yanıtına ulaşmak da güç olmayacaktır. Burada ihtiyaç duyulan belli bir hukuk idesidir. Ne hukuksuz bir yaşam düşünmek ne de hukuksuz bir yaşamın insanca olabileceğini düşünmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada hem pozitif hukukun hem de doğal hukukun varlığından söz etmek gerekmektedir. “Nasıl etik alanında, insanların eylem ve yapıp etmelerini, ilişkilerini yöneten ilkeler, değerler varsa, bir ‘topluluk’ içinde yaşayan insanların eylemlerini, birbirleriyle olan ilişkilerini yönetip düzenleyen ilkeler ve bu ilkelere dayanılarak konulan kural ve yasalar vardır ki, bunların hepsine birden hukuk sistemi” (Mengüşoğlu, 1983, s. 288) adı verilir. İnsanlararası ilişkileri adalet idesine göre düzenlemesi beklenen ve bir insan başarısı olan hukuk, söz konusu sistemde, yasalılıkla -yani pozitif hukukla- ilgili olduğu kadar insanın insan olarak olanaklarını gerçekleştirmesini sağlayan bir kurum olarak doğal hukukla da ilişkilidir. Hukuk ve etik arasındaki ilişkinin daha açık ve anlaşılır olabilmesi için, bu bağlamda “*Pozitif hukuk fıkri neye dayanır?*” ve “*Doğal hukuk fıkri neye dayanır?*” sorularının yanıtlarını doğal hukukçu ve pozitif hukukçu olarak adlandırabileceğimiz düşünürlerin kuramlarından, temel savlarından hareketle vermek gerekmektedir.

Hukukun, hukuken bağlayıcı olması için adil olması gerektiği fikrini, doğal hukuk diye bir şeyin varlığını reddeden pozitif hukukçular (Ingram, 2019, s. 45) ile insan doğasına ilişkin bazı evrensel adalet ilkeleri olduğunu ve insan yapımı bu ilkelere uyulması fikrini savunan (Ingram, 2019, s. 36) doğal hukukçular arasındaki tartışmalar süregelmektedir. Bir yanda hukuku biçimle ve yasayla, yasayı yasa koyucunun ya da egemenin iradesiyle özdeşleştiren, etikle bağını da göz ardı etmek ve bir bilim olarak hukuktan söz edebilmek için metafizikten uzak durmak gerektiğini savunan pozitif hukukçular; öte yanda Antik Yunan'dan Aristoteles'e başlangıcını dayandırabileceğimiz, doğanın evrensel ve değişmez ilkesine işaret ederek yalnızca insanların eşitliğini, insan hakları doktrinini, insanlığın ortak iyiliğini amaçlayan doğal hukukçular hukukun "bilimsel" mi yoksa "metafizik" bir disiplin mi olduğunun yanıtını vermeye çalışmaktadır. Söz konusu sorulara, pozitivist hukukçuların vereceği yanıtlarda "bir topluluğun mevcut sosyal pratiklerinin betimlenmesiyle anlaşılabilir toplumsal bir fenomen" (Wacks, 2018, s. 70) olarak gören Hart'ın ve hukuku anlamak için şekli kategorilere ihtiyaç duyduğumuz ve her hukuk sisteminin temelinde yatan temel norma -yani *Grundnorm*- (Wacks, 2018, s. 76) ihtiyaç olduğunu dile getiren Kelsen'in kuramları önem taşımaktadır.

Her iki pozitivist hukuk kuramcısının temel savları ve özellikle Kelsen'in *Grundnorm* ilkesi ile dile getirdikleri, bize etik ve hukuk arasındaki ilişkiyi temellendirebilmemizi, doğal hukukun pozitif hukuku öncelmesi gerektiğini söyleyebilmemizi sağlayan Kant ve onun etik kuramı ile ahlak yasasını -*Kategorik Imperatifi*- ve Hart'ın ise *Birincil Kuralları*'nı düşündürmektedir. Bir pozitif hukukçu olarak kabul edilen Hart, toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği için normların ya da kuralların varlığından, "bir topluluk olarak hayatta kalmak için belli temel kuralların varlığı"na ihtiyaç olduğundan (Wacks, 2018, s.70) söz ederken; Kelsen ise "hukuku anlamak için, hukuku bir 'gerekler' veya *normlar* sistemi olarak tasavvur etmemiz gerektiğini" (Wacks, 2018, s.75) iddia ederek birbiriyle ilişkili normların yaşamda ard arda geldiğini ve her bir normun bir üst norma dayanarak geçerli olabileceğini düşünür. Bu sebeple, "her bir normun geçerliliği bir üst norma; onun da geçerliliği bir üst norma dayandığında göre; er geç bir noktada daha da ilerleyemeyeceğimiz bir yere geliriz. Geldiğimiz son nokta temel norm veya *Grundnorm*'dur. (...) Temel normun geçerliliği başka herhangi bir norma dayanmadığından, geçerliliği varsayılmalıdır" (Wacks, 2018, s. 77). Kelsen'in varlığını ancak hukuki bilinçte mümkün gördüğü *Grundnorm*, Kant'tan da etkilenmiş bir düşünür olarak, her ne kadar hukuki pozitivimin savunucularından olsa da, bize

Kant'ın akıl ve istemeye sahip olan tüm insanlarda ortak olarak bulunan, “nesnel olarak zorunlu olduğu” (Kant, 1999, s. 42) düşünülen bir yasayı düşündürür: “*Öyle eyle ki, senin istemenin maksimi, hep aynı zamanda genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin*” (Kant, 1999, s. 35). Nesnel ilkeye yasa diyen Kant, yasayı da kesin buyruk -*Kategorik Imperatif*- biçiminde ifade eder. Buradan hareketle, iki temel sorunun yanıtını vermek gerekli görünmektedir: “Doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında bir uzlaşım mümkün müdür?” ve “Kelsen’in *Grundnorm*’u ile Kant’ın *Kategorik Imperatif*’i arasında bir uzlaşım mümkün müdür?” Bu sorular yanıtlanırken, Hart’ın *Birincil Kuralları*’nı da hem doğal hukuk ile pozitif hukukun hem de *Grundnorm* ile *Kategorik Imperatif*’in uzlaşımının çok da uzağında olmadığını görmek süregelen tartışmaları aydınlatmak ve aslında etik ile hukuk arasındaki bağı ortaya koyabilmek adına önemlidir.

Söz konusu sorulara yanıt verebilmek ve özellikle de etik ile hukuk arasındaki bağı, *Grundnorm* ile *Kategorik Imperatif* arasındaki benzerliği de ele alarak ortaya koymak isteyen bu çalışmada öncelikle, başlangıçta da vurgulandığı gibi hukuk, doğal hukuk ve pozitif hukuk kavramlarının sınırlarını çizmek, sonrasında Hart ve Kelsen’in pozitivist hukukçular olarak görüşlerine yer vererek, bu pozitivist bakışın doğal hukukçuların bakışından farkının nereden kaynaklandığını, farkı olup olmadığını Kant’ın etik ve politik kuramından hareketle temellendirmek istenmektedir. Böylelikle, “*Hukuk nasıl etik olur?*” sorusu da yanıtlanabilir.

“Hukuk bir normlar sistemi olduğundan, hukuksal düzenlemeler genel çerçeveyi çizen, genele ilişkin kuralları ortaya koyan belirlemelerdir. Bu kuralları tek tek kişilere uygulamak yine tek tek kişilere kalmaktadır. Her tek durumun özelliğini dikkate almadan, durumu doğru bir biçimde kavramadan yapılacak ezbere uygulamalar hukukun amacıyla uyuşmayan yargıların ortaya konulmasına yol açabilir. Açmaktadır da. Bu nedenle hukukun etik ilkelere uygun gerçekleşmesi, yasaların etik temelli olması kadar yasaları uygulayanların da etik kişiler olmalarına, etik kararlar verebilmelerine bağlıdır. Etik ilkelere dayalı bir yasa maddesi bile ezbere değerlendirmeler yapan bir yargıcın elinde değer çığnemelere, haksızlıklara yol açabilir. Bu nedenle hukuk nasıl etik olur sorusu, etik yasalar yapmakla ve bunları etik ilkelere göre yürütüp uygulamakla biçiminde yanıtlanabilir; kısaca yasa yapanların ve uygulayanların etik kişiler olmalarıyla denebilir” (Tepe, 2022c, 108).

1. BÖLÜM

1. HUKUK VE “DOĞAL” HUKUK İLİŞKİSİ

1.1. Bir Bilim Olarak “Hukuk” ve Felsefe İlişkisi

“Çocuğu doğduğu an kaydettirmek gerekir, adı bazı kurallara uygun olarak verilir. Başka kurallar onu okula kaydettirmeyi gerektirir. En ufak bir şey satın aldığımızda ya da otobüse bindiğimizde, bunları bir sözleşme uyarınca yaparız. Hukuka göre evlenir, çalışır, tedavi görürüz. Bununla birlikte, hukukun her yerdeki bu varlığının bilincinde olsak ve kuralları uygulayabilir ya da üretebilir olsak da, hukuku tanımlamakta çoğu zaman güçlük çekeriz” (Wacks, 2018, s. 7)

Aslında görmekteyiz ki hukukun egemenliğinde yaşamımızı sürdürmekteyiz. Vergi tahsildarı da hırsız da bizden para istediğinde, vergi tahsildarının emrini yerine getiririz, ama hırsızinkini getirmeyiz. “Yine de hırsıza itaat etmeye zorunlu ve mecbur olduğumuzu, oysa ki vergi tahsildarına boyun eğme yükümlülüğünü, bir hukuk tanımına uygun olarak, hukuksal olarak nitelendiririz” (Wacks, 2018, s. 8). Peki neyin hukuksal olduğuna neyin olmadığına nasıl karar verebiliriz? Hukuksal olanın ya da hukukun sınırlarını nereye bakarak çizebiliriz? Hukukun ne olduğu üzerinde bir fikir birliğine varmak mümkün müdür? Bir bilim olarak hukuktan söz edilebilir mi ya da hukuk nesnel midir, yoksa öznel midir?

Bu sorular, “hukuk” ontolojik ve epistemolojik olarak ne olduğunu dile getirmeye yönelik olan ve aslında normatif olarak dile getirilen bir ifadenin hukuk normu sayılmasının ya da sayılmamasının ölçütünü ortaya koymaya çalışan sorulardır. Hukukun özünü, doğasını dile getirmek, aslında bir hukuk normunun başka tür normlardan -özellikle ahlak normundan ya da etik normdan- ayrıldığı yerleri de dile getirmektir. Böylelikle aslında, değerlerden uzak, değer dışı ve biri bilim olarak hukuka işaret edilmek istenmektedir. Hukuku bir biçim, bir yapı olarak inceleyen “hukukun genel teorisi” olarak da adlandırılan pozitif bir hukuka işaret etmektedir.

Hukuk, “insansal bir olgu, bir insan kurumudur ya da bu kuruma verilen addır. Ama aynı zamanda bu olguyu inceleyen disiplinin de adıdır” (Tepe, 2022d, s.70). Hukuk, hem olanla hem de olması gerekenle ilgilidir. Hukukun toplumsal bir olgu ve bilim olarak görülmesi, onun felsefeyle olan ilişkisinde de belirleyici rol oynamaktadır. Felsefenin

normları ya da norm sistemlerini nesne edinmesi, hukuk ile felsefenin normları farklı nesnelleştirme yolları olmasından dolayı yeni bir disiplinin de varlığını ortaya koymuştur. Bu bağlamda, hukuk felsefesi adı verilen disiplin kimi zaman bir olgu olarak hukukun sorunlarını, kimi zaman ise bilim alanı olarak hukuk bilimine ait sorunları nesne edinen bir felsefe disiplini olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuktan neyin anlaşıldığı, hukuk felsefesinden de neyin anlaşıldığını değiştirmektedir. Bir bilim olarak hukuk ile toplumsal bir olgu olarak hukuk tartışmalarda da sıkça ayrı iki alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışmalar, çoğu zaman, hukuk felsefesi ile hukukun sorunlarının aynı olduğunu düşündürmekte ve hukuktan ne anlaşıyorsa hukuk felsefesinin de bu anlama göre farklılaştığı görülmektedir. Bu tartışmalarda en çok da hukuk felsefesinin değerlerle ilgili olduğu, hukuka felsefeyle bakmanın hukuk normlarının değerlerle ilişkilendirilmesi olarak düşünüldüğünde, hukukun bir bilim olmaktan uzak bir alan olacağından endişe duyulmaktadır.

“Değerlerin varlıksal özelliklerine ilişkin karıştırmalardan ve varolmanın yalnızca bir tür varolma biçimine -real ya da zamanda mekânda olmaya- indirgenmesinden kaynaklanan değerlere ilişkin saptamalar, değerlerin bilgisine ilişkin kimi sonuçların da ortaya çıkmasına yol açmış, değerlere ilişkin ‘nesnel bilgi’ olanaksız görülmeye başlanmış; değerlere ilişkin söylenenlerin öznel kalacağı, birer duygu ifadesi olmaktan öteye geçemeyeceği söylenmiştir” (Tepe, 2022e, 85).

Bu bakışın savunucuları için, yani hukuki pozitivistler için, böylesi bir bakış değerlerden söz etmeyi metafizik gören bir bakış olup, hukukun dışına itilmelidir. Aksi halde bir bilim olarak hukuktan söz etmek olanaklı olmayacaktır. Oysaki ne hukuk bilimi ne de hukuk bilimiyle uğraşanlar değerlerden uzak kalamamaktadır. Burada uzak kalınması gereken değerler değil de değer yargıları olmalıdır, belirli bir toplumda, belirli bir zamanda geçerli kabul edilen, öznel “iyidir” ve “kötüdür”lerden uzak kalınabilmelidir. Hukuk bilimiyle uğraşırken kişiler içinde bulundukları toplumdan gelen değer yargılarını –bunlar gelenekler, inançlar, siyasal görüşler, toplumsal kanaatler vb. şeyler olabilir- bir yana bırakabilir. Bu hem mümkün hem de gereklidir. Gelenekler, görenekler, inanışlar, önkabuller olarak değer yargıları hukuk bilimi ve bu bilimle uğraşan kişiler için bilimsel tavır takınmada engel teşkil edebilir. Ancak, adalet gibi, dürüstlük, güven, saygı gibi etik değerler hukuk bilimi ve bu

bilimle uğraşan kişiler için de olmazsa olmaz, normların da dayanması gereken değerlerdir. Burada değerler ile değer yargıları arasında yapılan ayrım etik ile ahlak arasında yapılması gereken ayrıma işaret etmektedir. Hart gibi kimi hukuk felsefecilerinin de aslında birincil ve ikincil normlar ile işaret ettiği ancak farkında olmadıkları bir ayrımın sınırlarını iyi belirlemek, pozitif hukukun “değerlerden uzak bir hukuk bilim” olması gerektiği savında gözden kaçırdıklarının “değer yargılarından uzak bir hukuk bilimi”nden söz ettiklerinin farkına varmaları sağlanmalıdır. Bu farkındalık pozitif hukuk ile doğal hukuk kuramının savunucularının da birbirleriyle uzlaştıklarını görmelerini sağlayacaktır.

Hukuku hukuk, ahlakı ahlak olarak gören hukuki pozitivistler hukuk ve etik arasındaki zorunlu bağı görmezden gelmektedirler. “Hukuki pozitivizm, hukuku yasayla, yasayı yasa koyucunun ya da egemenin iradesiyle özdeşleştirerek, hukukun etikle bağına da yadsıyarak veya göz ardı ederek, ‘saf bir hukuk’ idealini gerçekleştirmeyi hedeflemiştir. Kelsen’in de belirttiği gibi hukuk biliminin amacı, hukuk yapmak değil, hukuku tanımdır” (Tepe, 2022e, s. 87).

Her hukuksal düzenlemede bir değerlendirme bulunur. Her hukuksal düzenlemenin ikilemleri çözmek, çıkar çatışmalarını engellemek, adaletsizliği gidermek ve buna yol açacak durumlarla ilgili yargı vermek gibi amaçları bulunur. “Her hukuksal düzenlemede bir değerlendirme, her değerlendirmede bir tercih, her değerlendirme sonunda bir yargı verme söz konusudur.... her hukuksal düzenleme, her yasa adil ya da doğru sayılanın bir cisimleşmesidir. Yasayı yapan bunun farkında olmasa da, her yasada böyle bir değersel boyut vardır” (Tepe, 2022e, s. 95). Burada hesaba katılması gereken, hukuk normunun türetildiği yere bakmaktır. Bir değere mi, yoksa bir değer yargısına mı dayandığına bakmak gerekmektedir. Hukuk normlarının kaynağını oluşturan değerler ile değer yargıları sayılan şeyleri ayırabilmek gerekir. Kaynağı kültürel olan normlar belirli doğal-toplumsal koşullar ve farklı kültürlerin insan anlayışlarına dayanır; insanın değerinin bilgisinden türetilen normlara -öldürmemek gerekir’, ‘ırk ayrımı yapmamak gerekir’ normları gibi- zarar vermemesi, bu değeri koruyabilir olması beklenir. Hukuk normlarının kaynağı deney ya da kültürel normlar olduğunda veyahut insanın değerine ilişkin çıkarımlar olduğunda normlar, değerlerle ya da değer yargılarıyla ilişkilidir. Bilgisel özellikleri kaynaklarına göre farklılık gösteren bu normlarda ilki ahlak, ikincisi de değerler -etik ile- ilgilidir. Aslında hukukun iki temel kaynağı vardır: etik ilkeler veya normlar ile kültürden gelen, içinde bulunulan kültürden aldığımız

normlar, kültürel normlar denilen normlar.

Hukuk, toplumsal ilişkilerimizi, benim devletle olan ilişkimi düzenler, benim komşumla olan ilişkimi düzenler, benim alış veriş yaptığım kişiyle olan ilişkimi düzenler, tüzel kişilikler arasındaki ilişkileri düzenler ve bu düzenlemeleri yaparken, eğer dayandığınız ilkeler belli türden ilkelerse, yani etik ilkelerse insan haklarını korumak, koruma olasılığı aratacaktır (Tepe, 2018, s.140). Etik ilkeler bazen hukukun temel ilkeleri olarak alınabiliyor, hukuk bu ilkelere dayanabiliyor, insan haklarının da korunması sağlanabiliyor. Ancak bazen de bu türden ilkelere dayanmayabiliyor, kültürel normlara dayanıyor ya da kültürel normların yasallaştırılması olarak ortaya konuluyor. Bu durumda hukuku oluşturan ilkelerin de ya etik ilkeler olup, o toplumda insan haklarının korunmasında rol oynaması ya da kültüre ait olan ilkeler olup, yani bir kültüre ait değer yergıları olarak bazen ezbere değerlendirmelere yol açabiliyor. Bu durumda, hukukun etik ilkelere mi kültürel normları içeren ahlaka mı dayanıp dayanmaması gerektiği tartışılmalıdır.

“Felsefenin temel disiplinlerinden biri olan etik, insanın yapıp-ettikleriyle, eylemlerini yöneten ilkelerle ve değerlerle ilgilenen ve nesnesi izin verdiği ölçüde de doğru bilgiler ortaya koymaya çalışan bir disiplindir” (Kart Tepe, 2022, s.13). “Etik” sözcüğü etimolojik olarak, alışkanlık, gelenek, örf, ahlak anlamlarını içeren Yunanca *ethos* sözcüğünden gelmektedir. “Etik sözcüğünün kökenini oluşturan Yunanca *ethos* yaşamın sürdürüldüğü yer ve bu yerde yaşanan alışkanlıklar, gelenek, örf, ahlak anlamında kullanıldığı gibi, düşünme tarzı, zihniyet veya karakter anlamlarını da taşımaktadır. Yunanca *ethos* sözcüğünün Latince çevirisi olan *mos* sözcüğü de, *ethos* gibi, isteme ve bununla bağlantılı olarak yasa, buyruk ile alışkanlık, gelenek, ahlak anlamlarında kullanıldığı gibi, bu iki temel anlamı yanında tarz, yapma biçimi ve zihniyet, karakter, tavır anlamlarında da kullanılmaktadır” (Tepe 2016a: 25). Günümüzde her ne kadar siyaset felsefesine duyulan ilgi artıyor gibi görünse de, felsefenin temel bir disiplini olan etiğe olan ilgi hem hukuk hem de hukuk felsefesi alanlarında da artmakta, bu alanlardaki etik sorunlar, hukuk ve etikle ilgili sorunlar önemini korumaktadır. Farklı bilgi ve etkinlik alanlarında daha yaygın ve popüler bir kullanım alanına sahip olan “etik” kelimesi *gündelik dile de yerleşti; ‘ahlak’, ‘ahlaksal’ yanında ‘etik’, ‘etiğe aykırı’, ‘etik dışı’ nitelemeler de günlük yaşamda sıkça kullanılmaya başlandı. Yerli yersiz etik olan ve olmayan davranışlardan söz edilir oldu. Ama tüm yanlış kullanımlara, ahlaksal olan ile etik olanın, etik olanla olmayanın sıkça karıştırılmasına karşın, bu durum günümüzde etik duyarlığın*

arttığının açık bir gösterge- sidir. ‘Hukuka aykırı’, ‘geleneklerimize uymaz’, ‘ayıp’, ‘günah’ nitelemeleri yanında yeni bir kategori olarak karşımıza çıkmaya başladı ‘etik’ ya da ‘etiğe aykırı’ nitelemesi, bunun ‘ahlaklı’-‘ahlaksız’ nitelemesinden farkı kafalarımızda hala pek açık olmasa da, değerlendirmelerimizde ‘ahlaklı’-‘ahlaksız’ yanında bunu da kullanmaya başladık” (Tepe, 2016a, s. 8). Genel olarak hukuk ve etik ilişkisini de değerlendirmelerimiz, yasa yapma ve yasayı uygulama söz konusu olduğunda karşılaşmaktayız. Hukuk normları ile etik ilkeleri ve pratik alanda kişilerin karşılaştığı etik sorunlar olarak karşılaşmaktayız. Hukuk normu ortaya koyan da hukuku uygulamak isteyen de etik sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda hem teorik olarak hem de pratik olarak etik, hukukta karşılaşılan sorunlarla ilgili bir disiplin olarak karşımızda durmaktadır. Etik bakışın da amacı hukuk gibi insanın daha insanca yaşabilmesidir.

Hukuku insanın daha insanca yaşamasının koşullarını hazırlayan, amaca uygun geliştirilip uygulandığında bunu başarabilen insan kurumlarından biri olarak gördüğümüzde, kimi hukuki pozitivistlerin kuramlarından hareketle -Hart ve Kelsen gibi pozitivist hukukçuların kuramlarından hareketle- bir orta yol bulmak mümkün olabilecektir. Hukukun, birincil ve ikincil iki tür kuraldan oluştuğunu düşünen Hart ile her bir normun geçerliliğini bir üst norma bağlayarak son noktada bir temel norm veya *Grundnorm*’dan bahseden Kelsen bu orta yolu bulmada referans alınabilecek pozitivist hukukçulardır. Bu düşünürlerden hareketle, hukuk felsefesinin de doğal hukuktan tasarruf edemeyeceğini söylemek mümkündür. Doğal hukukçular normların ortaya konulmasında ve geçerli kılınmasında belirli bir insan doğası anlayışından yola çıkarken, pozitivist hukukçuların da nesnel kurallar ya da normlar üzerinde uzlaşmaya çalıştıklarını ve her iki durumda da aslında insan bir yaşamın olanağını sağlamak istedikleri görülebilir. Hukuk, her iki durumda da, insanın daha insanca yaşamasının koşullarını hazırlayan, amaca uygun geliştirilip uygulandığında bunu başarabilen insan kurumlarından biri olarak kabul edilir. Dolayısıyla, ne doğal hukukçuların ne de pozitif hukukçuların insan için hukuksuz bir yaşam düşünmedikleri açıktır. Her ne kadar pozitif hukukçular doğal hukukun varlığını reddetse de, doğal hukukçular pozitif hukukun varlığını kabul etmekte ve pozitif hukukun uyması gereken bir doğal hukuk olduğunu ileri sürmektedirler. Bu kabulleri de hukukun etik ile olan bağına dayanmaktadır. Hukukun adalet, adil olma, doğruluk, eşitlik, hak ile bağı koparmak olanaklı değildir, dolayısıyla etik değerlerle de bağı koparmak, hukuku yalnızca hukuki pozitivizm olarak görmek ve doğal hukuk yoksaymak mümkün değildir. Bu sebeple, doğal hukuk ve hukuki pozitivizmin

sınırlarını çizebilmek, hukukun etik temelleri konusunda uzlaşmalarını ya da bir orta yolu bulabilmelerini sağlamak önemli görünmektedir.

1.2. “Doğal Hukuk”un Sınırları ve Kökeni

1.2.1. “Doğal Hukuk”un Sınırları

Tarihsel açıdan doğal hukuk kuramının geçmişi incelendiğinde, neredeyse hukuk kavramının geçmişi kadar geriye götürüldüğü söylenebilir. Yani doğal hukuk uzunca bir zaman hukuk kavramıyla eş anlamlı kabul edilmiştir. Bu yüzden doğal hukukun ne olduğunu ele almadan önce hukukun ne olduğu üzerinde durulmalıdır.

Hukuk, kimi zaman bir ilke kimi zaman bir norm kimi zaman ise kültürel bir değer olarak kabul edilmiştir. Geçmiş dönemlerden bugüne kadar her toplum, hukuku insanlararası ilişkilerde bir düzen mekanizması olarak kabul etmiştir. Bunun yanında kanunların, yasaların korunabilmesi ve uygulanabilmesinin bir aracı olarak görmüştür. Bundan ötürüdür ki hukuk ile siyaset eş güdümlerle ilerlemiş, hukukun içeriğini belirlemede siyaset önemli bir rol üstlenmiştir. Buna rağmen hukuk birçok zaman yanlış bir anlayışa bürünmüş, kanunlar, yasalar ya da normlar sorgulanmıştır. Bu durumun en önemli sebebi siyasetin hukukun içeriğini belirli toplumsal kurallarla ilişkilendirmesinden kaynaklanmaktadır. Sadece belirli bir yörede geçerli olan örf, anane ve adetler gibi ahlaki normlar siyasetçiler tarafından da kabul edilmiş ve hukuka bir kaynak olarak görülmüştür. Bu anlamda dini ya da ideolojik birçok görüş hukuki kabul edilmiştir. Bu sebeple hukukun gerçek anlamından uzaklaştığı, bir normun hukuki olabilmesinin temel şartının evrensel olmasının gerektiği hakim kılınmıştır. Bu çerçevede ise ahlâkın daha evrensel ve rasyonel bir boyutuna karşılık olan etik ilkelerin bir referans olabileceği savunulmuştur. Bu durumda hukukun siyasetin yanında bir başka kaynağı da etik olmuştur. Anlaşılacağı üzere ki etik, siyaset gibi hukukun uygulanabilmesinin yolunu açmak gibi bir niteliğe sahip değildir, ancak ideal olan ya da ideal olana yakın hukuk normlarının oluşturulabilmesinin teorik alt yapısını sunmaktadır. Dolayısıyla hukuk kuramına hem kaynak oluşturması bakımından hem de içerik bakımından büyük katkılar sunan siyaset ve etik disiplinlerinin hukukla bağı son derece önemlidir. Bu ilişkide ilk akla gelen doğal hukukçular ve kuramları, hukuk felsefesi tarihi içerisinde en köklü ve en eski olanıdır. Bu durum haliyle zaman içerisinde doğal hukuka dair çok fazla düşünür ve düşüncenin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu düşünürler tarafından kimi

zaman çok güçlü kimi zaman ise daha zayıf düşünceler ileri sürülmüştür. Bunun yanında bu çok fazla düşünce tarzları birbirlerini etkilemiş ve hukuk felsefesinin içeriğini zenginleştirmiştir.

Antik Dönem’de yaşayan Sophokles, *Antigone* adlı yapıtında insanların ortaya koyduğu yasaların üstünde yazılı olmayan herkes için geçerli kadim haklardan söz etmektedir (Sophokles, 2018, s. 18). Belirtildiği gibi doğal hukuk kuramı teorik olarak düşünüldüğünde diğer hukuk felsefesi geleneklerinde olduğu gibi belirli yazılı kurallara ya da yasalara göre hareket etmez. Buradan hareketle doğal hukuk savunucuları düzeni ya da ahlâki bir takım evrensel kuralları, insanın üstünde bir gücün tasarlayabileceğini ortaya koyar. Öte yandan insanın bu kuralları sadece kavrayabileceğini öne sürer. Yani insan akıl yetisiyle beraber bir zorunluluk olarak ortaya çıkan bir takım ahlâki kuralları kavrayıp, anlamlandırır. Bundan dolayı, geçmiş yüzyıllardan bugüne kadar korunması aslında çok da şaşırtıcı değildir. Tanrı gibi teolojik bir figürün, özellikle geçmiş dönemlerde toplumların geneli tarafından kabul görmüş olması bu düşüncenin varlığını sürdürmesinin en önemli sebeplerinden biridir

Çağlar boyunca değişen dünya düzenine göre dini, kültürel ya da siyasi birçok dönüşüm yaşanmıştır. Buna rağmen, doğal hukuk kuramının içeriğinin evrensel bir takım genel-geçer ilkelere dayandırılmaması, doğal hukukun yüzyıllardır varlığını sürdürmesinin en önemli sebebidir. Adil bir yönetim, her insanın doğuştan itibaren özgür olması, sınıfsal ayrımların yerini eşitliğe bırakması gibi bu türden evrensel ilkeler doğal hukuk sisteminin temelini oluşturur.

Doğu felsefesinin ünlü bilgelerinden Konfüçyüs, bütün insanların doğuştan eşit haklara sahip olduklarını savunmuştur (Ünal, 1994, s. 45). İşte geçmiş yüzyıllardan beri varolan bu kanı, doğal hukukun insanın sorunlarına yönelmesine ve böylece adil ve eşit kararlar alma adına bir ölçüt oluşturmaya imkân sağlamıştır. O dönem hiyerarşik düzen gereği bazı menfaat ve ayrıcalıklı sınıfların olması hukuk kurallarının oluşturulmasında da etkili olmuştur. Bundan dolayı doğal hukukun bunun aksine bir anlayış geliştirmesi toplumsal hayatta değer kazanmasına yol açmıştır (Yeşilçayır, 2020, s. 252).

Doğal hukuk kuramı ilkelerle hareket eder. Sözelimi ‘iyi’ ya da “kötü” denilen kavramların ne olduğu sorusunu cevaplayabilmek için belirli ilkelere başvurulur. Bu ilkelerden hareketle ise “iyi” ya da “kötü” kavramlarının içerikleri belirlenir. İlkeler, doğal

hukuk söz konusu olduğunda akıl yoluyla ortaya konulan türde ilkelerdir. Dolayısıyla her ne kadar insanın üstünde bir nitelik olsa da insanın aklıyla varabileceği bir yetkinliktir. Bu bağlamda insanın üstünde ‘ideal’ olarak konumlanan değerler sistemini insan nasıl keşfedebilir? Doğal hukuk kuramı için bu soruya verilebilecek en uygun cevap için doğaya yönelmek gereklidir. Bunun sebebi insanın deneyimleri sonucunda aklı sayesinde değer yaratan bir varlık olmasıdır.”. Bu durumu R. Wacks’ın aktarımıyla J. Finnis *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar (Natural Law and Natural Rights)* kitabında şöyle açıklamaktadır:

“Çoğu zaman, toplumsal bir kurum çeşidi olarak hukukun değerlendirilmesinin -şayet buna girilecekse-; değerden bağımsız bir betimlemeden veolguda var olduğu haliyle bu kurumun analizinden sonra bu değerlendirilmenin yapılmasının gerektiği varsayılmıştır. Ama modern hukuk felsefesinin gelişimi ve sosyal bilimler metodolojisine yönelik çalışmaları dikkate aldığımızda görülür ki; bir kuramcı, insanlar için neyin gerçekten iyi olduğu ile pratik makullüğün gerçekten ne getirdiğinin değerlendirilmesi ve anlaşılması işine dahil olmadan, toplumsal olguların kuramsal bir betimlemesini ve analizini veremez” (Finnis, 2018, s. 38).

Doğal hukuk yukarıda da ifade edildiği biçimiyle neyin “iyi” olacağına dair oluşturulan varsayımını pratik hayatla ilişkilendirip, güçlendirir. Bu da doğal hukukun analizi için sağlam bir temel oluşturmaktadır.

1.2.2. “Doğal Hukuk”un Kökenleri

Doğal hukuk kuramının sınırlarının iyi çizilebilmesi için tarihsel süreçte nasıl ele alındığına bakılmalıdır. Bu bağlamda, Antik Yunan’dan günümüze kadar “doğal hukuk” kavramının kökenleri üzerinde durulmalıdır.

1.2.2.1. Eskiçağdan Günümüze “Doğal Hukuk”un Sınırları

Doğal hukuk kuramıyla ilk karşılaşılan dönem Antik Yunan’a tezahür etmektedir. Bu durumun en önemli nedeni oradaki toplumsal gelişmelerdir. Düşünmenin ve akıl sahibi olmanın insan için önemli bir nitelik olduğunun farkına varılması, o zamana kadar kabul edilen pek çok düşüncenin, bilgi olarak kabul edilenin sorgulanmasına neden olmuştur. Bu durum neticesinde önce toplum daha bilinçli bir hale gelmiş ve daha sonrasında polis (şehir

devleti) ilk defa bugün ‘modern’ olarak tanımlanan bazı düşünce yapılarını uygulamaya koymuştur. Demokrasi de bunlardan biridir. Çünkü o zamana kadar belki de görülmemiş bir yönetim sistemi ortaya çıkacaktır. Yöneticilerin şiddete başvurmada, kan dökmeden görevden alınmaları sağlanabileektir (Popper, 2013, s. 139). Dolayısıyla yönetim sisteminin de böyle şekillenmesi ve sadece düşünceden ibaret olmadan, etkin bir rol oynaması toplumsal gelişmenin ve ilerlemenin önünü açan en önemli sebeplerden biri olmuştur. Haliyle doğal hukuk kuramının burada daha çok gelişmesi de kaçınılmaz bir hal almıştır.

Bu dönemde toplumsal gelişmenin önünü açan bu fikirlerin kaynağı olan düşünürler de doğal hukukun kuramsallaşması noktasında etkin bir rol oynamıştır. Bu düşünürlerin temel hareket noktası aslında temel felsefi düşünceleri olmuştur. Bu düşüncelerin içeriğine daha sonraki bölümlerde değinilecektir. Burada asıl anlaşılması gereken husus genel anlamıyla doğal hukukun Antik Yunan’daki düşünsel gelişmeler neticesinde kuramsallaşıp bugün asıl anlamının oluşması noktasındaki önemi ve etkisidir.

Eskiçağdan Ortaçağa kadar uzanan, hatta 17.yüzyıla kadar gelen dönemde insanın değer yargılarının ön plana çıkarılmamış olması, aksine savaşların ve katliamların o dönemlere kadar son bulmamış ve daha kötüsü bu olumsuzlukların yegâne sebebin yine insan olması, akıllara ilk şu soruyu getirmiştir: İnsanın üstünde ve aynı zamanda insanı ve insanın ortaya koyduğu bir takım değerleri koruyan bir yasa mümkün müdür? İşte ilk olarak bu soru ekseninde doğal hukukun temellendirilmesi yapılmıştır.

Bir düşünce olarak ortaya çıkan doğal hukuk kavramı geçmiş dönemlerden bugüne birçok farklı bakış açıları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu bakış açılarının her biri kendi içinde tutarlı temellendirilmeler yapıldığı taktirde geçerli kabul edilmektedir. Burada söz konusu bakış açıları içerisinde özellikle iki husus üzerinde durulacaktır. Bunlardan birinci bakış açısına göre doğal hukuku doğanın yasaları gibi benimseyen bir taraf vardır. Söz gelimi, insanın canına şu ya da bu sebepten zarar vermenin, fizyolojik ya da psikolojik bütünlüğünü bozacak bir eylemde bulunmanın kültürel bir tarafı yoktur. Çünkü dünyanın her yerinde bu tarz eylemler kötüdür. Dolayısıyla hukuken de bir yaptırımı olmalıdır. Bu anlayış çerçevesinde hukuka evrensel ve rasyonel bir temel sağlayacak olan ilkenin, insanları ayırtıracak, sınıfsal ayrımlar, hırslar ya da çıkar çatışmaları yaratacak yasaların değil aksine bütün insanlarda ortak olan bir doğadan çıkarsanabileceği düşüncesiyle yöneldikleri doğa kanunlarının olması gerektiği ortaya konulmuştur. Doğa, rasyonel bir düzeni, yarattığı kutsal

bir niteliğe, aracılık etmiştir. Bütün bu farklılıklara rağmen doğa, her zaman, insan ürünü olmayana, tarihsel olmayana, her türlü insansal yaratımın ard-alanı olacak olana işaret eden bir yapı olmuştur (Küçükali, 2016, s. 65-66).

Bu bakış açısı günümüz modern insanın ortaya koyduğu bir fikir olarak görülse de aslında tarihi Antikçağa kadar uzanmaktadır. Hatta günümüz toplumlarında, özellikle bazı bölgelerde hukuki pozitivizmin etkin rol almaya başlamasıyla, doğal hukuka dair bu düşünce tarzı tamamen ortadan kaldırılmıştır. Günümüz insanı çıkar, hırs ve belli gayeleri uğruna hukuki bir takım evrensel yasaları görmezden gelip eşitliğe, özgürlüğe ve adil bir topluma karşı durmuşlardır. Antikçağ bu anlamıyla geleneksel hukuku en ideal şekilde uygulayan toplumları oluşturmuşlardır.

Bu bağlamda Antikçağda kabul edilen doğal hukuk doktrininin içeriğini doldurulan adalet ve özellikle eşitlik gibi temel ilkelerin ne düzeyde ve nasıl uygulandığı sorusu gündeme gelmektedir. Bunun sebebi Antik Yunan'daki kast sisteminin etkin olması olarak düşünülür. Bu dönemde toplumların sosyal ve siyasi hayatları incelenip ve toplumsal statüler göz önünde bulundurulduğunda hürler, yarı hürler ve köleler olmak üzere üç farklı sınıftan oluştukları görülmektedir. Büyük çoğunlukla maddi gücü elinde bulunduran kesim diğerlerinin üstündedir ve egemendir. Bir çeşit araç konumunda olan köleler ise en alt sınıfı teşkil etmektedir. Dahası, söz konusu bu kesim sadece kendi yapıp ettikleriyle değil içine doğduğu ailenin sınıfsal durumuna göre de köle olabilmektedir. Dolayısıyla tutsak edilmek, bir suç nedeniyle cezalandırılmak, borcunu ödeyememek gibi nedenlerden köle olunabildiği gibi köle ana babadan dünyaya gelmekte, köle olmanın çeşitli biçimlerinden (Yılmazcan, 2017, s. 118).

Köleliğin nedenleri sadece Antik Yunan'da değil, tüm Antikçağ toplumlarında benzerlik göstermektedir. Ülke sınırlarını genişletmek, egemenliğini sürdürmek için devamlı savaşılan, savaş sonrasında ise savaş esirlerini öldürmek yerine köleleştirmeyi, savaşa ek olarak borcunu ödeyemeyen kişilerin bunun karşılığında bedenlerini satmaları sonucu kölelik sistemini ortaya çıkarmıştır. Savaş, ticaret ve borç sonucu ortaya çıkan kölelik, ekonominin temeli olarak kabul edilmiş ve bedava ya da çok ucuz bir emek olarak eskiçağların ekonomik hayatında işgücü ihtiyacını karşılamıştır. Antikçağda köleler alınıp satılabilen işe yaramaz hale gelince bir kenara atılan değersiz bir mal gibi görülmüşlerdir. Köleler en ağır işlerde kullanılmışlar ve toplumun en önemli en alt sınıfını oluşturmuşlardır (Yılmazcan, 2017, s.

118). Bu çağlarda hemen hemen her toplum köleliği yüklenen bu vasıflarla kullanmıştır. Dolayısıyla toplumsal çarkın işlemesinden önemli bir yere sahipti. Haliyle Antik Yunan'da her ne kadar toplumsal anlamda adaleti ve eşitliği o döneme kadar hiçbir toplumda görülmediği kadar yüceltse de kölelik gibi toplumlara mal olmuş bir geleneği yok saymak çok mümkün olamamıştır.

İkinci önemli bakış açısı ise buradan hareketle birinci bakış açısının teolojik bir devamı niteliğinde olan bir yapıdadır: Özellikle doğal hukukun değişmez bir hakikat olduğu savından, teolojinin de tanrı kavramına yüklediği anlamdan hareket edilerek bir analogi ortaya konulmuştur. Buna göre değişmez ve sorgulanamaz anlamda kabul edilen doğal hukuk anlayışının kaynağı olarak tanrı kabul edilmiştir. Öyle ki her şeyi mükemmel ve kusursuz var eden tanrı doğal hukukun da içeriğini oluşturmuştur.

1.2.2.1.1. Platon'da “Doğal Hukuk”

İlkçağlardan, Ortaçağa kadar uzanan dilimde doğal hukuk şu ya da bu sebepten teolojik yorumlarla sürekli ilişkilendirilmiştir. Özellikle Antik Yunan'da bir doktrin olarak ortaya çıkan doğal hukuk daha sonrasında o dönem bazı filozofların da temel felsefe anlayışıyla yan yana getirilerek açıklanmıştır. Antik Yunan döneminin özellikle fikirleriyle kendisinden sonraki dönemlere temel oluşturan Platon bunlardan biridir. Platon'a göre felsefe hakikate ulaşma çabasıdır. İdealar ise hakikatin kendisidir. Öyle ki dünyada görülen her şey birer yanılsamadır. İdeaların yanılsamasıdır. Dolayısıyla görülen, duyulan ya da hissedilen her şey idealar dünyasında var olan asıl gerçekliklerin birer kopyasıdır. İdealar ise iyi ideası olarak zihinde var olmaktadır. (Platon, 2015, s. 225-227 (509a-511a))

“İşte, nesnelere gerçekliğini, kafaya da bilme gücünü veren iyi ideasıdır. Bunu iyi bil. Bilinen şeyler olarak gerçeğin ve bilimin kaynağı odur. Ama bilim ve gerçek ne kadar güzel olursa olsunlar, iyi ideası onlardan ayrı, onların çok üstündedir. Görünen dünyada ışıgın ve gözün, güneşle yakınlığı olduğunu düşünmek doğru, ama onları güneş saymak yanlış olduğu gibi, kavranan dünyada da bilim ve gerçeği yakın saymak doğru, ama onları iyinin kendisi saymak yanlıştır. İyinin yeri elbette ikisinin de üstünde, çok yükseklere” (Platon, 6. Kitap, 2015, s. 225 (509a)).

Platon, doğal hukuk doktrinin bir savunucusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun en önemli sebebi yukarıda da belirtildiği gibi temel prensibinin, kusurlu olan her şeyin arkasında yatan, mükemmel olan kendi söylemiyle idea olan mutlak bir gerçeklik vardır. Kusurlu olan ya da dünyevi olan her şey bu söz konusu gerçeklikten pay aldığı kadarıyla gerçeklik taşımaktadır. Yani idealar mutlak olana işaret ederek, dünyevi olanın yanılısına olduğunu ileri sürer. Dolayısıyla hukuk da bu durumdan nasibini almıştır. Her nesnenin (ağaç, masa gibi) ya da soyut düşüncelerin (acı, hüznün, mutluluk gibi) aklın içinde bir yerlerde ilahi bir güç tarafından tasarlanmış mükemmel görünüşleri tahayyül ediliyorsa, hukuk kavramının da en mükemmel ve kusursuz hali tahayyül edilmektedir. Bu tasarım öyle niteliklere sahiptir ki, zaman ve mekân ötesindedir. Evrenseldir, genel geçerdir. Ancak insanın zihninde tasarlanabilir. Dolayısıyla gerçek mandada doğal hukuka ulaşmanın ve anlamlı bir hele getirmenin yolu da, Platon için idealara ulaşmakla mümkün olabilecektir. (Platon, 2015, s. 225-227 (509a-511a))

Buradan hareketle doğal hukukun niteliği söz konusu olduğunda ise her şeyden önce bu anlayışın içeriğini dolduran adalet kavramına değinmek, Platon'un ne amaçladığını bilmek açısından önemlidir. Platon, her şeyden önce adalet kavramına farklı bazı anlamlar yükleyerek düşüncesini açıklamaktadır. Adalet sonsuz bir ide olarak görünür ve doğal hukuka metafizik bir temel oluşturur (Gürbüz, 2003, s. 52). Bundan dolayı doğal hukuk evrensel bir ilke olarak yani bir bütünlük içinde belirli görev dağılımları yapılarak anlamlı kılınabilir. Platon, bu durumu en açık şekliyle Devlet mekanizma içerisine dahil ederek izah eder: *“İnsanlarda olduğu gibi devletlerde de bir idealin var olduğunu ve bunun da adalet olduğunu, devletin adalet üzerine temellendirilmesi gerektiğini savunmuştur”* (Gürbüz, 2003, s. 57). Devlet toplumsal düzende en üst düzey yetki ve kararlara sahip bir yapıdadır. En nihayetinde yasayı oluşturan ve daha sonrasında oluşturulan yasayı uygulamaya koyacak olan devlettir. Bu sistem süreklilik kazandığı andan itibaren ise hukuksal düzen sağlanacak, yasanın bir parçası olarak hukuk, devlet mekanizması içerisine dahil edilip toplum içinde ki her bireyin uyması zorunluluk haline dönüşecektir. Bu bağlamda oluşturulan yasanın kaynağı en az yasa kadar önemlidir. Çünkü yasanın temel kaynağı, yukarıda da belirtildiği gibi Platon'un felsefesine uygun olarak adalet ideasından pay alan bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla doğal hukukun kaynağının idealar dünyasından geliyor olması, en ufak şüphenin dahi ihtimalini ortadan kaldıracaktır (Gürbüz, 2003, s. 54).

Platon'a göre insanın yegâne amacı idealar dünyasına yönelmek olmalıdır. Çünkü duyular dünyasında adil bir hukuk düzeni oluşturmak için idealar dünyasını kavramak ve anlamak gereklidir. Bunun için birey önce tam anlamıyla bir yetkinliğe sahip olmalıdır. Nitekim bu koşul sağlandığında zihinsel bir süreç içerisinde hareket eden birey, idealar dünyasına ulaşacaktır. Bu bağlamda devlet ise toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin mutluluğunu ve yüksek ahlâka ulaşmasını sağlamak olduğuna göre; bu amaçla sözü edilen 'ideal' olacak biçimde kusursuz bir adil hukukun sağlanmasına yönelik politikalar geliştirmek, temel bir görevi olmalıdır.

Platon, doğal hukuku ahlâksal idealden türetilip; doğal hukukun en yüksek ölçütü olan adalet, toplumun ve toplum üyelerinin en yüksek iyiliğe ulaşmaları için 'onsuz olmaz bir koşul' olarak değerlendirilmiştir. Bu, aynı zamanda, toplumun yönetiminde gözetilmesi gereken önemli erektir. Bu düşünceye göre, gerçek erdem; saf ahlâktan daha fazla bir şey, insan ve topluma yararlı olan, onların mutluluğunu sağlayan adalettir (Platon, 2015, s. 331d).

Yaşamda en yüksek değerin erdem olduğunu savunan Platon, bunun hem birey olarak insan tarafından ve hem de toplum olarak devlet tarafından erek olarak benimsenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Düşünceye göre, insan eylem ve davranışları, en üstün erdem olan ahlâk sayesinde uyumlulaştırılmalı; diğer yandan, toplumu oluşturan devlet ise kendisine adaleti erek olarak benimseyerek, insanların mutluluğunu sağlamak için gerekli ortamı hazırlamaya çabalamalıdır (Platon, 2015, s. 6 (332d))

Şu hususa özellikle dikkat edilmelidir ki, Platon'un doğal hukuk anlayışının başka bir temeli de ahlâki bir zeminde oluşturulur. Sistematik bir filozof olmasının gereği olarak bütün fikirlerinin tek bir çatı altında olduğu düşünülürse zaten ahlâki değer yargılarıyla, hukukun içeriğinin nasıl belirlenebileceği rahatlıkla anlaşılabilir. Platon'un bu düşüncesi doğal hukukun anlamının korunabilmesi açısından da oldukça önemlidir. Bu anlamda bilhassa hukuki pozitivizmin olmak üzere hukuki realizm ve buna benzer düşünce tarzlarının doğal hukuka yönelik olarak içeriğinin olmadığına yönelik eleştirilere bir cevap niteliğinde, ahlâki değerlerden beslendiği ve geliştiği söylenebilir.¹

¹ Platon, doğal hukuk söz konusu olduğunda ahlâklılığı bu kadar açık şekilde dillendirse de diğer taraftan, gerek Sokrates, gerekse de Aristoteles gibi, sitenin egemenliğini savunmuş, düzensizlik endişesinden dolayı, adaletin ancak düzen içinde gerçekleşebileceğini, bunun düzensizlikten daha iyi olacağını ileri sürmüştür. Dolayısıyla

İnsanın, kendi ruhuna önem vermesi gerektiğini vurgulayan Platon'un asıl önemli olan yönü, O'nun, insan onuru karşısında duyduğu saygıdır (Platon, Yasalar (I-VI. Kitaplar) , 1988, s. 183 (727a)). O'na göre, devletin ödevi, her şeyden önce insanın yetkinliğini ve mutluluğunu sağlamak, toplumsal yaşamda birliği ve uyumu gerçekleştirmek olmalıdır. Bütün bunlar göz önüne alındığında, Platon'un düşüncelerinin doğal hukuk ve insan hakları anlayışının oluşumunda etkin olduğu ileri sürülebilir. (Gülbüz, 2003, s. 54)

Platon'un sistematik felsefe anlayışı irdelendiğinde doğal hukuktan ne anladığı açık seçik bir şekilde anlaşılabilir. Zihinde yer alan bir varlık olarak tasarladığı idealar dünyası ile mutlak olana ulaşmak ve mutlak olandan pay alan bir dünya düzeni inşa etmek; doğal hukukun içeriğini dolduran, adalet, eşitlik ve evrensellik gibi düşünce modellerinin amacını gerçekleştirecektir. Bununla beraber Platon için idealara ulaşmak dünyevi yaşamda mümkün olmasa bile, idealarda pay alabilmesi dahi insan eliyle oluşturulan ve yine insanın bazı çıkar ve menfaatlerini göz önünde bulunduran yasalardan çok daha kıymetli kabul edilir. Bundan dolayı Platon'a göre hakikate tam olarak ulaşılmasa dahi ona yaklaşmak bile iyi ve doğru bir yaşam için önemlidir.

Zihinde tasarlanan söz konusu ideaların Platon'un hemen hemen bütün fikirlerinin temelinde bulunuyor olması daha sonraki dönemlerde birçok filozofu da derinden etkilemiştir. Bu bağlamda, doğal hukuk anlayışının anlamı da belirli ölçülerde değişmiştir. Bu durum bilhassa Ortaçağda etkili olmuştur.

1.2.2.2.2. Aristoteles'te “Doğal Hukuk”

Antik Yunan döneminde hukukun temel bir ilkesi olarak ortaya çıkan evrensellik anlayışı, o dönem özellikle yazılı olan ve aynı zamanda belirli bir toplumun ve kültürün ürünü olan hukuksal düzene karşı bir tez olarak ortaya çıkmıştır. Bu tezin ilk önce kuramsal anlamda başlatıcılarından biri olarak Aristoteles öne çıkmaktadır. Aristoteles'e göre toplumsal yaşamda karşılaşılan, adalet ve eşitliğe karşı yapılan birçok eylem o dönem şartlarıyla ortaya konulan birtakım kurallar sebebiyle cezasız kalmıştır ya da hak edilen bir karşılığı olamamıştır. Hiyerarşik düzen ve insanlar arasında ki çıkarlar söz konusu olduğunda kurallar ve yapılması istenilmeyen davranışların yazılı kurallardan başka işe yaramayan bir durum

bazı eleştirmenler, doğal hukuk düşüncesi özelinde Platon'da bireysel unsurun sosyal ve siyasal unsurlara tamamen feda edildiğini öne sürerek eleştirel bir yorum getirmişlerdir. (Gülbüz, 2003, s. 53)

içerisinde değerlendirilmesi bu probleme başka bir çözüm yolu getirilmesi gerektiğinin önünü açmıştır. Aristoteles bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“Eğer yazılı hukuk davamıza aykırıysa, evrensel hukuka başvurmalı ve daha büyük bir eşitlik ve adalet için ısrarcı olmalıyız”* (Aristoteles, 2015, s. 86-87 1375a). Aristoteles için yazılı olmayan kuralların bu anlamda asıl önemi, şiddete değil kişinin iradesine göre açıklanmıştır. *“Adaletin yazılı olmayan yasalarını çiğnemek kötü bir edimdir. Daha iyi türden bir insan, dürüst olmaya zorlanmaksızın dürüst olacaktır ve yazılı olmayan yasalar kuvvete dayanmazken, yazılı yasalar kuvvete dayanacaktır. Bununla birlikte başka türlü de tartışılabilir bu: Yazılı yasaları çiğneme suçunun daha kötü olduğu ileri sürülebilir, çünkü karşılığında korkunç cezalar saptanmış suçları işleyen insan, hiç ceza saptanmamış suçları gözünü kırpmadan işleyecektir. Suç eylemlerinin karşılaştırmalı kötülüğü için bu kadar yeter”* (Aristoteles, 2015, s.86-87 1375a). Dolayısıyla doğal hukukun bir gereği olarak yazılı olmayan kuralların baskıya ya da zor kullanmaya dayalı olarak uygulanmaya çalışılması, zaten doğal hukukun özüne terstir. Bu tespitle beraber doğal hukuk ile hukuki pozitivizm net bir çizgiyle birbirinden ayrılmıştır.

Aristoteles’in yaşadığı dönem koşulları düşünüldüğünde evrensellik iddiası, genel olarak günümüzde ki anlamıyla benzerlik gösterse de bazı noktalarda anlamın değiştiği aşikardır. Aristoteles’e göre insan dünyaya doğduğu an itibariyle belirli öz niteliklere göre değerlendirir. Daha sonrasında içinde yaşadığı ailenin ve toplumun kültürün yapısına göre şekillenir. Bunu sonucunda kölelik ya da efendilik gibi sıfatlara sahip olunur. Dolayısıyla evrensel manada adalet ve eşitlik anlayışı da bu temel üzerinde açıklanır. Modern hukuk felsefecilerinin söylem şekliyle Aristoteles’in bu ayrımı *denkleştirici adalet* ve *dağıtıcı adalet* şeklinde iki farklı biçimde tezahür etmektedir. Aristoteles bu ayrıma *Nikomakhos'a Etik* adlı eserinin beşinci kitabında bahsetmiştir. Bu bölümde Aristoteles eşitliğin ne olduğu üzerinde durur. Daha sonrasında ise adaleti, erdem ile ilişkilendirir. Aristoteles için mutlak bir biçimde adaletin sağlanabilmesinin için bir bilinç olarak erdemliliğin gerektiği ve toplumun içerisinde ki tek tek insanların bu bilince sahip olmasının önemine vurgu yapmaktadır. Günümüzde hâlâ geçerliliğini koruyan dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet ayrımından da ilk kez bu bölümde bahsetmiştir.

“Özelinde adaletin ve ona karşılık olan hakkın bir türü, onurun, paranın ya da topluma katılanlar arasında bölüştürülebilir olan diğer şeylerin dağıtılmasında söz konusu olanıdır (çünkü bunlarda kişilerin eşitliğe aykırı ve eşit olarak bir şeye

sahip olması söz konusudur); bir başka türü ise alışverişlerde düzeltici olanıdır. Bunun da iki kısmı vardır; çünkü alışverişlerin kimi isteyerek kimi istemeyerek olur; isteyerek olanlar, satmak, satın almak, borç vermek, kefil olmak, ödünç vermek, güvence parası yatırmak, kiralamak gibi şeylerdir; istemeyerek olanlardan ise bir kısmı gizli yapılanlardır -hırsızlık, zina, zehirleme, baştan çıkarma, kölelerin aklını çelme, tuzağa düşürerek öldürme, yalan yere tanıklık etme gibi; bir kısmı da zora dayananlardır -kötü muamele görme, hapse atılma, ölme, soyulma, sakatlanma, çamur atılma, aşağılama gibi" (Aristoteles, 1998, s. 93-94).

Aristoteles için denkleştirici adalet söz konusu olduğundan iki ayrı taraftan bahsedilir: Taraflar belirli bir zarar durumu olduğundan bir araya gelir. Burada taraflardan biri davacı (zarar gören); diğeri ise davalı (zarar veren) olandır. Burada davalı, davacının onu dava etmesiyle bir karşılıklı ilişki durumu ortaya çıkar. Dolayısıyla davacı ile davalı birbirlerinden bağımsız olarak düşünülemeyeceklerdir. Zarar verme eyleminin hukuki açıdan önemi zarar verme sonucu zarar gören bir tarafın ortaya çıkmasıdır. Denkleştirici adaletin gerekçelendirme işlevi, ancak davalının zarar doğuran eylemi ile davacının zarar görmesi arasındaki sürecin bir bütün halinde ele alınıp, tek bir normatif birim şeklinde yorumlanmasıyla gerçekleşir (Aristoteles, 1998, s. 93-94). *Bundan dolayı Aristoteles'e göre, hukuki ilişkiler söz konusu olduğunda da taraf olanların eşit muamele görmesini gerekliliği çok büyük önem arz etmektedir* (Balı, 2001, s. 85). Dolayısıyla Aristoteles'in denkleştirici adalet olarak ifade edilen kuramdan anladığı temel mesele bir olay neticesinde zarar gören taraf ile zarar veren tarafın bir bütünlük içerisinde ele alınıp değerlendirilmesi durumudur.

Bunun karşısında yer alan dağıtıcı adaletin ne olduğu incelendiğinde ise denkleştirici adaletten farklı olarak tarafların eşit ve bütüncül bir bakış açısından ziyade, para ve bu gibi paylaştırılabilir olan bazı şeylerin toplum üyeleri arasında, herkesin yeteneğine ve daha önemlisi toplum içerisindeki statüsüne uygun olarak dağıtılmasını öngören adalet türüdür. Buna göre, özellikle şan, şeref, sıfat, içine doğulan ailenin durumu ve ekonomik seviyesine göre değerlendirilmesi ve yargı verilmesini savunulmaktadır. İnsanlar arasında ki bu farklılıkların göz önünde bulundurulması gerekliliğinin özellikle altı çizilmektedir. Adaletin sağlanabilmesinin tek koşulu budur. Bu görüşün Antik Yunan toplumunda kültürel olarak kabul edilen hiyerarşik düzünden kaynaklandığı su götürmez bir gerçektir. Çünkü bu toplumda, düzen en temel anlamıyla belirli statülere göre sağlanmaktadır. Dolayısıyla adalet

dahi bu statünün önüne geçemeyecek kadar zayıftır (Balı, 2001, s. 85).

Dağıtıcı adalet yapısı gereği denkleştirici adaletin karşısında yer alır. Bu anlamda denkleştirici adalet, kişilerin özel durumlarını, yeteneklerini göz önünde bulundurmadan davranmanın özellikle hukuktaki anlamıyla gerekli olduğunu öne sürmektedir. Öyle ki bunun yanında eşitliğin de benzer şekilde mümkün olacağı öne sürülmüştür. Aksine dağıtıcı adalet ise her ne olursa olsun toplum içinde yaşayan insanın şu ya da bu sebepten ayrıştırılmasının doğa yaşamına uygun olmadığını savunur. Buna göre evrensel bir hukuksal düzen inşa etmenin temel yolu doğaya bakmaktır. Doğada yaşayan insan da yaşam içerisinde elinde olmayan sebeplerden ötürü farklılıklara sahip olduğuna göre, insan önce statüsünün bilincine varmalı, daha sonrasında ise bu çerçevede kalarak adaletin içeriğini belirlemelidir.

Dağıtıcı adalet bugün günümüz şartları açısından değerlendirildiğinde şu açıktır ki; evrenselliğe ilke oluşturabilecek bir yapıdan çok uzaktır. Çünkü modern bilim, daha ziyade biyoloji ve antropoloji gibi alanlar, artık insanın söz konusu bazı niteliklerinin, diğer insanlar arasındaki farklılıklarının, aslında doğal sebeplerden kaynaklanmadığını, toplumsal yaşamda şekillendiğini ve ayırt edici özellikler olmadığını açıklamıştır. Buradan hareketle adaletin ve eşitliğin kaynağının insanın toplumsal yaşamda ki statüsüyle ilgili olduğu düşüncesi kabul etmek şöyle dursun aksine adalet ve eşitliğe zarar veren bir yapıda olduğu düşünülmektedir. (Aristoteles, 1998, s. 94). Aristoteles bu ayrımın bir bakıma temellendirilmesini yapmış olsa da ne denkleştirici adaleti ne de dağıtıcı adaleti savunur. Çünkü bu iki ayrım birbirini çürüten yapıdadır. Dolayısıyla Aristoteles'i bu ayrımlardan birinin içerisine dahil etmek diğerinin karşısında durduğuna işaret eder ki bu da Aristoteles'i yanlış tanımlamak olacaktır.

Bir doğal hukuk savunucusu olarak kabul edilmesi gereken Aristoteles'in yegâne amacı, hiçbir şüpheye mahal vermeyen evrensel kurallar içeren, her çağda geçerli ve aynı zamanda insanın üretimi olmayan bir hukuksal düzen kurmaktır. Bunun sebebi Aristoteles'teki mutlak adalet arayışı ilkesinden ileri gelmektedir. Buradaki mutlak adalet ise anlaşılacağı üzere, doğal hukuka karşılık gelir. *Hukukun bir idesi olan doğal hukuk, adaletle hukuki pozitivizm arasında yer alır ve hukuk idesinden hukuki pozitivizme giden yolu gösterir. Diğer yandan doğal hukuk, 'olan'ı deyimleyen ontolojik düzen'e değil, 'olması gereken'i yani adaleti deyimleyen deontolojik düzene ilişkin bulunmaktadır* (Aral, 2010, s. 197). Dolayısıyla Aristoteles'in doğal hukuka dair çizdiği bu çerçeve gereğince adalet ve eşitliğe ulaşmanın yolu, her şeyden önce onu aramaktan geçmektedir. Günümüzde bazı katı hukuki pozitivizmi

savunan çevrelerce Aristoteles'in bu amacı beyhude bir çaba gibi görünse de yaptığı tespitler ve buradan hareketle doğal hukuka dair düşünceleri bugün özellikle uluslararası hukuka büyük katkılar sağlamıştır.

1.2.2.2.3. Stoahılar'da “Doğal Hukuk”

Tarihselliği felsefenin en eski dönemlerine kadar uzanan Stoa öğretisi Antik Yunan toplumlarında kabul edilmiş ve birçok filozofun da fikirlerine temel sağlamıştır. Bu anlayış bir doktrin olarak anılmasından ziyade okul olarak bilinmekteydi. Düşünsel anlamda ilk temelini MÖ 334-262 yılları arasında yaşadığı tahmin edilen Kıbrıslı Kitionlu Zenon atmıştır (Öztürk F. , 2018, s. 18).

Stoa felsefesi, yalnız öğretinin kurucusu olan Zenon'un felsefesini değil, bu okulu yöneten öğreticileri ve öğrencileri de kapsar. Okulun tarihçesi, geleneksel olarak üç büyük döneme ayrılır: M.Ö. 3. yüzyılda etkinlik merkezi Atina olan, eski Stoa olarak anılan Zenon, Kleanthes ve Khrysispos'un öğretilerini içeren dönemdir. M.Ö. 2. yüzyılda, sistemin ilk keskinliğini yitirip latinleştiği Orta Stoada ise, bu dönemin belli başlı temsilcileri kabul edilen Diogenes, Antipater, Panetius, Apameli Posidonius gibi filozoflardan oluşmaktadır. M.S. 1. ve 2. yüzyıllardaki imparatorluk stoası ise temelde Romalıdır ve yalnızca ahlâkla ilgilenmek için, mantık ve fiziği neredeyse tamamen bırakmıştır. Bu dönemin belli başlı filozofları, Cicero, Seneca, Musonius Rufus ve özellikle Epiktetos ile Marcus-Aurelius kabul edilmektedir (Brun, 2003, s. 13).

Zenon Atina'ya ilk geldiği dönemlerde onun düşüncelerinin çok fazla etkiye sahip olan Kinik filozof Krates'e ile tanışmıştır.² Bundan dolayıdır ki Zenon'un düşüncelerinin bir bölümünde *Kinizm* etkisi görülmektedir. Kinik düşünce tarzı ilk defa Sokrates'in ölümünden sonra öğrencisi Antistenes'in (M.Ö. 443-366) kurduğu ve felsefe tarihinin en uç aylıklık çizgisi olarak görülen Kinik okulu vasıtasıyla devam ettirilmiştir (Önal & Çelebi, 2020, s. 192). Antistenes sağlık, güzellik, zenginlik, lüks, şan ve şerefe aldırış edilmeyecek şeyler olarak bakıyor ve biricik değer olarak erdemi ve onun sağlayacağı dinginlik ve huzuru savunuyordu. Dolayısıyla bun anlayışın temel savı mutluluğa ancak erdemle ulaşılacağını ve

² Krates Thebes'li Kinik filozoftur. Atina sokaklarında yoksul hayatı sürebilmek için tüm parasını dağıtmıştır. Askondas'ın oğludur. Antisthenes'in Filozoflar Zinciri adlı kitabında bir tragedya izlerken kinik felsefeye bağlandığı yazar. Seçkin bir aileden gelmesine rağmen yoksul hayatı sürmüştür.

bu erdemin de dünyevi hazları yadsımakla mümkün olabileceği (mülkiyet, aile, din vb. değer ve yargıları reddederek) düşüncesi olmuştur.

Kinik felsefesinin bir başka önemli temsilcisi ise, yaşadığını söyleyen, söylediğini de yaşayan tam bir eylem filozofu olan Sinoplu Diogenes'dir. Diogenes, Antisthenes'in dünyevi zevklerden sıyrılıp, buradan hareketle erdemliliğe dair görüşü üzerinde durmuştur. Bu anlamda Kiniklerin sade bir hayat sürme idealinde en aşırı giden biri olarak boş bir fıçıyı mesken tutan, dünya malı adına, örtündüğü bir battaniye, yiyeceklerini koyduğu bir heybesi ve yaşlandığında dayanarak yürüdüğü bir bastonu dışında hiçbir şeye malik olmayan biriydi. Bu bağlamda bir başka keskin görüşü de devlete dairdir. Hocası Antisthenes'in bireye belli bir güvenlik sağlamasından dolayı devlete gerekli bir kurum olarak görmesinin aksine Diogenes devleti lüzumsuz bir kurum olarak kabul etmiştir (Arslan, 2006, s. C:2 164). İşte bu durum özellikle orta stoa döneminde göze çarpan ve bahsedildiği gibi 'aylaklılık' şeklinde ki tanıma sebep olan en çarpıcı örneklerdendir.

Dolayısıyla o döneme dek daha önce hiç görülmediği kadar radikal bir düşünce tarzı geliştirilmiştir. Zenon'da işte tam bu savlardan hareket ederek erdemin, mutluluğun kaynağı olduğunu, ancak bunun sadece dünyevi işlerden yadsınarak mümkün olabilmesinin doğru olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre Zenon Stoa felsefesini üç ana bölüme ayırır. Bunlar mantık, fizik ve ahlaktır.³ Bu üç alanın arasından ahlâk stoa felsefesi için daha fazla öne çıkan, parlayan bir alan olmuştur. Öyle ki mantık ve fizik alanları ahlâk alanının tekamülüne yardım ettikleri sürece değerlidir (Russell, 2020, s. 454). Dolayısıyla Zenon, kiniklerin yaptığı gibi düşünce tarzını sadece ahlâki birtakım değerlerden ibaret olmadığını savunmuş, mantık ve fizik alanlarıyla da genişletmiştir. Megaralı Stilpon ve Platoncu Xenokrates Zenon'un Hellenistik dönem Atina'sında ders aldığı diğer kişiler olmuştur (Brun, 2003, s. 16). Dolayısıyla felsefeyle ilgili olarak birçok farklı bakış açısını görmüş düşünce tarzı olarak farklı okullardan dersler almış ve en nihayetinde kendi okulunu kurmaya karar vermiştir. Bu okul ile beraber Stoacılık düşüncesi geniş kitlelere ulaşmış ve toplumda genel olarak kabul edilen bir yaklaşım tarzı haline gelmiştir. Zenon'nun yukarda belirtildiği şekliyle yaptığı ayrımlardan en önemlisi ahlâk bölümüne ilişkindir. Bunun sebebi ise, fizik ve mantıktan ziyade en çok pratik sonuçlar üretilen felsefe alanının ahlâk olduğu düşüncesidir.

³ Kinik anlayışında formal bilimleri (mantık, matematik vs.) ve fen bilimleri (fizik, biyoloji vs.) Sokratesin'de etkisiyle kabul görmektedir.

Zenon'un daha ziyade Stoacıların konu ettiği hemen hemen birçok problemin temel hareket noktası belirli prensipler üzerinden ilerlemektedir. Bu çerçevede doğal yasa kavramını anlamak için de her şeyden önce bu düşüncenin genel anlamına değinmek yerinde olacaktır. Stoacıların ele aldığı konular arasında en önde gelen problemin ahlâk alanıyla ilgili olduğu söylenebilir. Bu çerçevede hukuka ve daha ziyade adalete dair açık ve aynı zamanda tutarlı bir düşünce tarzı geliştirmenin yolu ahlâka yönelmekten geçmektedir. Dolayısıyla ahlâki tarzda bazı ilkelerin ele alınıp üzerine düşünce sistemi geliştirilmesi stoacı gelenek açısından önemli bir problem olarak görülmüştür.

Stoacıların temel ahlâk anlayışı “doğaya uygun olan yaşam” düşüncesi etrafında şekillenmektedir (Laertios, 2020, s. 330). Bu durum doğal hukuk anlayışı içinde geçerli bir önermedir. Buna göre insan doğal yapısı sebebiyle doğaya uygun yaşamayı amaç edinmelidir. Öyle ki ancak bu koşul yerine getirildiği taktirde insan nihai amacını gerçekleştirebilir. İnsanı erdeme yönelten de yine aynı şekilde doğanın kendisidir. Dolayısıyla doğa sadece doğal olayları bilmek ve yorumlamak için değil aynı zamanda insanın nasıl bir hayat sürmesine yönelik olarak da işlevsel bir anlama sahiptir. Bu bağlamda şunu sormak gerekir, “Stoacıların öne sürdüğu bu yaklaşım tarzı nasıl mümkün olur?” Bu soruya Stoacı gelenek evrensel bir akıl ile cevap verir. Doğal yasa evrensel aklın bir ürünü olup bütün insanlığı bağlayan yasadır. Stoacılar için akıl bireylerin kişisel isteklerine göre işlemez. Bunun aksine evrensellik içermektedir. Stoacıların özellikle sonraki yüzyıllarda, Ortaçağ düşüncesini de derinden etkilediği görüş işte tam da buradan sonra başlamaktadır: Evrensel akıl aslında diğerk bir anlamıyla tanrısal akıldır. Doğa yasaları bundan dolayı bir anlamıyla tanrının yasalarıdır.⁴ İnsan ise yaşam içerisinde evrensel akıldan pay alan ve sonrasında ortak bir doğruya ulaşan yapıya sahiptir. Bu halde her insan için geçerli olacak şekilde evrensel akıldan pay aldığı şekliyle doğal olarak toplumsal bir rol ortaya çıkmaktadır (Bahadır, 2021, s. 47). Bunun neticesinde ise yine her insan toplumsal yaşamda yapılması istenilen bazı ödev ve yükümlölükleri tabii olacaktır. İşte Stoa düşüncesi açısından doğal yasaların içeriği de bu yöntemle belirlenmiş olacaktır.

⁴ Stoa düşüncesine göre tanrı kavramı olarak pek çok farklı şekilde ifade edilmektedir. Buna göre tanrı, tanrısal akıl, logos, evrensel akıl ve özellikle doğa kavramı bu anlamda sıkça kullanılmıştır. Yapısal olarak stoacılar tanrıyı evrenin bütünü olarak kabul etmelerinden ötürü onların bu yaklaşımı panteist bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. (Öztürk F. , 2018, s. 19)

Stoacılar göre bu yöntemle birlikte o dönemin insanın içselleştirdiği ödev sorumluluğu düşüncesi, aslında sadece doğaya uygun yaşaması değil aynı zamanda erdemliliğinden bir sonucu olarak tezahür etmektedir. Bu sorumluluk bilinci de aynı şekilde erdemli olmanın bir sonucu olduğuna göre aslında birbirleri arasında bir zorunluluk durumu söz konusudur. Yani erdemli olmak sorumluluğu getirirken; sorumlu olmakta bizatihi erdemli olmayı getirecektir. Bunun yanı sıra aklın karşında duran ve devre dışı bırakan insanda ki bazı kötü duyguları ya da hazları da ödev sorumluluğun bir gereği olarak devre dışı bırakmak doğal yasa fikrinin bir gerekliliği olarak gözükmektedir.

Stoa düşüncesinde ki bu anlayışın daha sonraları önemli bir fikir olarak ortaya çıkan Kozmopolizmin de düşünsel altyapısını oluşturmuştur. Bunun sebebi önceki bölümlerde de belirtildiği gibi Stoacıların, kiniklerin düşünce sisteminden yararlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede kinik düşünce tarzı devleti yapısal açıdan gereksiz kabul eder. Bütün insanların nihai mutluluğa ulaşabilmesi açısından toplumsal kabullerden vazgeçilmesi öne sürülmüştür. Devlet olgusu da bu anlamda insanı sınırlandıran bir yapıya sahip olduğu için reddedilmesi gerekliliğinin alt yapısı oluşturulmuştur (Brun, 2003, s. 108). Stoa felsefesinin kozmopolizm düşüncesi daha sonraları, toplumsal, hatta siyasal bir kullanım haline dönüşür. Buna göre doğal yasalara göre hareket eden toplumda ki her bir insan, bilgeliğe ulaşmış kişidir. Çünkü bu farkındalığa sahip olan insan aynı zamanda erdemnin kaynağına ulaşmış kişidir. *Bilge kişi, sırf doğduğu ülkenin vatandaşı değil, dünyanın vatandaşıdır* (Brun, 2003, s. 107). Kabul edilen kuralların evrenselliğini sorgulayandır. Bu anlamıyla yerel olanı değil evrensel olanı arayan kişidir. Adaletle ya da doğruya ulaşmanın yolunun duygularla, yani hırslar, kişisel menfaatler ve çıkar çatışmaları gibi yollarla mümkün olamayacağını bilen kişidir. Bu anlamda mutlak olana ulaşmak önce akıl yoluyla tanrıya ulaşmak, daha sonrasında da tanrının doğada ki tezahürünü görmekle mümkün olacaktır.

Stoa düşüncesinin doğal hukuka dair görüşleriyle isminden en çok bahsedilen isim şüphesiz geç dönem Stoacı olarak kabul edilen Romalı devlet adamı, bilgin, hatip ve yazar Cicero'dur. Küçük yaşından itibaren felsefe, matematik gibi temel nitelikte bir eğitim alan Cicero, daha sonraları hukuk ve felsefe eğitimi için Roma'ya gitmiştir. Aldığı eğitimden sonra

hitabet yeteneğinin de etkili olması nedeniyle avukatlık yapmaya başlamıştır.⁵Daha sonraları ise hitabet konusunda ki keskin zekâsı ve yeteneği ile roma senatosunda, senatör olmuştur. Cicero'nun felsefe çalışmalarına başlaması ise avukatlığı süreci içerisinde yaptığı bir savunmanın, dönemin diktatörü Sulla'nın hoşuna gitmeyeceği düşüncesiyle Atina'ya yaptığı yolculuğuyla başlamıştır. Cicero'nun temel felsefe anlayışı birçok stoacı düşünür gibi erdemin bilgisiyle mutluluğa ulaşmaktır ancak; asıl önemi Yunan düşüncesini daha sonraki kuşaklara aktarması olmuştur (Bahadır, 2021, s. 45).

Cicero temel felsefe anlayışını yukarıda da belirtildiği gibi mutluluk ile ilişkilendirmektedir. Buna göre insan nihai olarak mutluluğa ulaşmayı amaç edinmelidir. Bu nihai amaca ulaşmanın yolu ise, insanın doğaya uygun olarak yaşamasıdır. Burada kast edilen husus aslında temel olarak, insan, doğa ve akıl üçgeninde gerçekleşen bir süreci ifade eder. Cicero'ya göre akıl sahibi bir varlık olarak insan önce doğayı anlamlandırır; daha sonrasında ise doğanın anlamlandırılmasıyla beraber erdemin bilgisine varır ve en nihayetinde mutluluğa erişir. Cicero'nun bu anlayışı geçmiş dönemde ki özellikle Stoacı geleneğe sahip filozoflarda kabul edilen bir görüş gibi anlaşılsa da, geleneksel Stoa düşüncesinden farklı olarak sadece kendini bilmeyi değil doğayı bilmeyi de mutluluğa erişmek için temel araçlardan biri olarak düşündüğünden, özellikle felsefeye daha farklı bir bakış açısı kazandırdığı söylenebilir. Buradan hareketle Cicero doğal hukuk düşüncesinin de temelini oluşturacaktır. Cicero doğaya uygun yaşayan insanın, doğanın yasalarının bilincine varacağını söyler. Çünkü doğa insana doğru yasayı gösteren yegâne kaynaktır. Cicero'ya göre bu kaynağın belirleyici ögesi Cicero öncesinde ki birçok doğal hukuk savunucusunda olduğu gibi tanrı fikridir. Bunun yanında Cicero sadece tanrı fikriyle yetinmez. Aynı zamanda 'doğru akıl' olarak işaret ettiği insanın yetisine de başvurulması gerektiğini belirtir. Dolayısıyla doğru akıl ile tanrının yasalarının doğada ki tezahürüyle keşfedilmesi olanaklı bir hale gelir.

Cicero'ya göre söz konusu bu yasaların kaynağından ziyade bir başka önemli nokta ise yasaların niteliğidir. Bu anlamda doğanın yasalarının içeriği bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu yasa hiçbir sebeple değiştirilemez ve dönüştürülemez bir yapıya sahiptir. Nasıl ki doğanın bazı kuralların değiştirilmesi mümkün olamıyorsa hukuk söz

⁵ Cicero'nun avukatlık mesleğini icra ediyor olması siyasi ve toplumsal anlamda pratik sorunlara daha çok hakim olmasını olanaklı hale getirmiştir. Dolayısıyla söz konusu pratik sorunlara, teorik çözümler üreterek doğal hukuk düşüncesini geliştirmesine katkısının olduğu söylenebilir.

konusu olduğunda da benzer şekilde değiştirilemez bir niteliktedir.⁶ Cicero'ya göre doğru akıl ile ulaşılan doğru yasa her dönemde varlığını sürdürür. Bunun yanında her toplumda ve bölgede geçerliliğini korur. Cicero için doğal hukuk, bu anlamıyla doğa yasalarının bir tezahürüdür (Ingram, 2019, s. 37).

Gerçek yasa doğaya uygun olan doğru akıldır, her şeye nüfuz eder, tutarlıdır, daimidir ve buyurarak yükümlülüğe çağırır, yasaklayarak yanlıştan döndürür. Bununla birlikte ahlâklı insanlara boş yere buyurmaz ve yasak koymaz, ahlâksız insanlara buyurup yasak koyarak yönetir. Bu yasayı değiştirmek günahıdır, bu yasanın bir parçası bile değiştirilemez ve yürürlükten kaldırılamaz; kuşkusuz ne Senatus, ne de halk aracılığıyla bu yasadan kurtulabiliriz, onun için başka bir açıklayıcı ya da yorumlayıcı aranmamalı; başka bir Roma ya da Atina yasası olmayacak, ne şimdi ne de sonra başka bir yasa olacak, aksine her dönem her soyu daimi ve değişmez olan tek bir yasa kuşatacak, herkesin adeta tek bir öğretmen ve efendi niteliğindeki bir tanrısı olacak, o bu yasanın kurucusu, hakemi ve taşıyıcısıdır; bu yasaya göre hareket etmeyen aslında kendisinden kaçmış olacaktır ya da insan doğasını küçümsemediği için, düşünülen diğer eziyetlerden kaçabilse de, en büyük cezaları çekecektir (Cicero, 2019, s. 201-203).

Cicero söz konusu yasaların sivil toplumu bir bütün halinde tutacak olmasından ötürü asıl öneminin bu husus olduğuna özellikle vurgu yapmaktadır. Bunun yanı sıra yasalar aynı zamanda toplumsal eşitliği hâkim kılacaktır. Eşitlik doğal hukuk düşünüldüğünde en az adalet kadar önemli bir amaçtır. Cicero için eşitliğinde bu anlamda mutlak suretle sağlanıyor olması doğru akıl ile doğada keşfedilen yasaların içselleştirilmesiyle mümkün olabilecektir. Bu sayede adaletle birlikte toplumsal anlamda eşitlikte hâkim kılınacaktır.

“Seçkin filozoflardan olan soylu Xenocrates’e, öğrencilerinin ondan ne öğrendiği sorulduğunda “Yasalar eliyle yapmaya zorlandıkları şeyleri kendi istekleriyle yapmayı” cevabını verir” (Cicero, 2019, s. 116).

Eşitliğin bu bağlamda altını çizen Cicero şöyle bir ayrıntıya da özellikle dikkat çekmektedir: İnsan doğal bir yeti olarak akıl sahibi bir varlıktır. Dolayısıyla her insan akıl

⁶ Burada doğanın yasalarıyla kast edilen, bilimin yasalarıdır. Sözelimi suyun kaldırma kuvvetinin bir doğa kanunu olması dolayısıyla değiştirilmesinin de olanaklı olmadığına sonucuna varılır.

bakımından eşit durumdadır. Bununla beraber doğal hukukun keşfedilmesi söz konusu olduğunda aynı eşitlikten söz edilemez. Her insan akıl bakımından eşit olsa da, aklı doğru olana yönlendirip tanrı ile ortak olan akla yönlendiremez ve doğal hukuk düşüncesinin içeriğini anlamlandıramaz. Bu durum doğal hukukun anlaşılmasının ve toplumda her insanın bu kurala tabi olmasını zorlaştırabilir; ama zaten Cicero için doğal yasaları belirli bir azınlık grubu kavrayabilir. Buna göre ise doğal hukuku kavrayan, anlamlandıran ve uygulayan seçkinler, toplumu keyfi bir şekilde değil; doğa yasalarına uygun olarak yönetirler. Bu da o toplumda doğal hukuk bilincinin yerleşmiş için yeterlidir. (Öztürk A. , 2013, s. 79)

Cicero, insan doğasından hareket ederek hukukun doğasını açıklamaktadır. Bu doğrultuda ise devletler için gerekli yasaların oluşturulabileceğini öne sürmektedir. Çünkü Cicero için insan doğasında bulunan akıl tanrı aklından pay alan bir akıldır. İnsan aklının bu niteliği doğada başka hiçbir canlıda bulunmadığı için doğru şekilde kullanabildiğinde tanrının da yasalarına ulaşabilecektir.

“Yasanın doğası insanın doğasında aranmalıdır. İnsan Tanrısal akıl paylaştan özel bir canlı türüdür ve insanlar adalette birleşerek bir araya gelir”
(Cicero, Yasalar Üzerine, 2021, s. 10) .

Bu çerçevede Cicero’nun doğal hukuka dair görüşlerinin önemli bir içeriği olan eşitlik anlayışı, bugün ki anlamıyla asıl önemi modern dönemin bir ürünü olan “insan hakları” fikrinin geliştirilmesinde bir temel sağlamıştır (Ingram, 2019, s. 37-38). İnsanın doğasında bulunan kişisel bazı menfaatlerin, hırsların ve çıkar çatışmalarının neticesinde insanın insana olan zararı, adaleti de eşitliği de ortadan kaldırmıştır. Üstelik yöneticilerin ortaya attığı ve yine içinde benzer şekilde insanın kötü duygularını barındırılan yasaların çözüm olarak ortaya atılması hukuka dair sorunları çözmek şöyle dursun daha da derinleştirmiştir. Dolayısıyla Cicero ve diğer doğal hukuk savunucusu stoacıların iddia ettiği şekliyle adalet ve eşitliğe ulaşabilmenin yolu her şeyin üstünde olan bir yasanın hayata geçirilmesiyle mümkün olabilecektir.

1.2.2.2.4. Ortaçağda “Doğal Hukuk”

Ortaçağ gelenek, örf ve adetlerin sıkı biçimde uygulandığı, her ne olursa olsun toplumların yapısından değiştirilemez ve sorgulanamaz birtakım kuralların olduğu ve bu

kuralların her ne olursa olsun toplumları yöneten otoriteler tarafından uygulanması gerektiğinin şart koşulduğu bir dönemde hakimiyet kazanmıştır. Ortaçağ gerek o dönem toplumunun yapısıyla gerekse de o dönem düşünürlerinin anlayışıyla karanlık bir dönem olarak görülmektedir. Bu benzetmenin sebebi Hristiyanlığın ortaya çıkması ve gelişmesiyle ilişkilendirilebilir. Hristiyanlık, Roma İmparatorluğu'nun, egemenlik alanına giren topraklar üzerinde ortaya çıkmış bir inanç sistemidir. Bilindiği üzere temel hareket noktası da dünyevi hazlardan ya da amaçlardan sıyrılıp maneviyata daha ziyade tanrıdan geldiğine inanılan bazı farklı düşüncelere ve gayelere yönelmesi olmuştur. O dönem bu düşünce tarzı insanların büyük çoğunluğuna yeni ve cazip görünmüştür. Dolayısıyla Hristiyanlık kitleler halinden büyümüş ve genişlemiştir.

Hristiyanlığın iki önemli ismi kabul edilen Pavlus ve Petrus'un dünyevi iktidar karşısındaki görüşlerine bakıldığında çok çarpıcı bir husus göze çarpmaktadır: Pavlus ve Petrus, Roma'nın düşmanlığını çekmemek için ellerinden geleni yapmış ve dünya işlerine karışılmayacağını, bu işlerin krallar ya da imparatorlara bırakılması gerektiğini düşünmüşlerdir. Pavlus, yeryüzündeki eşitsizliklerin ve bundan kaynaklanan hiyerarşik ilişkilerin bedene göre olduğunu vurgulamaktadır. Yani kulluk, kölelik gibi sınıfsal ayrımların tamamını maddi dünyaya özgü olduğunu öne sürmüştür (Büyük, 2004, s. 132). *“Dünyevi her şeye karşı düşmanlık besleyen bu bakış açısına göre, insan yapımı yönetimler hiçbir zaman hakiki anlamda hukuki ve adil olamazdı”* (Ingram, 2019, s. 40). Dolayısıyla dünyevi alanda eşit, özgür ya da adil olup olmamak üzerine düşünce ortaya koymak ya da çözüm aramak anlamsız bir uğraş olacaktır. Kaldı ki insan söz konusu bu tarz sorunlara çözüm üretecek bir yetkinliğe sahip değildir. Bunun yerine doğru olanın ya da adil olanın ne olduğunu Tanrının kararına bırakmak gereklidir. Tanrı ona yüklenen bazı sıfatları gereği en yetkin olandır ve hukuksal sorunlara da bu çerçevede yanıtlar verilir. İşte orta çağda, Hristiyanlıkla beraber başlayan bu düşünce sistemi sonucunda doğal hukukun da içeriği belirlenmiş olur. Yasaların ve emirlerin; yapılması istenilen şeylerin ve istenilmeyen şeylerin, içeriğini mutlak suretle Tanrı belirlemektedir.

“Tanrı hukukun bu anlamda zorunlu olarak sınırlarını çizmiş, içeriğini doldurmuştur. Bu anlayış Hristiyanlığın yayılmasıyla beraber daha da çekici bir hale gelmiştir. Orta Çağ döneminde ki pek çok düşünür için doğal hukuk kuramı, dini inançla birleşmiş durumdadır. Bunun önemli bir nedeni de, kısmen, uzun bir

süre boyunca, Katolik Kilisesi üyelerinin, bu geleneği derinliğine inceleyen ve savunan kişiler olmalarıdır” (Bix, 2004, s. 298).

Ortaçağın toplumsal anlayış tarzından da anlaşılacağı üzere doğal hukuk kuramının anlamı tanrı ile o kadar çok anılmıştır ki sonraki dönemlerde ortaya çıkan Hristiyanlığın dışında kimi dinleri de derinden etkilemiştir. Öyle ki kutsal kitapların içeriğinde ya da dinler için önemli bazı figürlerin tanrının emir ve yasakları, hatta öğretileri bu anlamda o toplum içindeki hukuk düzeninin oluşmasında önemli bir etkiye sahip olmuştur. Sözelimi İslamiyet için önemli bir anlayış tarzı olan fıkıh, Tanrı’nın emir ve yasaklarının neler olduğunu, istenilmeyen ya da hoş görülmeven davranışların cezasının ne olduğu gibi sorulara cevap verir. Bu cevap İslam hukukunun ne olduğuna dair bir cevaptır. Burada önemli bir soru ortaya çıkmaktadır: “Her din tanrı buyruklarını doğal hukuk olarak kabul edebilir mi?”

Doğal hukuk kuramı belirli değişmez ve evrensel ahlâk kurallarından beslenmektedir. Buradan hareketle dinler de benzer şekilde ahlâk kurallarından beslenmektedir. Ancak şöyle bir farkla, dinler için ahlâk kuralları, aynı zamanda tanrının emir ve yasaklarını karşılık gelir. Yani tanrı alkollü içeceklerin içilmesini yasaklar ve bu bir yasa olur. Zaman içerisinde bu yasa toplumun kültürel bir parçası olur. Dolayısıyla herhangi bir yasaya bağlı olmadan alkollü içeceklerin içilmesi toplumsal olarak kabul edilmez. Bu durum yazılı olmadığı için aynı zamanda değişmez ve dönüştürülemez bir yasa olduğu için doğal hukuk gibi görülür. Ancak yasanın yerel düzeyde kalması, belirli bir toplumda kabul edilmesi söz konusu olduğunda doğal hukuktan ayrılır.

Hristiyanlık etkisinin Avrupa’nın birçok kentinde yoğun şekilde etkisini göstermesiyle beraber 5. yüzyılda Platon’un idealizm anlayışından hareketle temellendirilme yapan St. Augustine’nin doğal hukuka Platon’un düşüncelerinden çokta farklı olmayan, sadece başka bir açıdan tezahürü olan bir perspektif çizmiştir. Dolayısıyla Augustine yaptığı bu felsefeye kendi Platoncu idealizm anlayışını yerleştirmiştir. Augustine doğal hukuka dair temel argümanına sunarken Platon’dan çok daha net ifadeler kullanmıştır. *Dünyevi her şeye karşı düşmanlık besleyen bu bakış açısına göre, insan yapımı yönetimler hiçbir zaman hakiki anlamda hukuki ve adil olamazdı* (Ingram, 2019, s. 38).

Augustine'e göre aklı doğru olana yöneltmek ve buradan hareketle devletin en önemli görevlerinden biri kabul edilen evrensel hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesi dünyevi işlerle yürütülemez. Çünkü ortaya atılan birçok dünyevi kurallar ya da devletin belirlediği yasalar, insanlara yüklenen bazı kötü yanlarla şekillenmektedir. Hırslar, çıkar çatışmaları ya da kişisel menfaatler sonucunda cebri yasaların ortaya çıkmasına ve daha sonra da özel mülkiyete ve insanlar arasındaki hiyerarşik sistemin daha da genişlemesine ön ayak olur. Dolayısıyla dünyevi bir yasa hukukun işleyebilmesi şöyle dursun; aksine adaletin ve eşitliğin önüne set çekmektedir. Augustine bu durum şu şekilde özetlemektedir: “*Adaleti çekip çıkardığımızda krallık dediğimiz şey devasa bir çeteden başka ne olabilir ki?*” (Ingram, 2019, s. 38). İşte bundan dolayıdır ki Augustine için doğal hukuk, tanrının bir sözü olarak değişmez ve genel-geçer olarak her toplum için kabul edilmesi gereken ilkeler silsilesidir. O tanrının mutlak yasa yapıcı olarak kabul etmiş ve adaletin tecellisini böyle bir koşula bağlamıştır.

Bu düşünce sisteminin Hristiyanlığa yerleşmesiyle beraber uzunca yıllar temel bir gelenek olarak kabul edilmiştir. Augustin'den çok sonra yaşayan Aquinas'ta ortaya koyduğu fikirleriyle bu tezi güçlendiren bir başka isim olarak kabul edilmektedir. Aquinas, Augustin'in yaptığı gibi fikirlerinin tamamını Platon'a dayandırmamaktadır. Bunun aksine Aristoteles'in temel felsefe anlayışını kullandığını ifade etmek mümkündür. Aquinas her şeyden önce doğal hukuka dair temellendirmelerinde Augustin kadar radikal bir görüş sunmamaktadır. Ancak buna rağmen hem Augustin'in hem de kendi düşüncelerinin, yaşadığı dönemde daha çok tanındığı ve bilindiği rahatlıkla söylenebilir. Bundan dolayı doğal hukuk isminin de daha çok zikredildiği bir dönem olmuştur. Bu durumun en önemli sebeplerinden birisi Aquinas'ın doğal hukuka kattığı bazı önemli spesifik düşüncelerden kaynaklanmaktadır. Aristoteles'in daha az idealist olan sağduyu felsefesinden etkilenen Aquinas'ın bun anlamda doğal hukuka daha farklı bir perspektiften baktığı söylenebilir. Aquinas için insan yaşamını korumak yani insanın güvenliğini sağlamak doğal hukukun en öncelikli meselesi olmalıdır. Bununla beraber barışı sağlamakta temel bir amaç olmalıdır. Bu o kadar önemli bir husustur ki, sadece bu amaca hizmet etmesi koşuluyla dünyevi yasalar da doğal hukukun içeriğini doldurabilir. Bu bağlamda şunu göz önünde bulundurmak gereklidir: Bu koşulların sağlanması dünyevi baskı ve zorbalık, hukuki cebir, özel mülkiyet ve köleliği tamamen doğal ve rasyonel kabul edilip meşrulaştırılabilmesinin olanağını ortaya koymaktadır. Yani bir yasanın doğal hukuka uygun sayılabilmesi için her şeyden önce bu yasanın insanı merkez konumda bulundurup güvenlik ve yaşamını sürdürebilmesini amaç edinip, bu hususlara gölge düşürecek herhangi bir eyleme

karşı yaptırımların içeriğini belirlemek olmalıdır. Söz gelimi insanın güvenliğini tehdit eden bir durum varsa ve bu duruma çözüm olarak özel mülkiyetin meşrulaştırılması talep ediliyorsa özel mülkiyet meşrulaştırılabilir. Benzer bir şekilde eğer insanın yaşamını tehdit eden bir unsur varsa ve çözüm olarak devletin zor kullanması gerekiyorsa, devlet zor kullanabilmelidir.

Aquinas'ın doğal hukuk düşüncesinin bir diğer tezahürü de devlete dair görüşlerinde ortaya çıkar. Buna göre bir devletin eylemlerinin doğal hukukun ilkeleriyle ters düşmesi durumunda herhangi bir iç kargaşanın ya da toplumun çıkarlarını zedeleyecek bir durumun olmaması adına yine doğal hukukun ilkeleriyle hareket edilmesi gereklidir. Yani devletin doğal hukukun ilkelerinin içeriğini oluşturan adalet ve eşitlik gibi kavramlara zarar verebilecek herhangi bir eylemin çözümü yine doğal hukukun ilkeleri gereğince belirlenmelidir. Bu ilkeler ise her koşulda ve şartta toplumun çıkarlarını gözetken ve koruyan, devletin yaptığı her tür politikayı sorgulayan ve gerekirse yargılayan bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla doğal hukuk, eylemleri adaletsiz ve kamu yararına aykırı olan zorba yönetimlere itaatsizliği, hatta böyle yönetimleri yıkmayı meşrulaştırmak için de kullanılabilir. Aquinas için devletin içinde yaşayan her tek birey devletten daha önemlidir. Çünkü o tek tek bireyler devleti meydana getiren bütünün birer parçasını oluşturur. Bundan dolayı Aquinas, devletin otoritesini yıkmak eğer hükmeden kişilerin otoritesi altında yaşamaktan daha kötü sonuçlar doğuracaksa, yapılan yanlış politikalara rağmen devlet otoritesinin sürdürülmesi gerektiğinin özellikle altını çizer. Aquinas için doğal hukukun temel amacı topluma yarar sağlamak amacıyla hareket ettiğinde gerçek anlamını bulacaktır. Bundan dolayı savaşta toplumsal bir intikam ya da olabilecek güvenlik tehdidine karşı meşru kabul edilebilir. Bu sebeple her savaşın barış amacıyla olmasına özellikle dikkat çekmektedir (Ingram, 2019, s. 39).

Görüldüğü üzere doğal hukukun teolojik bir bakış açısıyla değerlendirilmesi aslında yüzyıllarca süregelen bir anlayış tarzı olarak kabul edilmiştir. Günümüzde bu anlayış tarzı, gerek doğal hukuka modern perspektiften bakan kesimlerce gerekse de hukuki pozitivizm savunucuları tarafından eleştirilse de ortaya konulan fikirler uluslararası hukukunda içeriğini de belirlemiştir. Genel manasıyla yaşam içerisindeki eylemlerin doğru mu ya da yanlış mı olduğu, bu eylemlerin değerlendirme ölçütünün ne olduğunu ve bu değerlendirme sonucunda cezasının ne olması gerektiğine ilişkin daha birçok sorunun cevabının metafizik bir kavramla ulaşılmaya çalışılması pek kabul edilebilir bir yorum değildir, ancak bu sorulara verilen

cevaplara bir süreç içerisinde, doğayı gözlemleyerek ve akıl yoluyla yasalara ulaşılması belki mutlak olana değil ama en doğru olana ulaşmak noktasında önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Dolayısıyla doğal hukuka teolojik bir anlam getirilse de içeriğinde doğanın ve aklın bulunması adalete ve eşitliğe ulaşabilme noktasında yeterli olacaktır.

1.2.2.2.5. Yakın Çağdan Günümüze “Doğal Hukuk”

Hukukun her çağda ortaya çıkan farklı sorunlara karşı yeni fikirler ortaya koyduğu su götürmez bir gerçektir. Bu durum neticesinde doğal hukuk da kimi zamanlarda çok radikal değişmelere ve dönüşmelere uğramıştır. Bundan dolayı modern anlamıyla doğal hukuk kuramları da böyle bir zorunluluktan ortaya çıkmıştır. Her ne kadar öyle gibi gözüксе de modern anlamıyla doğal hukuk, geleneksel doğal hukuka karşı bir karşı tez olarak ortaya çıkmamıştır. Aksine geleneksel doğal hukuk kuramlarını daha da geliştirmek amacıyla bazı prensiplerde değişiklik yapılmıştır. Kimi zaman bu yapılan değişiklikler doğal hukukun anlamına zarar verecek düzeyde kabul edilerek eleştirilse de özellikle ‘doğal hukukun amacı’ söz konusu olduğunda bir değişiklikten söz edilemez. Bilhassa reform hareketleriyle beraber matbaanın icadı sonucu yaşanan bilimsel ve felsefi birçok düşünce geniş kitlelere yayılmıştır. Martin Luther öncülüğünde başlatılan Protestanlık ahlâkının bir mezhep haline gelmesi ve yaygınlaşması beraberinde Hristiyanlığın dönüşüm hareketini başlatmıştır. Bu süreç doğal hukukun da seyrini değiştirmiştir. Bu yeni dönemde ortaya çıkan düşünce tarzlarından biri olan antropoloji alanı öncelikle insanı konu edinip, tarihsel ve toplumsal bir araştırma girişiminde bulunmuştur. İnsanın toplumsal alandaki yeri, önemi ve ilişkilerinin geçmişte nasıl olduğu ve bugün nasıl olması gerektiği gibi konular üzerinde durmuştur. Bunun sonucunda doğal hukukun da sınırları yeniden belirlenmiştir. Doğal hukukun, doğanın, hukuksal düzene karşı tezahür eden bir anlayıştan hareket etmek gerektiği öne sürülmüştür⁷.

15.yüzyılın ikinci yarısı ve 16. yüzyılın başlarında küresel ölçekteki reform hareketleri o zamana kadar kabul edilen birçok düşünce biçiminin değişmesine hatta yıkılmasına sebep olmuştur. Bu dönem Avrupalı olarak tanımlanan insan, Ortaçağın dinsel ve geleneksel değerlerin kendilerini geliştirmek ve daha iyi yaşamak için yeterli olmadığını anlamış ve

⁷ Martin Luther (1483-1546), Batı Hristiyanlığında, özellikle de Alman topraklarında, 16. Yüzyıl Protestan düşüncesinin en önde gelenlerinden kabul edilmektedir. Düşünceleri ve eylemleri ile genelde Avrupa’nın siyasi ve dini tarihinde, özelde Batı kilisesinde büyük bir değişiklik başlatmıştır. Bunun sonucunda, Katolik ve Ortodoks Kiliseleri yanında üçüncü Hristiyan Kilisesini, yani Protestanlığı ortaya çıkarmıştır. (Akbaş, 2017, s. 24)

onların yerine yeni değerler oluşturma çabası içine girmiştir. Buna göre toplumsal yaşamdaki hemen hemen her şeyin insan için ya da insandan dolayı olması gereklidir. Böylece artık Tanrı devleti yerine tekrar yeryüzü devleti, dinsel bir kozmoloji yerine fiziksel bir kozmoloji, insanın kul olarak görüldüğü bir toplum düzeni yerine insanın birey olarak kabul edildiği bir toplum düzeni öne sürülmeye başlanmıştır. Ortaçağ'ın Tanrı merkezli evren, toplum ve insan açıklaması yerine insan merkezli bir evren, toplum ve birey açıklamasını dile getirmektedir. Bu değişim yalnızca düşünsel bazda olmamıştır, aynı zamanda olgusal alanda da kendini göstermiştir. Dinde reformasyon hareketi ile Katolik mezhebinin katı ve değişmez din yorumu yerini Protestanlığın daha ılımlı yorumlarına bırakmıştır (Çüçen, 2006, s. 25-26). Özellikle Martin Luther'in öncülüğünde Hristiyanlık dünyasında yeni bir mezhep olarak çıkan Protestanlık ahlâkıyla beraber kiliseye duyulan güvenin azalmasına, sonraki dönemlerde ise ülke yönetimindeki etkisinin tamamen yok olmasına olanak sağlamıştır. Luther'in bu yeni anlayışı sadece kilise üzerinde değil, aynı zamanda bugün doğal hukukun da önemli bir kaynağı olan hümanizm akımının da kuramsal anlamda temellendirilmesine olanak sağlamıştır (Santillana, 2013). Bu durum neticesinde birçok devrim gerçekleşmiş, yeni düşünce tarzları ortaya çıkmış ve nihayetinde akla duyulan güvenin önünde ki birçok engel kaldırılmıştır.

16.yüzyılda yaşayan Hollandalı düşünür Hugo Grotius bu yeni düşünce şeklinin hukuksal yönünü belirleyen ilk isimlerden biri olmuştur. Grotius'un özellikle Ortaçağ dönemi sonrası, Ortaçağın kalıp yargılarının dışına çıkmayan ancak yumuşatan anlayışıyla ilk olarak doğal hukuka dair düşüncelerinde karşılaşılmalıdır. Grotius'a göre doğal hukuk, Ortaçağ savunucularının getirdikleri görüşten farklı olarak Tanrının doğal hukuka yön vermesi ve yasanın oluşturulması değil de Tanrının istemediği, yasakladığı hususları Tanrı istemediği için hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Yani bir yasa sorunlu ya da eksik olduğu için yasaklanmamaktadır, Tanrı onu daha önceden yasakladığı için yasaklanır. Grotius bu durumu şöyle özetlemektedir: *“Çünkü, tanrısal iradeye bağlı hukuk, birtakım şeyleri, niteliklerine bakarak buyurmakta ya da yasaklamakta değildir; birtakım şeyleri yasakladığı için bu şeyler hukuka aykırı, buyurduğu için de bunlara uymak zorunlu kılınmıştır”* (Grotius, 2011, s. 33). Buna göre yasalar, Tanrı buyurduğu için değildir, bilakis, insan doğasına uygun olduğu için belli bir nitelik kazanmaktadırlar. Bu anlamda Tanrı doğası gereği insan için en uygun olanı emir olarak buyurur ve yasa olur. Dolayısıyla doğal hukukun içeriği ile Tanrı'nın emir ya da yasakları arasında sıkı bir bağlantı vardır (Yeşilçayır, 2020, s. 246). Buna göre Tanrı, her ne

kadar doğal hukukun içeriği hususunda belirleyici gibi görünse de insanın aklının daha çok ön plana çıktığı görülmektedir. Bunun sebebi doğal hukuka, uygunluğun ölçütü aklın doğru muhakeme yapması ile sağlanacak bir durum olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu anlamda Grotius'un doğal hukuk anlayışında Tanrısallık tamamen bir kenara bırakılmış değildir. Ancak Ortaçağda olduğu gibi de ön planda tutulmamıştır. Grotius için bütün insanlarda ortak olan akıl merkezde olup, Tanrı daha önceden belirlenmiş bir yasa koyucu olarak, belirlenen kuralların kaynağıdır. Dikkat edileceği üzere bu dönem itibarıyla doğal hukuk anlayışında Tanrı unsuruna ikinci planda yer verildiği görülür. Dolayısıyla doğal hukukun temellendirilmesi ve anlaşılması bağlamında bütün insanlarda ortak olan aklın merkeze alındığı görülür.

17. yüzyıla gelindiğinde ise, önemli siyaset felsefecisi Hobbes'a göre devlet yapay bir kurum olarak en temelde toplumsal güvenliği inşa etmek amacıyla ortaya çıkar. Güvenliğin sağlanabilmesinin de yolu her şeyden önce toplumun belirlediği otoriteye karşı itaat edilmesidir. Bunun sonucundan otoriter olan egemen olacaktır. Egemen ise devamlılığını mutlak suretle sağlayabilmek için düzeni kuracaktır.

Bu kuruluşun amacı, bütün herkesin barışı ve savunulması olduğu ve bu amaca ulaşmaya hakkı olanın ona ulaşmaya yarayan araçları kullanmaya da hakkı olduğu için; hem barış ve savunma araçları hem de barış savunma önünde ki engeller ve sorunlar hakkında karar vermek hakkı ve hem, önceden, yurt içinde uyumsuzluğu ve yurt dışında düşmanlığı önlemek süratiyle barış ve güvenliğin korunması için; hem de barış ve güvenlik kaybolduğu vakit, bunların yeniden tesis edilmesi için yapılmasını gerekli göreceği her şeyi yapmak hakkı, egemenliği elinde bulunduran kişiye ve heyete aittir (Hobbes, 2007, s. 134).

İşte bu amaç Hobbes için toplumsal güvenliğin ve düzenin yegâne yoludur. Egemen bu amaçla yasa yapıcı ve aynı zamanda yasayı düzenleyen ve değiştirilmesi gerektiğinde değiştiren bir konuma sahiptir. Hobbes için bu durum hukuk zemininde düşünüldüğünde de benzer şekliyle her toplum için genel-geçer yasaları değil, aksine toplumlarda ki söz konusu yöneticilerin toplumsal koşullara göre hukuksal bir düzen oluşturmasını gerektirir. Egemen bir temsilci olarak hukuksal düzeni sağlarken öncelikli olarak yasayı oluşturması için bir heyet ve daha sonrasında ise o yasayı anlamına uygun bir şekilde uygulaması noktasında

yargıçlar görevlendirir. Hobbes’a göre yasayı uygulayan yargıca çok ciddi görevler düşmektedir. Bunun sebebi doğal hukuktan farklı olarak insan eliyle yapılan yasalarda her tek durum için adalet yargısı farklılık gösterebilmektedir. Söz gelimi bir insanın hırsızlıkla suçlanması düşünüldüğünde bu kişinin bütün mallarına devlet tarafından el konulup daha sonrasında da herhangi bir cezai yaptırıma mahkûm edilmesi sonucu suçsuz olduğuna dair kanıtların ortaya çıkması kişide telafi edilemeyecek bir mağduriyet yaratabilecektir. Bunun aksine hırsızlık yapan başka bir kişinin suçunun ispat edilmesi düşünüldüğünde, bu kişinin de benzer uygulamalara maruz kaması ortada çok ciddi bir adaletsizlik yaratabilecektir. Bundan dolayı Hobbes için bu iki olaya da yüzeysel bakılıp, salt yasalar üzerinden değerlendirmeler yapılması adalet ve eşitlik adına büyük bir yanlışlık olacaktır. Bundan dolayı yargıcın var olan yasayı her tek durum için ayrı değerlendirmesi ve bu ekseninde yargı vermesi gerekmektedir (Hobbes, 2007, s. 199-200).

“İyi bir yasa yorumcusunda, yani iyi bir yargıçta, aranan nitelikler, bir avukatta aranan niteliklerle, yani hukuk bilgisiyle, aynı değildir. Bir yargıç, gerçeği sadece tanıklardan, hukuku da, sadece, iddia ve savunmada belirtilen veya onları ilan etmek için egemen güçten yetki almış olanlar tarafından kendisine bildirilmiş olan egemenin yasaları ve kararnamelerinden öğrenmeli ve neye karar vereceğini önceden düşünmemelidir; çünkü olayla ilgili olarak ne diyeceği, tanıkların ne diyeceklerine bağlıdır; hukuksal açıdan ne diyeceği ise, onu maruzatlarında gösterip konuya göre yetkiyle yorumlayacak olanlardan gelir” (Hobbes, 2007, s. 200).

Hobbes, her ne kadar insan yapımı yasaların, hukukun içeriğini şekillendirdiğine yönelik bir görüş öne sürse de yine de doğal hukukun, hukuki pozitivizmin cevap bulamadığı kimi sorunlara çözüm olacağını söyler.⁸ Buna göre tanrının yasalarıyla, insanın ortaya koyduğu yasalar nitelik ve nicelik olarak farklılıkları sebebiyle aynı kategori içerisinde değerlendirilmezler. Hobbes’a göre doğal hukukun bir yansıması olarak ortaya çıkan Tanrı yasaları nitelik ve nicelik olarak beşeri kurallara göre, zaman ve yer bakımından sınırlı bir yapıya sahiptir. Yasalar her yerde ve her çağda geçerliliğini koruyacaktır. İşte bu durum, Hobbes’a göre, hukuki pozitivizmin eksik kaldığı en önemli husustur. Bundan dolayı her ne

⁸ Hobbes, modern dönemde ki hukuki pozitivistlerin yaptığı gibi keskin bir fikir ortaya koymaz. Buna göre doğal hukukta, insanın ortaya koyduğu yasaların içeriğini oluştururken önemli bir etkiye sahiptir.

kadar hukuki pozitivizm, hukukun içeriğini belirleme noktasında daha belirleyici gibi görünse de aslında doğal hukukun zorunlu olarak hukuki pozitivizme bir temel oluşturduğu söylenebilir. Doğal hukukun içeriğinin insanın ortaya koyduğu yasaların gerisinde kalmasının nedeni ise, Tanrı yasalarının her toplum için geçerliliği olmasından farklı olarak insanın yasalarının belirli bir toplumu ve o toplumun kültürel yapısını; örflerini ve adetlerini göz önünde bulundurarak hareket edilmesi gerektiğiyle ilgilidir.

Egemen meşruiyetini korumak adına her şeyden önce bir yasa yapıcıya ihtiyaç duyar. Bu yasa yapıcı o döneme kadar bilindiği şekliyle bir toplumun değer yargılarını göz önünde bulundurarak yasanın içeriğini oluşturur. Dolayısıyla bu yasa her şeyden önce bir yerellik içermektedir. Bunun en önemli sebebi yasa yapıcı ortaya çıkabilecek herhangi bir hukuksal soruna karşı bir öngörü geliştirecek ve yasaya dahil edecektir. Bunun neticesinde ise ortaya çıkabilecek sorunlara karşı yasalar daha açık bir yol gösterici olabileceklerdir. Eğer bu yasa aksine doğal hukuk gibi genel-geçer yasalara göre hareket ederse ve ilkelerini buradan alırsa çok büyük bir bilgi yetersizliği içine girecektir.

Bir yargıcın hükmü, kendisini veya bir başka yargıcı, daha sonraki benzer davalarda benzer hükümler vermeye bağlamaz. Çünkü, muhakemesinde asla yanılmayacak hiçbir yargıç veya egemen yoktur; daha sonraki benzer bir davada, zıt yönde bir karar vermeyi adalete daha uygun bulursa, o şekilde davranmak zorundadır. Hiç kimsenin yanlışı onun kendi yasası olamaz ve o kimseyi de o yanlışa ısrar etmeye mecbur kılmaz. Aynı nedenle, o yanlışı, diğer yargıçlar için de bir yasa değildir. Çünkü, değişebilir yasalarda egemenin yetkisine dayanarak verilmiş yanlışı bir karar, eğer egemen onu biliyor ve ona müsaade ediyorsa da, en küçük ayrıntının bile aynı olduğu davalarda yeni bir kararın temeli olsa da; doğa yasaları gibi değişmeyen yasalar bakımından, daha sonraki benzer davalarda aynı veya başka yargıçlar için yasa değildir. Krallar gelir geçer; bir yargıç gider, diğeri gelir; hatta, yer ve gök bile gidicidir; fakat doğal hukukun en küçük parçası bile her zaman geçerli olacaktır; çünkü o. Tanrı'nın ebedi hukukudur (Hobbes, 2007, s. 197).

Hobbes'un doğal hukuka dair fikirleri bu ekseninde düşünüldüğünde bir yere kadar eleştiri daha sonrasında ise gereklilik yükleyerek farklı bir perspektif kazandırdığı görülür. Bu bakış açısından anlaşılması gereken asıl şey, Hobbes'un hem doğal hukuka zorunlu olarak

bir gereklilik atfettiği, hem de günlük bazı problemlere yönelik insanların kendi kendilerine bir yasa oluşturmalarına dair husustur. Dolayısıyla Hobbes insan eliyle oluşturulan yasaları ne kadar geniş bir açıdan değerlendirmiş olsa da bu yasaları doğal hukuktan bağımsız düşünmek olanaksızdır. Hobbes'un hukuki pozitivizme dair ortaya attığı görüşler kavramsal olarak değilse de içerik olarak modern dönemde ki hukuki pozitivizmin içeriğine bir kaynak oluşturur. Bunun sebebi hukuki pozitivizmin, modern dönemin bir ürünü olmasından ileri gelmektedir. Her ne kadar içeriğinde ki bazı hususların 17. yüzyıl düşüncesinde hatta Antik Yunan dönemine kadar uzandığı bilinse de, kuramsal bir niteliğe ancak 18. yüzyıl döneminde sahip olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle hukuki pozitivizm modern devletin geliştiği döneme aittir.

Bu durumu özellikle doğa durumu tasviri yapan siyaset felsefecilerinin kuramları içerisinde görebilmek mümkündür. İngiliz filozof John Locke bütün insanları sahip olması gereken temel yaşam ve mülkiyet hakkını savunurken, yasanın mutlak süratle doğal hukuk geleneğinden oluşturulması gerektiğinin altını çiziyordu. Bu hakların temel amacının hükümetlere bir yol gösterici; buradan hareketle de kamunun yararına işleyeceğini ve mülkün korunmasını sağlayacaktı (Locke, 2018, s. 193). Yine benzer şekilde bir başka doğa durumu tasviri yapan Cenevreli filozof Jean-Jacques Rousseau'da *Toplum Sözleşmesi* adlı eserinde Locke gibi o da doğal hukukun insanlığın bazı değer yargılarını ihlal eden ve temel imkanları olmayanları geçimini sürdürme hakkından mahrum bırakan her tür özel mülkiyetin meşruiyetine karşı çıkmaktadır. Rousseau bu karşı çıkışına toplumun kolektif bir bilinç içerisinde ortak, bir yasa oluşturma ile çözüm üretir. İnsan doğa durumu hali içerisinde bazı kötü duygularıyla hareket eder. Daha sonrasında bu durum toplum içerisinde yaşayan herkese zarar verir. Dolayısıyla toplum kendi aklıyla bir sözleşme ortaya koyar. Aynı zamanda toplum oluşturduğu bu sisteme tabiidir. Yasayı oluşturan da toplumdur, tabii olan da yine o toplumdur. Bu haliyle doğal yaşama halinden toplum düzenine geçiş, insanda çok önemli bir değişiklik yapar: Davranışındaki duyguların ya da içgüdülerinin yerine adaleti koyar, daha önce yoksun olduğu değer yargılarını kazanır. O güne kadar sadece kendini düşünen insan artık toplumsal bir bilince sahip olur ve ilkesel olarak hareket eder. Bunun bir sonucu olarak ilkesel hareket etmek, bir yargı bildirmeden önce aklı kullanmanın gerekliliğini sağlar. Bu bakış açısından hareketle Rousseau toplum sözleşmesinin ortak bir yasa olmasının yanında bu yasaların ilkelerden meydana geldiğini öne sürmüştür (Rousseau, 2018, s. 18). Netice itibarıyla bu tasvirler bir yandan insanın antropolojik durumunu ortaya koyarken bir yandan

da toplumsal alandaki yerini göstermektedir. Bu da o dönem orta çağın karanlık düşüncesine hapsolan doğal hukukun aslında kaynağının ne olması gerektiğini gözler önüne sermiştir.

18. yüzyılda ise birçok alanda olduğu gibi felsefede de artık dinin hükümleriyle bağdaşan bir anlayışın değil de özgür düşünce tarzının yerleşmesiyle karşılaşılır. Dolayısıyla bu süreçten sonra Tanrı kavramı hukukun içeriğinden tamamen çıkarılmış, ortaya atılana her yeni fikrin rasyonel bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu çağın akıl çağı olarak kabul edilmesiyle beraber birçok düşünce tarzlarında ‘aydınlanma’ yaşanmıştır.

Aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür; bunun nedenini de aklın kendisinde değil, fakat aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır Sapere Aude! Aklını kendin kullanmak cesaretini göster! Sözü şimdi Aydınlanmanın parolası olmaktadır (Kant, 2000, s. 17).

Bu anlayış Avrupa’nın ve daha sonra dünyanın birçok yerinin düşünce tarzını değiştirdiği haliyle doğal hukukun içeriğinin de yeniden şekillenmesine olanak sağladı. Bu süreçten sonra artık doğal hukuk dinsel dogmaların güdümünden çıkmıştır. Ortaya çıkan bu boşluğu ise aydınlanma döneminin önemli düşünsel ürünü olarak kabul edilen etik almıştır. Devletin içini dolduran ve hükümetlerce belirlenen yasaların, kuralların, yapılması uygun görülmeyen şeylerin kaynağı artık Tanrı ya da dinsel açıklamalarla değil, akıldan zorunlu olarak çıkarılan etik ilkelerle açıklanmıştır.

Bu bağlamda en çok katkı sağladığını söyleyebileceğimiz düşünür ise 18. Yüzyılın aydınlanmacı düşünürlerinin en önemlisi olarak kabul edebileceğimiz Immanuel Kant’tır. *Saf Aklın Kritiği*’nde yeniden hukuk felsefesini inşa eden Kant, doğal hukuk derslerini dinleyerek ve anlatarak hukuk felsefesine ilişkin fikirlerini oluşturmuş ve geliştirmiştir. Kant, aynı zamanda bir aydınlanma düşünürü olarak, insanlığın ilerlemesi fikrini de hukuk felsefesi düşünceleriyle ilişkilendirmiş *Dünya Vatandaşlığı Amacında Bir Genel Tarih İdesi* çalışmasında hem hukuk hem de tarihle ilgili düşüncelerini kaleme almıştır. Benzer biçimde Kant’ın *Ebedi Barış* üzerine yazısı da onun hukuk öğretisinin temellerini bulmamız ve

“hukuk” ile “doğal hukuk” hakkındaki düşüncelerini ortaya koyabilmemiz bakımından önemlidir. Kant’ı Aydınlanmacı bir doğal hukukçu olarak düşünmemizi sağlayan bu yapıtlarda Kant’ın hukuk kuramının etik kuramıyla nasıl temellendirildiğini, hukukun etikle olan bağı ve neden doğal hukukun pozitif hukuku öncelemesi gerektiğinin izlerini bulmak mümkündür. “Kant’ta günümüz hukuk sistemlerinin en önemli kurucu ilkesi olarak insan onuru kavramını, insanın salt bir araca indirgenip araçsallaştırmasının yasaklanmasını bulmaktayız” (Kant, 2022, s.18). Kant’ın ebedi barış için, bireysel özgürlükler için devletin fiili ve ahlaki görevlerini belirlemekle birlikte, hukukun da pozitif hukuk olarak nasıl bir doğal hukuk anlayışına dayanması gerektiğinin sınırlarını çizdiğini bu dönemki yapıtlarında okumaktayız.

Kant’ın vicadana dayandırmanın olanaksız olduğunu düşündüğü hukuk kuramında, hukuk ile etik ayrımını yaptığını ve geniş bir yükümlülükler alanını kapsayan etikte bağlayıcılığın da hukuktan çok daha geniş olduğunu söylediğini görmekteyiz. Hegel’in eleştirdiği gibi özden yoksun olmayan bir hukuk ve devlet anlayışına sahip olan Kant, “kategorik imperatifin hukuk ve devlet bağlamında evrensel bir hukuk ve devlet etiği yaratmış, bu etikten de insan hakları ilkesini genişletip, münferit devletlerin (günümüz açısından milli devletlerin) hukuk düzenleri yerine, devletlerarası hukuk düzeni, hatta küresel hukuk düzeni görüşlerini dile getirmiştir” (Kant, 2022, s. 18).

Doğal hukukun değişmez ilkelerinin pozitif hukukun yasa koyucusuna verilmesi gerektiğini düşünen Kant’a göre hukuk, “birinin seçimiyle diğer birinin seçiminin, özgürlüğün genel yasaları altında birleştirebildiği bir koşullar sistemidir” (Kant, 2002, s. 70). Bu bağlamda, yasakoyucu, hem pozitif hukukun temelinde doğal hukukun ilkeleri olduğunu görmeli hem de seçimler ve tercihler söz konusu olduğunda kişilerin özgürlüğünün genel yasalarla korunumu sağlamalıdır. Burada yasa, eylemi ödeve dönüştüren objektif bir yasa olmalı ve eylemi belirleyen itkinin neye dayandığı hesaba katılmalıdır.

“Bir eylemi ödev yapan ve bu ödevi aynı zamanda itki yapan şey etikdir. Fakat sonuncuyu yasanın içine dahil etmeyen, böylece ödev idesinden diğer bir itkiye kendisi izin veren şey hukukidir. (...) Bir eylemin yasayla, yasanın itkisine bakılmaksızın salt uygunluğu ve uygun olmamasına *legalite* (yasaya uygunluk) adı verilir; fakat uygunluk yasadan doğan ödev idesiyle aynı zamanda eylemin itkisiyse, *moralite* (ahlakilik) olarak isimlendirilir” (Kant, 2022, s. 60). Kant burada hukuki yasa koyucu ile etik yasa koyucunun sınırlarını

çizmek ister. Etik yasa koyucu için içsel eylemlerden ve aynı zamanda tam anlamıyla dışarıda tutulmayan dışsal eylemlerin varlığından da söz edilirken, hukuki yasa koyucu için yalnızca dışsal eylemlerden söz edilmektedir. Ancak tüm ödevler, sadece ödevdir ve etikle ilgilidir. Etiğin her ne kadar kendine özgü ödevleri olsa da, hukukla da ortak ödevleri içerir, fakat yükümlülük türleri arasında fark vardır. “Birinin vaadini tutması erdem ödevi değil, bunun yerine o kişinin ifasına zorlanabilen hukuki ödevdir. Fakat zorlamanın yapılamayacağı bir yerde, bunu yapmak da erdemli bir eylemdir (erdemın kanıtıdır). Hukuk öğretisi ve erdem öğretisi bu nedenle birbirlerinden ödevlerinden daha çok, yasa koyucularının farklılıklarından dolayı ayrılır, yasa koyucu şu ya da bu itkinin yasayla bağlantısını kurar” (Kant, 2022, s. 61). Böylelikle Kant, dışsal yasa koyucunun olanaklı olduğu bir hukuk öğretilerinden ya da pozitif hukukun olanağından söz ederken, bu olanağın ön koşulu olarak da doğal hukukun ilkelerine dayalı olması gerekliliğini, erdem ödevlerine ve erdem yükümlülüğüne tabi olması gerekliliğiyle ilişkilendirmektedir.

Özellikle modern dönemdeki bazı çevrelerce, hukuk, doğal hukuktan ziyade hukuki pozitivizm olarak kabul edilmek ve etik temelleri olduğu düşüncesinden uzaklaştırılmak istenmiştir. Kimi hukuki pozitivizm savunucularının, kendi teorilerini ‘doğal hukuk’ değil de ‘hukuki pozitivizm’ yapan şey her ne ise, onu devam ettirerek ele almaya ya da açıklamaya çalışmışlardır (Bix, 2004, s. 337). Yani doğal hukukun modern görünümünün aslında hukuki pozitivizme karşılık geldiği savunulmuştur. Bundan dolayı, doğal hukuk kuramının, diğer büyük hukuk kuramı akımından, yani hukukî pozitivizmden, net bir şekilde ayırmak ve sınırlarını belirlemek gereklidir. Bu hususa diğer bölümde ayrıntılı bir şekilde değinilecektir. Burada dikkat çekilen temel mesele hukukta etik normların rolüyle ilgili olarak hukuki pozitivizm içerisindeki tartışma ve buradan hareketle doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki anlam farklılıklarıdır. Hukuki pozitivizm her ne kadar siyasi bazı figürlerin gözetiminde etik ilkelerle donatılmış gibi gözükse de; aslında o söz konusu ilkelerin, siyasi figürlerin kişisel menfaatlerine göre şekillendiği çok açık bir şekilde söylenebilir. Bunun aksine doğal hukuku modern anlamıyla yorumlayan bazı kesimler ise, yasaların hiçbir çıkar ve beklenti gözetmeksizin her koşulda ve şartta etik kuralları içermesi gerekliliğini özellikle altını çizmektedir. Bu ayrım günümüzde hukukun içeriğindeki bazı yasaları araçsallaştıranlar düşünüldüğünde oldukça hayati önem taşımaktadır. Dünya tarihi şöyle bir incelendiğinde özellikle kimi ülkelerdeki iktidarlar tarafınca kullanılan hukuksal düzen kelimesinin tam anlamıyla ayaklar altına düşmüştür. Bundan dolayıdır ki hala Ortadoğu ülkeleri başta olmak

üzere çok ciddi hukuki sorunlar baş göstermektedir. Başta adalet ve eşitliğin olmadığı, her şeyin belirli formalitelere göre yapıldığı, mahkeme salonlarının dışında yargı verilen birçok davanın görüldüğü durumlara şahit olunmaktadır. Bu yüzden doğal hukukun modern görünümünü açığa çıkarmak ve ne olduğunu açıklamak pratik hayattaki bu sorunlara çözüm oluşturabilecektir.

19.yüzyıl dönemi ise tarihsel açıdan incelendiğinde Fransız Devrimi ve sonrasında sanayileşme süreci birçok yeni düşünce modellerinin oluşmasına önayak olmuştur. Bu düşünce modellerinin neredeyse tamamı siyasi bir politika aracı haline gelmiş en nihayetinde siyasetçilerin kişisel ya da ideolojileri uğruna kullanılmışlardır. Kapitalizm de bu atmosferde ortaya çıkmıştır. Sanayileşme sonrası birçok ülke toplumunu belirli bir sistemin parçası yapmayı hedefleyen ve buradan hareketle tek tek bireylere belirli görevler atfeden yaşamak için bu görevlere itaat etmeyi mecbur bırakan bir anlayışla hareket etmiştir. Bu görüş sonraki yıllarda da giderek artan bir kitleye ulaşmasıyla beraber öyle vazgeçilmez bir hale dönüşmüştür ki siyasi kurumlar bu yapıyı korumak adına her türlü değeri bu yapı uğruna yıkmıştır. İşte modern dönemin bir ürünü olan hukuki pozitivizmde böyle bir alt yapıyla ortaya çıkmıştır. Özellikle Eskiçağdan, Orta Çağa kadar uzanan dönemde adalet adı altında yapılan birçok çaba bu dönem yerini siyasi kurumların çıkarlarını, kapitalizmin bir sistem olarak korunmasına bırakmıştır. O zamana kadar özellikle doğal hukukun önemli bir parçası olan ahlâki kimi değer yargıları artık hukuksal zeminde devre dışı bırakılmıştır. Bu durum ise gelecek dönemde yaşanacak birçok etik ilkelerin ihlaline sebep olacaktır.

19. yüzyıl Alman düşünürlerinden özellikle Hegel, diyalektik doğal hukuk kuramında pozitivist ve idealist hukuk kuramlarını yaşamı ve yaşayan tarihi göz ardı etmekle suçlar. Hegel, Almanya'nın devlet ve siyaset felsefesi, dolayısıyla hukuk felsefesi üzerinde büyük etkiler yaratmıştır. Hegel'in hukuk felsefesi ile devlet kavramının içeriği, o dönemdeki diğer Kıta Avrupası ülkelerindekinden daha farklı bir anlam kazanmıştır. Hegel, bir hukuki pozitivist değildir, ancak onun devlet ve hukuk felsefesi hukuki pozitivizme önemli katkılar sağlamaktadır. Hegel, ahlak ve hukuku pratik alanda birbiriyle ilişkilendirerek, aralarındaki farkın soyut kuramlar düzeyinde olduğunu düşünür. Ahlak, kendi irademizle sorumluluğunu aldığımız ödevleri içerirken, hukuk genellikle bizim isteğimiz dışında bize yüklenen hak ve ödevleri belirler. Bu sebeple ahlak ve hukuk kimi zaman birbirine ters düşseler de hukuk,

başkalarının özgürlüğünü ihlal etmeyeceğimiz şekilde bizi sınırlandıran ve özgür eylem alanı sunan bir ortamı bize sunacak olandır.

Hegel hukuku, “ide olarak özgürlük” diye tanımlar (Hegel, 1991, s. 29) . Hegel’e göre özgür iradeye sahip bir varlık olmanın ön koşulu, bir özbilinç varlığı olduğunun farkında olmak ve diğerini de özbilinç varlığı olarak kabul etmek, tanımaktır. Hegel’e göre, “şahsiyet her şeyden önce, özünde hukuki ehliyet içerir ve somut ve dolayısıyla formel hukukun temelini oluşturur. O halde, hukukun emri şudur; bir kişi ol ve başkalarını da kişi olarak gör ve say” (Hegel, 1991, s. 69) olmalıdır. Buradan hareketle, Hegel’de, en genel anlamda hukuk, iradenin özgürleştiği tinsel bir dünyadır. Bu özgürleşme sürecinin ilk aşaması soyut hukuktur. Soyut hukuk, dar anlamda hukuktur ve Hegel’in ifadesiyle “bir şiddet hukukudur” (Hegel, 1991, s. 94), özel menfaatler gözetilmez. Soyut hukukta kalındığı sürece haksızlığın ortadan kaldırılması olanaklı olmayacağından ihtiyaç duyulan subjektif ahlaklılıktır. Subjektif ahlaklılık, “...her türlü subjektif menfaatten, her türlü subjektif formdan ve rastgele kuvvet kullanımından arınmış bir adalet; ölç almayan, fakat cezalandıran bir adalet istemek demektir. Bu, bütün özelliğine ve subjektifliğine rağmen, evrenseli sırf evrenselliği için isteyen bir iradenin varlığını istemektir” (Hegel, 1991, s.103). Hukuku “ide olarak özgürlük” diye tanımlayan Hegel için özgürlük kendini, ilk aşamada, soyut hukuk olarak, sonra da şahsiyet ve empirik varlık olarak ortaya koyar. Burada subjektif ahlaklılık aşaması, “kendilik bilincinin kendine dönük düşüncesinde iyilik olarak” (Hegel, 1991, s.141) ortaya koyulur. Son aşama ise objektif ahlaklılık aşamasıdır ve kendiliğinde ve kendisi-için irade, yani özgürlük idesi olarak ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda, özgürlük, ancak objektif ahlaklılıkta, kavramına uygun bir mevcudiyeti kazanır (Hegel, 1991, s. 152). Bireyler de ancak böyle bir objektif ahlaki realiteye mensup olduklarında, subjektif olarak özgürlüğe erişme haklarını tatmin ederler.

Hukukun, kanun biçiminde mevcudiyet kazanmasıyla birlikte bağımsızlaştığını düşünen Hegel’e göre, hukukun, “kendisini evrensel bir şey olarak kabul ettirmek onun tabiatı gereğidir” (Hegel, 1991, s.219). Hukuk ve ahlak birbirini tamamlar. Hegel, bir yandan doğal hukuk kuramının kazanımlarını sahiplenirken, diğer yandan onun, hukuk düşüncesinin gelişmesine paralel olarak gerçekleştirmediği bazı önemli ihtiyaç ve ilkelere dikkati çekerek, hukuk felsefesinin gelişimine önemli katkılarda bulunur.

2. BÖLÜM

2. HUKUK VE POZİTİF HUKUK İLİŞKİSİ: HART VE KELSEN

Hukuki pozitivismi ve onun gerek doğal hukuka yönelik eleştirilerini gerekse de kendini hukuki pozitivist olarak adlandıran çeşitli düşünürleri doğru anlayabilmek için her şeyden önce hukuki pozitivism anlayışının terminolojik kökünü irdelemek yerinde olacaktır. Bu anlamda öncelikle “pozitivism” kavramının ne zaman ortaya çıktığını, genel manasıyla anlamının ne olduğunu ortaya koyduktan sonra hukukta ki yansımasını değerlendirmek daha doğru bir bakış açısı olacaktır. Kökeni Antik Yunan Sofistleri ve 3.yüzyıl düşünürü Sextus Empiricus’a kadar uzanan “Pozitivism” 19. yüzyılda Auguste Comte tarafından sistemli bir hale getirilmiştir. İngilizce *positivism*, Fransızca *positivisme*, Almanca *positivismus* olan pozitivismin kökenine indiğimizde, pozitif kelimesinden türediğini görülmektedir. “Ponere” fiilinden türemiş olan *positivism* sözcüğü, Latince “vaz etmek, göz önüne yerleştirmek, öne koymak ve karşıya koymak” (Cevizci, 2010, s. 1289-90) anlamlarına gelmektedir.

19.yüzyıl döneminde küresel ölçekte yaşanan düşünsel anlamdaki birçok değişim ve dönüşüm bazı akımların ve yeni düşünce tarzlarının önünü açmıştır. Bunlardan en önde geleni ise pozitivism olmuştur. Başta Fransa olmak üzere, İngiltere ve Almanya’da Aydınlanma, Fransız devrimi ve sanayi devriminin yol açtığı bir toplumsal kargaşa yaşanmıştır. Bu toplumsal kargaşanın nedeni, toplum üzerindeki etkisinden dolayı din gösterilmiştir. Dolayısıyla bu toplumsal değişime yeni yöntemlerle yön verilmesi gerektiği düşüncesiyle başta Auguste Comte olmak üzere, çoğu olgucu maddeci düşünür buna pozitif esaslara göre yön vermek istemişlerdir (Ballıkaya, 2015, s. 88-89).

Auguste Comte, pozitivism ile Tanrı kanunlarını ortadan kaldırarak, yerine doğa yasalarını koymuştur. Ancak burada özellikle belirtilmesi gereken bir husus vardır. Günümüzde çok daha sık kullanılan ve Comte’un da işaret ettiği doğa yasası tarihi çok daha geçmiş dönemlere dayanan doğal hukuk fikriyle aynı anlama gelmektedir. Burada doğal hukuk ya da doğa yasası fikrinin Comte’un pozitivism anlayışıyla çeliştiği görülebilir ancak unutulmamalıdır ki ilkçağ da ve daha sonra Ortaçağ’a kadar uzanan bir dönemde doğa yasasıyla tanrı yasası aynı anlama gelmekteydi. Bundan dolayı Comte’un doğa yasası ile işaret ettiği asıl mesele bu anlayışının olgularla yani pozitivism ile besleniyor olmasındadır.

Pozitivizm, ampirik bilimlere bir metodoloji getirirken, metafizik ile bilim arasına çok yüksek soyut bir nitelik taşıdıkları için, deney yoluyla çözülemeyeceğinden kesin sınırlar koyar. Öyle ki, pozitivistler için, somut olmayan Tanrısal ve metafizik öğeler pozitivizmin dışında tutulmalıdır (Comte, 2001, s. 41). Haliyle toplumsal ve sosyal alanın vazgeçilmez bir parçası olan hukukta bu düşünce modelinden ciddi şekilde etkilenmiştir. Bu bağlamda pozitivizmin hukuka olana etkisinin doğal hukukun içeriğiyle ters düşmesi ve bunun sonucunda adaletin, eşitliğin anlamının değiştirilme riskiyle karşı karşıya kalınmıştır. Buna rağmen birçok düşünür hukuki pozitivizmin doğal hukuka daha iyi bir alternatif sunduğunu savunmuştur.

H.L.A. Hart (1907-1992) işte bu isimlerin en başında gelen bir hukuki pozitivizm savunucusudur. Hart'ın düşüncelerinin temeline yerleştirdiği düşünce doğal hukukun önemli bir kaynağı olarak kabul edilen ahlâkın ilkelerinin içeriğinin hukukun içeriği olamayacağını öne sürmüştür. Diğer önemli hukuki pozitivizm savunucusu ise Hans Kelsen (1881-1973)'dir. Kelsen'de Hart'ın düşüncesinde olduğu gibi doğal hukuk eleştirisi ile temellendirmeler yapmaktadır. Buna göre yüzyıllar boyu doğal hukuk savunucuları inançlar ve idealler üzerine yasalar ortaya koymuşlardır. Bu yapılırken ahlaki değer yargılarından yararlanılmıştır. Oysaki Kelsen'e göre hukuk bir bilim olarak değerlendirilmeli ve dolayısıyla olgulardan hareket etmelidir.

Modern hukuk kuramlarının savunucularının hukuki pozitivizmi böyle bir yöntemle yoğun şekilde kuramsallaştırmaya çalışmasına rağmen, doğal hukukun da etkisi tamamen kaybedilmiş değildir. Bu anlamda daha güncel ve daha iyi temellendirilen tezahürleriyle doğal hukuk savunucuları da o dönem etkisini göstermiştir. Bu görüşün en sık göze çarpan ismi ise Ronald Dworkin (1931-2013)'dir. Dworkin'e göre doğal hukuk yüzyıllar önce kabul edilen zaman sonralığı gereği dün nasıl hukuka bir yöntem olduysa bugünde ve yarında aynı şekilde yöntem olmayı sürdürecektir. Burada en dikkat çeken husus ise katı hukuki pozitivizm savunucularına rağmen doğal hukuk anlayışının varlığını bir şekilde koruması olmuştur. Bunun ana sebebi hukukun etikle olan ilişkisinden kaynaklandığı su götürmez bir gerçektir. Dolayısıyla bir etik ilkeler silsilesi olan hukuk sistemine bu açıdan yaklaşmak oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Bu anlamda etik söz konusu olduğundan felsefi temellerini anlamlandırmak açısından Kant'ın evrensel yasa formülüne değinmek gerekli olacaktır.

Buna göre öncelikle hukuki pozitivizmin neden doğal hukuka bir alternatif olmadığı ve olamayacağı sorgulamak daha sonrasında ise Hart'ın ve Kelsen'in tezlerinin Kant ekseninde değerlendirilmesi yapmak ve etik bir ilkeler sistemi olan doğal hukukun gerekliliği vurgulamak bu tezin amacına ulaşma noktasında bir yöntem olarak kullanılacaktır.

2.1. Hukuki Pozitivizm Kavramının Sınırları

Yakın tarihe şöyle bir bakıldığında, şu açık olarak söylenebilir ki modern hukuk teorilerinin hareket noktası pozitivizm düşüncesi olmuştur. Dolayısıyla hukuki pozitivizmin düşünsel temeli de pozitivizm olmuştur.⁹ *Pozitivizm terimi, konulmuş ve belirlenmiş hukuku ifade eden Latince positum kelimesinden türemiştir. Hukuki pozitivizmin özü, kabaca, herhangi bir kanunun geçerliliğinin objektif olarak doğrulanabilir bir kaynağa kadar takip edilebilir olduğu görüşüdür. Basitçe söylemek gerekirse, hukuki pozitivizm, bilimsel pozitivizm gibi, doğal hukukçular tarafından benimsenen hukukun insanların yaptığı yasalardan bağımsız olarak var olduğu görüşünü reddeder* (Wacks, 2018, s. 61). Bu bağlamda hukuki pozitivizm düşüncesi sonraki dönemlerde öyle etkili bir konuma gelmiştir ki modern hukuk teorilerinin en önde gelen düşünce okulu olmuştur.

Hiç şüphesiz doğal hukuk düşüncesinin karşısında yer alan hukuki pozitivizm kuramı doğal hukuktan sora en önde gelen modern hukuk düşüncesi olmuştur. Bunun en önemli sebebi belirttiği gibi doğal hukukun karşısında yer alması dolayısıyla savunucuları tarafından daha iyi bir alternatif olmasından kaynaklanmaktadır. Bu düşünce modeli doğal hukuk düşüncesini hiçbir zaman yadsımamaktadır. Sadece doğal hukukun içeriğinin değiştirilmesi bu bağlamda günün şartlarına, toplumların yapısına göre farklılık göstereceğinden mutlak bir evrensellik yerine norm koyucu olarak doğal yasaları değil; aksine insan eliyle oluşturulan yasalardan hareket edilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir.

Dolayısıyla hukuki pozitivizm, *hukukilik* sıfatını belirli bazı toplumsal olgulardan almaktadır. Hukuk kuralları özü itibariyle toplumsal normlardır. Ancak bu toplumsal normların hukuk ya da yasa olabilmesi için hukukun kaynağına ilişkin bazı ölçütler belirlenmiş, aynı zamanda ise uygulanabilirlik olmasına dikkat çekilmiştir. Bu düşünce tarzının öne çıkardığı hususa gelindiğinde ise konvansiyonel bir bakış açısının temel olduğu

⁹Burada bilhassa pozitivizmin dünyayı anlama ve anlamlandırma noktasında olgulardan hareket edilmesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir.

söylenebilir. Aynı zamanda sosyal yapının da bir ürünü olması ve bu bağlamda insan yapımı bazı çıkarımlar içermesi de önemli yapı taşlarıdır. Dolayısıyla bir hukuk normunun geçerli olabilmesinin şartı doğal hukuk düşüncesinde olduğu gibi ahlâki ilkelere dayanmaz.

Modern bir hukuk teorisi olarak kabul edilen hukuki pozitivizmin tarih sahnesindeki yeri kimi araştırmacılar tarafından çok eski dönemlere uzanmaktadır. O dönem söz konusu bu düşünce modelinin gerek kavramsal olarak gerekse de kuramsal olarak bir alt yapısı bulunmasa da, özellikle toplumsal yapının oluşturulması sürecini irdeleyen ve devletin varlığının amacına ve görevlerine dair açıklamalar getiren siyaset felsefecilerinin düşüncelerine konu olmuştur.

20.yüzyıla gelindiğinde ise artık modern hukuk kuramları ortaya atılmaya başlanmıştır. Özellikle doğal hukuk kuramıyla kıyaslandığında hukuki pozitivizm aslında çok fazla farklı görüşü kendi içinde barındıran bir yapıya sahiptir. Temel olarak hukuku ahlâk/etik ilkelerinden ayıran yapısı, birçok farklı perspektif çizen düşünce modellerinde ortak bir anlayış olsa da içeriğindeki bazı normlar farklılıklar gösterebilmektedir. İşte bu farklılıklar hukuki pozitivizmin içeriğinin ne kadar zengin olduğunun bir göstergesidir ama; buradaki zenginlik pozitif anlamda değildir. Daha çok hukuki pozitivizmin anlamını muallak bir hale getirmektedir.

Klasik anlamıyla hukuki pozitivizmin belki de kuramsal olarak öncüsü Jeremy Bentham (1748-1832) ve John Austin (1790-1859) kabul edilmektedir. Bu kuramcılara göre, hukuki pozitivizmin en temel argümanı hukuk kavramının bir emir olarak kabul etmesidir. Modern anlamıyla bir yaklaşım tarzı benimseyen hukuki pozitivistlere gelindiğinde ise daha sofistike bir bakış açısının kabul edildiği görülür. Yine de buna rağmen onlar da tıpkı Jeremy Bentham ve John Austin gibi seleflerinin öne sürdüğü temel yaklaşım tarzıyla hareket etmişlerdir; doğal hukuk tarafından ileri sürülen, hukuk ile ahlâk arasındaki ilişkiyi reddederler. Bu anlamda doğal hukukçuların hukukun bir akıl yürütme süreci vasıtasıyla doğada türeyen önermeler dizisi olduğu iddiasına, hukuki pozitivistler tarafından şiddetle karşı çıkılır.

2.1.1. Hart'ta Pozitif Hukukun Sınırları

H.L.A. Hart, hukuku genel olarak emir ya da herhangi bir norm gibi tanımlamanın doğru olmadığını düşünür. Bunun yerine toplumsal kurallar olarak kabul edilen bir anlayış öne sürmektedir. Dolayısıyla Hart'ın pozitivizmi, Bentham ve Austin tarafından çizilen, hukuku büyük ölçüde zorlayıcı olarak tasvir eden resimden oldukça farklıdır. Bu anlamda Hart, hukuku toplumsal bazı sosyal pratiklerin, yani bazı değer yargıların ve bu değer yargılarının doğruluğuna ya da yanlışlığına göre, kültürel bir normlar sisteminden bağımsız olamayacağını düşünür. Buna göre hukuki anlamda her kural toplumun kültürel yapısıyla ilişkilendirilerek oluşturulur (Wacks, 2018, s. 70).

Hiç şüphesiz modern hukuk felsefesinin tarihsel süreçte ele aldığı hemen hemen her konu en nihayetinde hukuk ile ahlâk arasındaki bağlantının zorunlu olup olmadığı problemine dönüşmektedir. Bu problem, yani hukuk ile ahlâk arasındaki ilişki, birçok zaman hukuk felsefesi tarihinin iki büyük alanını oluşturan doğal hukuk ile hukuki pozitivizm kuramlarını karşı karşıya getirmiştir. Aynı zamanda hukuki pozitivizmin doğal hukuktan ayıran yegâne düşünce olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda genellikle tarihsel olarak düşünüldüğünde doğal hukukun daha köklü bir alt yapısı olmasından dolayı bu tartışmanın başlatıcıları hukuki pozitivist yanlıları olmuştur.

Bu savunucular arasında ilk göze çarpan isim hiç şüphesiz Austin olmuştur. Austin, hukuku pozitivizmin ilkeleri ekseninde değerlendirmiştir. Bu anlamda hukuk ve ahlâk arasında bir düşünce sistemi ortaya koyup bu alanlardan ahlâkın ilkelerinin pozitivizm ile yan yana gelemeyeceğinden ötürü büyük sorunlara yola açacağını öne sürmüştür. Daha sonrasında ise hukuka modern anlamını kazandıran pozitivizmin dışarıda tutulamayacağından ötürü hukuku ahlâki ilkelerden ayıran bir sitem ortaya koymuştur.

Austin'in bu söz konusu radikal anlayışı gerek doğal hukuk savunucuları gerekse de hukuki pozitivizmi temellendirmeye çalışan kuramcılar tarafından sonu gelmeyen tartışmalara sebep olmuş, bu tartışmalar bir zaman sonra kısır döngü içerisine girmiş, hukuka dair çözümler üretmek şöyle dursun çok ciddi zararlar vermeye başlanmıştır. İşte İngiliz hukukçu H.L.A. Hart bu kısır tartışmalar ekseninde kaleme aldığı bir dizi makale ve kitaplarıyla hukuki pozitivizmi yeniden formüle etmeye çalışmıştır.

Hart bu işe girişmeden önce Austin'in yaptığı gibi temel hareket noktası olarak hukuk-ahlâk ayrımından hareket ederek başlamış; ancak Austin'in yaptığı gibi hukukun kaynağının ne olmaması gerektiğini açıklamakla yetinmeyip aynı zamanda hukukun içeriğini de doldurmaya çalışmıştır. Yani Hart ahlaki ilkeleri hukuktan soyutlamakla yetinmemiş aynı zamanda ahlaki ilkelerin yerine hukukun içeriğinde ne olması gerektiğine dair olarak da ortaya bir fikir koyma gayreti içine girmiştir. Bu anlamda Hart, ortaya koyduğu fikirleriyle doğal hukukun temel ilkelerini reddetmiş ve buradan hareketle ise hukukun içeriğine dair çok başka bir bakış açısı kazandırmıştır. Bu bakış açısı hukuku doğanın ilkelerinden tamamıyla uzaklaştırmış pozitif yasaların hâkim olduğu bir anlayış ortaya koymuştur. İşte bu anlayış hukuki pozitivizm olarak vuku bulmuştur. Hart, buradan hareketle hukuki pozitivizmin temellendirmesini yapıp, bu bağlamda ise doğal hukukun içeriğini eleştirmiştir; ancak buna rağmen Austin'in yaptığı doğal hukuku tamamen görmezden gelmemiştir. Hart'a göre doğal hukuk, hukuki pozitivizmin bir hareket noktası olmuştur. Hart'ın fikirlerinin bu çalışmanın önemli bir konusu olmasının asıl sebebi doğrudan doğruya hukuka yönelttiği eleştiriler değildir. Hart hukuki pozitivizme dair fikirlerini öne sürerken temel olarak her ne kadar kabul etmese de doğal hukukun ahlaki ilkeler ile olan bağlantısından ilerlemiştir.

Hart düşüncelerini ortaya koyarken kendisiyle genellikle aynı görüşü benimseyen Austin'den etkilendiğine dair herhangi bir şüphe bulunmamaktadır, ancak Hart'ın fikirlerine temel oluşturan sadece Austin değildir. En başta ayrılabilirlik tezini reddeden ve buradan hareketle hukuki pozitivizmin hiçbir ilkesini kabul etmeyen modern dönem doğal hukuk savunucusu Fuller da Hart'ın etkilendiği bir diğer isimdir. Öyle ki bu etkileşimle beraber, Hart'ın öncülüğünde ilk defa karşılıklı bir fikir alışverişi gerçekleşmiştir. Hart her şeyden önce aynı görüşe sahip düşünürlerden olan Austin ve Kelsen gibi katı bir hukuki pozitivizm tasviri yapmamıştır.

Bu anlamda, destekleyenler tarafından kutsal kalelere dönüştürülen iki karşıt görüşe, makûl bir mesafeden yaklaşılabilmemesinin yolunu açmıştır. Bir yandan pozitif düşüncenin Austin tarafından egemen ile yasalar arasına sıkıştırılan kısıtlı kabullerine karşı çıkarken ve hatta Kelsen'i hukuku dar bir sisteme sıkıştırmakla eleştirirken diğer yandan da yüzyılları kapsayan doğal hukuk geleneğini körü körüne reddetmiştir. Hart gibi, adı pozitivizmle anılan bir düşünüre göre doğal hukukun zaafı, eksiklikleri elbette ki vardır. Ancak bunları görmek ve eleştirmek,

efsanevi kuramın hakkını teslim etmemişini engellemiştir. (Ceylan, 2017, s. 29-30).

Dolayısıyla Hart her ne kadar hukuki pozitivist olarak tanımlasa da ve hukuk-ahlâk ayrımını göz önünde bulundurarak bir düşünce ortaya koymuş olsa da doğal hukukun etkisini görmezden gelmemiştir.

Hart diğer hukuki pozitivistlerin yaptığı gibi öncelikle hukukun içeriğinin ne olmaması gerektiğini, daha sonrasında ise ne olduğunu sorgulamaya ve açıklamaya girişmiştir. Buradan hareketle kuramının içeriğini oluşturmada önce yöntemini belirlemektedir. Hart, Oxford felsefecilerinden devraldığı kavramsal analiz olarak adlandırılan görüş ekseninde bir temel oluşturur. Buna göre kavramsal analiz, düşünce, kavram ve önerileri açıklamak için kullanılan felsefi bir yöntem olup, tanımdan da anlaşılacağı üzere kavramların başka kavramlar aracılığıyla çözümlenmesini amaçlamaktadır. İşte bu yöntem Hart'ın hukuk kuramı için gerek şarttır; ancak yeter şart değildir. Çünkü hukuk söz konusu olduğunda toplumsal yaşamı soyutlamak, tamamen kavramsal bir yöntem izlemek yanlış bir yoruma sebep olabilecektir. Bundan dolayı bir de pratik bir analize olanak sağlayacak bir yöntem daha gereklidir. Hart için bu yöntemin adı da betimleyici pozitivistizmdir. Bu yöntemin temel savı ise hukukun ne olduğuyla ilgili genel ve betimleyici bir teori inşa etme ereğine dayanmaktadır. Hukuk, farklı kültür ve zamanlardaki görünümüne, yanlış anlamaya ve bulanıklığa açık olmasına rağmen, genel bir biçim ve yapıya sahiptir. Bu yaklaşımın betimleyiciliği ise genel hukuk anlayışındaki yapı ve formlardan hiçbirini ahlâki ve başka bir temele oturtmamasına bağlamaktadır (Hart, 1994, s. 238-240).

Klasik hukuki pozitivistizm temsilcilerinin sıklıkla üzerinde durduğu hukuk ahlâk ayrımı Austin ve Bentham'la birlikte iyice radikal bir boyut kazanmıştır. Öyle ki bu anlayış çerçevesinde hukuki pozitivistizmin sınırları ne olmadığına yönelik olarak net bir biçimde çizilmiştir. Buradan hareket eden Bentham ve Austin hukukun içeriğinin nasıl olması gerektiğine dair bir düşünce ortaya koymuştur. Buna göre her şeyden önce olan hukukun olması gereken hukuktan, kesin ve çok açık bir şekilde ayrılması gerekmektedir (Hart, 2017, s. 103). En nihayetinde ideal bir arayış, yani mutlak olana ve daha ziyade en mükemmel olana ulaşabilmek metafizik alanın bir amacıdır. Hukuki ilkeler ve yasalar söz konusu olduğunda bu amaç anlamsız bir çaba olmaktan daha ileriye gidemeyecektir. Dolayısıyla hukukun kaynağını olguların ardına değil; tam olarak olguların içinde aramak doğru bir yöntem

olacaktır. İşte Austin ve Bentham’a göre doğal hukuk düşüncesi böyle bir temel üzerine inşa edilmiştir. Bu düşünceyi savunanlar da görünüşte basit ama hayati olan bu ayrımı bulanıklaştırdıkları için büyük bir yanlışlığı görememişleridir.

Hart, klasik hukuki pozitivistizmin radikal olarak ortaya koyduğu bu anlayışı kabul etmemiş ve doğal hukuka da bir zemin oluşturmaya çalışmıştır. Hiç şüphesiz Hart hukuki pozitivistizmin önemli savunucularından biridir; ancak fikirleri klasik hukuki pozitivistizmin savunucularından çok açık farklılıkları içermektedir. Buna göre hukuk, ahlâkın içeriğinden birçok zaman beslenmiş, özellikle birtakım prensipler ve normlar ekseninde ahlâki ölçütleri referans olarak kullanmıştır. Bundan dolayı hukuki yasalar ve kurallar, ahlaki ilkeleriyle benzer düşünceleri savunmuş ve ciddi ölçüde etkilenmiştir. Hatta hukukun doğru işleyebilmesi açısından ahlâki ilkeler bir temel kabul edilip, bu ilkeler çerçevesinde kimi zaman hukuku işleyen yargıçlar tarafından kullanılmıştır (Ceylan, 2017, s. 32-33). Bu durum Hart’a göre tarihsel bir tespittir. Bundan dolayı hukuki pozitivistizmin hiçbir savunucusu bu gerçekliği görmezden gelmemelidir. Dolayısıyla birbirleri arasında bu denli yakınlık ya da iç içe geçmişlik hiç şüphesiz doğal bir durumdur ve gereklidir.

“Çağdaş sesler, dönemleri geçmiş hukuki ‘pozitivistler’ce muğlaklaştırılmış bir şeyleri kabul etmemizi söylüyor: Pozitivistler kabul etmese de hukuk ile ahlâkın kesiştiği bir nokta bulunmaktadır veya olan ve olması gereken ayrılmaz bir şekilde birbirinde erimiştir” (Hart, 2017, s. 102).

Hart’a göre geçmişten günümüze ahlâki değer yargıları iki farklı şekilde tezahür etmektedir. Hart, bu bağlamda ilk olarak daha canlı ve daha somut olarak kabul edilen pozitif ya da konvansiyonel olarak adlandırdığı ahlâk kurallarından bahsetmektedir. Buna göre pozitif ya da konvansiyonel ahlâk kuralları belirli bir toplumda daha önceden kabul edilen genel-geçer kurallar olarak tanımlanabilir. Bu kuralların herhangi bir düşünsel alt yapısı bulunmamaktadır. Toplum içinde belirli bir zaman içerisinde oluşturulmuştur. Aynı zamanda bu kurallar bir ölçüte göre değil kanılara göre oluşturulmuştur (Hart, 1994, s. 169). *“Eğer toplumdaki (gruptaki) kişilerin çoğunluğu ya da önemli kısmı aynı veya benzer hukuki görüşleri paylaşıyorsa bu, o toplumun (grubun) pozitif ahlâkıdır. Hukuki taleplerin geçerliliğinden farklı olarak her pozitif ahlâk bir takım basit gerekçelendirici kurallar içerir. Örneğin kurallarla ilgili popüler deyişler veya altın kurallar gibi. Pozitif ahlâk insanların belirli bir zamanda taşıdığı bakış açısını göstermekte (örneğin feodal veya köleci toplumların*

pozitif ahlâkı), bir takım betimleyici unsurlar taşımaktadır” (Ceylan, 2017, s. 33). Bu kurallar yukarıda açıklanan Austin’in soyağacı tezindeki anlayış gibi düşünülebilir, ancak Austin’in soyağacı tezinin temelinde bir egemen bulunmaktadır. Yani var olan kuralların oluşturucusu egemen güçtür. Bunun aksine Hart pozitif ahlâkın oluşturucusunun toplum olduğunu öne sürmektedir.

Bir diğer ahlâki değer yargısı ise eleştirel ahlâk olarak tanımlanır. Özellikle felsefi bir temel üzerinden düşünüldüğünde eleştirel ahlâk, adından da anlaşılacağı üzere toplumsal açıdan belirli bir zaman içinde oluşan Hart’ın isimlendirmesiyle pozitif ahlâk kurallarını eleştirel bir açıyla yorumlayan bir anlayışa sahiptir. Bundan dolayı pozitif ahlâk kurallarındaki herhangi bir kuralın yegâne ölçütünün toplumun genelinin kabul görmesi prensibinin yeterli olmadığını iddia eder ve bundan dolayı söz konusu kuralları reddetmektedir. Buna göre eleştirel ahlâk her şeyden önce olayları, olgular çerçevesinde yorumlamaktadır. Her kuralı belirli bir rasyonalite içerisinde gerekçelendirilmesi gerektiğinin özellikle altını çizer. Bundan dolayı bir olgusal durum olarak ortaya çıkan kurallar belirli bir rasyonel ölçüt ekseninde ve oluşturulur. Eleştirel ahlâk, işte böyle bir yöntem izlediği için pozitif ahlâkta ki geliş güzellikten uzaktır, belirli bir sistematikliği vardır.

Hart’ın eleştirel ahlâk ile pozitif ahlak arasında çizdiği bu ayrım hukuki pozitivizmin bir başka önemli prensibi olan ayrılabilirlik teziyle yan yana getirilmiştir. Buna göre ayrılabilirlik tezinin temel argümanı olan doğal hukukun kaynağı olan ahlaki ilkelerin, hukuk kurallarıyla arasında zorunlu bir ilişki olmadığına yönelik iddia, Hart’ın öne sürdüğü düşünce modelinde eleştirel ahlâk olarak vuku bulmuştur. Bunun en önemli sebebi ise bahsedildiği üzere eleştirel ahlâk olarak tanımlanan görüşe göre, içeriğini toplumun oluşturduğu kurallarının genel-geçer kurallar olması ve bundan dolayı geçerliliğini her daim koruyor olması doğal hukukun içeriğiyle benzer kabul edilmektedir. Bundan dolayı bu kuralların yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir (Ceylan, 2017, s. 39).

Hart pozitif ahlak ve eleştirel ahlâk olarak adlandırdığı bu sistemini ortaya koyduktan sonra hukuk kurallarının ve hukuk sisteminin varlığının, ahlaki değerine değil kaynağına bağlı olduğunu savunur. Dolayısıyla Hart kendi perspektifinde gelişmiş hukuk kuramının doğru işleyebilmesi adına ilk adımı tamamlamıştır. Yani hukuk kurallarını geleneksel olan ahlak ilkelerinden arındırmıştır. Bir sonraki adım ise hukukun yeni kaynağının ne olacağına yönelik olmalıdır. Hart işte bu amaçla yeni bir hukuk sistemi inşa edecektir. Hart, bu yeni hukuk

sistemini her şeyden önce Austin'in soyağacı tezini referans alarak oluşturacaktır. Daha doğru bir ifadeyle Austin'in soyağacı tezinin daha farklı bir tezahürünü ortaya koyacaktır. Buna göre Hart, Austin'in soyağacı tezini iki ana başlık altında temellendirmektedir. Buna göre hukuk kuralları birincil ve ikincil kurallar olarak açıklanabilmektedir.

2.1.1.1. Birincil Kurallar

Hart'a göre modern anlamıyla hukuku, hukuk yapan en önemli şey onun sistematik yapısı ve bu bağlamda bir sistem dahilinde kurulmuş olması, ya da var olmasıdır. Bu sistematik yapının en öncelikli yapı taşı Austin'in merkeze aldığı Hart'ın birincil adını verdiği *yap* veya *yapma* türünden kurallardır. Bu kurallar ödev yükleyici temel hukuk kurallarıdır. Genel olarak insanların yapmaları ve yapmamaları gereken kuralları belirterek, toplumun her bir üyesinin, zorunlu bir biçimde uyulması gerektiğini gösteren kurallardır. Bu kurallar aynı zamanda bir yükümlülük içermektedir (Işıқтаç, 2015, s. 351). Dolayısıyla birincil kuralların içeriğiyle alakalı herhangi bir ölçütten bahsedilemez. Bunun yanında sorgulamaz ve sözü geçen kuralların nedenine ilişkin bir açıklama yapılamaz.

Birincil kurallar, fiziksel hareket ya da değişimleri içeren eylemlerle ilgili olup kişilere ödev yüklemektedir (Hart, 1994, s. 79-81). Salt pratik durumları önceleyen bir yapıya sahip olduğundan teorik düşünceden çok uzaktır. Bu bağlamda kuralların herhangi bir düşünsel yapısı ve koruyucusu bulunmamaktadır. Yasama organı, mahkemeler veya polis teşkilatının bulunmadığı bir toplumda dahi, kişilerin toplumun geri kalanı için zararlı olabilecek vahşi güdülerini ve şiddet eğilimlerini kısıtlayan, hatta diğerleri lehine pozitif ödevler yükleyen, kişiler arası uyuşmazlıkları çözen bazı kurallar mevcuttur. İşte Hart'a göre bu kurallar birincil kuralların içeriğini oluşturmaktadır. Bu kurallar aynı zamanda kişilerin davranışlarını düzenlemekte ve yükümlülüklerini belirlemektedir (Ceylan, 2012, s. 84).

Her ne kadar bu kurallar aracılığıyla asgari bir düzen sağlanıyor olsa da bazı zorunlu koşulların da gerçekleşmesi gerekir. İlki, şiddete olanak veren, hırsızlık, cinayet, dolandırıcılık gibi bazı eylemlerin engellenmesi ya da sınırlandırılmasıdır. Bunun yanında kişilere yaşamın akışını kolaylaştıracak ve toplumsal hayata katkıda bulunacak bazı olumlu ödevler de yüklenmektedir. İkincisi, kuralları kendiliğinden benimseyenlerin yani herhangi bir baskıya ya da çoğunluğa uymak zorunda kaldığı için benimseyenlerin değil; kuralları içselleştirenlerin, her koşulda ve şartta tam uyumluluk gösterenlerin sayıca fazla olması ve

çoğunluğu oluşturması gereklidir. Bu çerçevede kuralları benimsemediği halde uyarımış gibi görünenlerin, örgütlenme ve fiziksel güç bakımından da daha zayıf olması gerekmektedir. Sadece birincil kuralların hüküm sürdüğu böyle bir toplumdaki düzen hukuk olarak tanımlansa bile, gerçekte ahlak kurallarından farklı değildir (Ceylan, 2012, s. 84). Yani aslında bu kurallar belirli bir sistematiklik barındırmadığı için din ve örf-âdet kuralları ile karıştırılabilirler ve bu durum bir belirsizlik sorunu yaratabilir.

Bunun yanı sıra sözde hukukun içeriği olarak tanımlanan bu kurallar oluşabilecek kimi durumlarda dönem koşullarına ya da buna benzer başka herhangi bir sebebe bağlı olarak hukukun içeriğiyle alakalı olarak değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyabilecektir. Hatta var olan kuralların içinden bazılarını tamamen ortadan kaldırıp yerine yeni bir kural dahi getirebilmelidir. Bundan dolayı kanunlaştırma ve kuralların içinden değişiklikler yapma hakkına sahip olabilmelidir. En nihayetinde hukuk her ne olursa olsun adalet ve eşitlik ilkelerini uygulamayı amaç edindiyse, bu görev bilinciyle gerekli güncellemeler, değişiklikler hukukun doğasında bulunmalıdır. Ne yazık ki birincil kurallar bu durumda yetersiz kalacaktır. Çünkü tüm yurttaşlar arasında konsensüs oluşturmayı gerektiren bir usulle kural yaratmak düşünöldüğu kadar kolay olmayacaktır (Hart, 1994, s. 103-105).

Dolayısıyla birincil kuralların bu yetersizliğini çözebilmek adına, yani birincil hukuk kurallarının yaratılması geçerli kılınması, değiştirilmesi ve karara bağlanması gibi prosedürlerin uygulanabilmesi adına farklı nitelikte kurallara daha ihtiyaç bulunmaktadır. İşte bu gereksinim ikincil kuralların ortaya çıkmasına bir önayak oluşturacaktır.

2.1.1.2. İkincil Kurallar

Her şeyden önce Hart'ın temel görüşlerini aktardığı ve bu görüşleri daha çok savunduğu bölüm ikincil kuralları oluşturmaktadır. Bunun en önemli sebebi Hart için, gelişmiş bir hukuk sistemi ikincil adını verdiği kuralları barındırır. Daha doğru bir ifadeyle gelişmiş haliyle bir hukuk sistemi Hart'a göre birincil kurallar ile ikincil kuralların birleşiminden oluşturabilir. İlkel hukuk sistemlerinde olmayan yahut hukuka ilişkin açıklama teşebbüsünün görmezden gelemeyeceği bu ikincil kurallar birincil kurallar hakkında yap ya da yapma şeklinde kurallar hakkında bilgi verir. İkincil kurallar, birincil kuralların yapılması ve değiştirilmesi; uygulanması ve onların sisteme dahil edilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla yasaların nasıl çıkarılacağını, değiştirileceğini ve kaldırılacağını belirleyen, bu yönde yetkiyi

yaratan ve dağıtan ilgili kurum ve usulleri ortaya çıkaran kurallar ikincil kuralların ilk grubunu oluşturur. Birincil kurallarda belirlenen bazı ödevlerin eğer değişikli yapılması gerekiyorsa değişiklik, ya da herhangi bir değişikliğe gerek duyulmuyorsa uygulama noktasında gerekli düzenlemelerin yapılmasına olanak sağlayacaktır. Belirtildiği şekliyle söz konusu ödevler, yurttaşların kendi aralarında çıkardıkları kurallar olabileceği gibi bunun yanı sıra devletin yurttaşlara belirli ödevler yüklediği kamusal alanlarda uygulanan kurallar da olabilmektedir. Bundan dolayı bu kurallar özel alana ait kurallar olabileceği gibi kamusal alana ait kuralları da içerebilir (Hart, 1994, s. 103-105)

İkincil kuralların ikinci grubunda ise mahkemeleri kuran yetkilendiren ve birincil kuralların nasıl uygulanacağını gösteren kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar özellikle, bir uyuşmazlık veya hukuka aykırılık durumunda, yargı organlarının karar verme usulünü belirlemek için kullanılır. İkincil kuralların iki temel özelliği vardır. İlki birincil kuralları konu edinen kurallar olmaları; diğeri, birincil kuralların varlığına, bunların uygulanmasına, ilgasına, değiştirilmesi ve ihlaline bağlayıcı bir şekilde nasıl karar verileceğini göstermeleridir. İkincil kuralları birincil kurallarla birleştirmek, aynı zamanda toplumu otorite ve kesinlikle tanıştırmak anlamına gelir. İkincil kuralların hepsi, otorite olarak tasarlansa da aralarında sadece bir tanesi, birincil yükümlülük kurallarının vatandaşlar ve memurlar tarafından tespit edilmesini sağlayan bağlayıcı bir kriter niteliğindedir. İşte bu kriter ikincil kuralların bu iki özelliğinden farklı bir konumda bulunan tanıma kuralıdır. Otoriter bir metin, yasama faaliyetiyle oluşan bir yasa, bir örf adet pratiği, belirli kişilerin beyanların veya geçmiş içtihatlar görünümünde ortaya çıkabilir (Hart, 1994, s. 92-97).

Hart'ın üzerinde sıklıkla durduğu *tanıma kuralı* da, ikincil kurallardan bağımsız bir şekilde değerlendirilemez. Çünkü bu kural da ancak gelişmiş bir hukuk sisteminde olanaklı hâle gelebilir. Bunun yanında ikincil kurallar içerisinde yer alan değiştirme ve muhakeme gibi kurallar ancak tanıma kuralıyla kesinlik kazanabilecektir. Bundan dolayı ikincil kuralların üçüncü kuralı ya da kuralları tanıma kuralı ya da kuralları olarak isimlendirilir. Tanıma kuralı ya da kuralları, bir normun ne zaman geçerli bir hukuk normu olduğunu belirten kural ya da kurallardır. Bu kural yani tanıma kuralı asıl itibarıyla hukuki yetkililerin zihinlerinde ve pratiklerinde var olan bir kuraldır. Yurttaşların bu kuralın farkında olmasını, bu kural uyarınca hukuka uymasına gerek yoktur. Önemli olan hukuki yetkililerin ne düşündüğüdür. Bu anlamda söz konusu bu kurallar geriye kalan bütün kuralların varlığını ve geçerliliğini

açıklayan nihai kuraldır. Her ne kadar ikincil kural gibi kabul edilse de hiç şüphesiz Hart'ın hukuk sisteminin en önemli parçalarından birisidir. Bunun sebebi kurallar, ancak bu kural referans gösterilerek hukuk kuralı olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla tanıma kuralı, yasallık ve geçerlilikle ilgili sorunları olduğu gibi, belirsizlik sorunu da çözer. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hukuk sisteminde pek çok kuralın yasallığının ve geçerliliğinin, parlamentoda geçerli bir şekilde yasalaştırılıp yasalaştırılmadığına bağlı olduğu anlamına gelir. Yani bahsedildiği üzere tanıma kuralının içini dolduran hukuki yetkililerin somut örnekleri siyasi olarak parlamentoda ya da parlamento gibi iş gören kimi senatolarda karşılık bulmaktadır (Hart, 1994, s. 105).

Hart'a göre birincil ve ikincil kuralların her şeyden önce saptanması ve açıklığa kavuşturulması temel amaçlardan biridir. Bunun yanında hukuk kuralı olan ile hukuk kuralı olmayan arasındaki belirsizlik sorununun ortadan kaldırılması söz konusu olduğunda tanıma kuralı Hart'ın hukuk sisteminin nihai sonucunu uluşturacaktır. Yani tanıma kuralı bir hukuk kuralının fiilen uygulanabilir olup olmadığına yönelik olarak bir görüş ortaya koyacaktır. Bundan dolayı bir hukuk kuralı asıl anlamını tanıma kuralının ortaya koyacağı görüş ekseninde bulacaktır.

2.1.2. Kelsen'de Pozitif Hukukun Sınırları: Normlar Hiyerarşisi

Hans Kelsen, tıpkı Hart gibi olabildiğine açık bir hukuki pozitivisttir. Bunun sebebi saf hukuk olarak adlandırdığı kuramının en başına hukukun pozitif yönünün olduğunu vurgulamasından ileri gelmektedir. “*Saf Hukuk Kuramına göre hukuk, bir norm ya da normlar dizisi, normatif bir düzendir*” (Kelsen, 2018, s. 100). Bunun yanında ortaya koyduğu ve kendine has kullandığı kimi bazı kavramlarından bu tespiti açık bir şekilde gösteren etkenler arasında yer almaktadır. En genel manasıyla Kelsen hukuku bir normlar silsilesi olarak tanımlamaktadır. Bundan dolayı hukuku anlamanın ve anlamlandırmanın ancak normların içeriğini ortaya çıkararak mümkün olacağını savunur. Kelsen'e göre söz konusu normlar doğrudan olmasa da dolaylı biçimde insanı tarif eder (Kelsen, 2016, s. 1).

2.1.2.1 Hukuk ve Doğa

Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı* adlı eserinde hukukun nesnesini ilişkin bir değerlendirme yaparken öncelikle hukukun doğasını tanımlamaya çalışır. İşte kendine has düşüncesinin

temelini de burada ortaya koyar. Kelsen'e göre hukuk toplumsal bir olgu olarak değerlendirilmelidir; çünkü sadece toplumda gözlenebilen eylemler hukukun nesnesi olabilir. Toplumda doğadan tümüyle farklı bir yapıya sahip olduğuna göre eğer hukuk, doğa bilimlerinin kaynak olarak kullanılamayacaksa bu durumda hukukun doğayla bağının kurulması mümkün olamayacaktır (Kelsen, 2016, s. 3-4). Kelsen'e göre hukuki pozitivizmin kaynağı bilimle ya da bilimin yöntemiyle belirlenmelidir, ancak hukukun asıl anlamının geçmişten beri bilimden uzak bir yerde konumlandırılması düşünülürse bu anlayışı pratik bir boyuta taşımak kolay değildir (Kelsen, 2018, s. 3).

Buna rağmen doğa bilimlerin yöntemi kullanıldığı taktirde hukukun zemini daha sağlam bir hale getirilebilecektir. Bu 'anlam', bir nesneyi renk, katılık ve ağırlık gibi doğal nitelik ve işlevini algıladığımıza benzer şekilde, harici maddi bir olay olarak eyleme bakarak görebileceğimiz yahut duyabileceğimiz bir şey değildir. Fakat eylemin kendisi kendi anlamı hakkında bir şeyler söyleyebilir, kendi anlamını ortaya koyabilir. Esasında bu, sosyal veriye ve bilhassa hukuki bilişe özgü bir niteliktir. Bir bitki kendisi hakkında botanikçiye herhangi bir şey söyleyemez. Kendini doğa bilimleri çerçevesinde açıklamaya teşebbüs edemez. Buna karşın toplumsal bir eylem pekâlâ kendi kendinin yorumunu da, yani ne anlama geldiği hakkında ifadeyi de üzerinde taşıyabilir (Kelsen, 2016, s. 2-3).

Kelsen'e göre bu durumda eylem ancak iki ayrı biçimde değerlendirilmelidir. Buna göre, bir eylemin açık bir biçimde anlamı zorunlu değilse eylem sübjektif olarak; kendi içinde bir zorunluluk taşıyorsa ise objektif olarak kabul edilecektir. Bu ikili ayrım aslında yine hukukun, bilime olan ilişkisinden, yani bilimin yönetiminden hareket edilerek oluşturulmuştur. Objektif değerlendirilmesi gereken bir eylem her koşulda ve şartta tıpkı bir doğa yasası olarak düşünülüp tersinin mümkün olmayacağından dolayı zorunluluk ya da kesinlik taşımaktadır. Bundan dolayı hukukun içeriği de zorunlu normlardan oluşturulacak ve değiştirilmesi ya da esnetilmesi mümkün olamayacaktır. Bu durum ise beraberinde özellikle hukuki pozitivizmin aradığı bir kesinlik iddiasına çözüm olacaktır. Bu durumda hukukun içeriğinin sınırları çizilecek ve belirli kalıplara göre yargı verilecektir. Bunun aksine sübjektif değerlendirme ise eylemin zorunluluk, kesinlik iddiasını değil kişilerin vereceği kararlar üzerinde duracaktır. Kelsen bu ayrımı şöyle bir örnekle açıklamaktadır:

“Ülkelerini istenmeyen gizli bir topluluğun üyeleri, hain olarak gördükleri bir kişiyi idama mahkûm ettiklerinde, eylemlerinin sübjektif açıdan idam cezası vermek olduğunu düşünürler. Onlara göre idam cezası vermişlerdir ve görevlendirdikleri kişiye mahkûm edilen kişiyi öldürmesini isterler. Objektif olarak ise -yani objektif hukuk sisteminde- bu öldürme eylemi gizli bir mahkemenin, verdiği kararlar cinayet işlemesi, adam öldürmesi anlamına gelir ve bir idam cezasının infazı değildir. Bu eylemin harici koşulları, bir idam cezasının infazının harici koşullarından ayrılmadığı durumda dahi böyledir” (Kelsen, 2016, s. 5)

Kelsen’e göre bir olayı hukuki bir eylem yapan ve gerçek anlamına olanak sağlayan objektifliğidir. Dolayısıyla hukuk objektif bir değerlendirmeye tecelli edebilecektir. Burada doğa gerçeklerinden ayrılmayan bir bakış açısı çizmektedir. Zira yukarıdaki örnekte olduğu gibi bu tarz olayların doğru değerlendirilmesi söz konusu bu olayların olgularına odaklanmak olmalıdır. Bu da ancak doğanın kullandığı yöntemi hukuka uygulamakla mümkün olabilecektir. Bu yöntemlerden en önde geleni en önce olgusal yasalar olmalıdır. Bu yasalar olayların belirli sistematığı olduğunu, olguların arkasından yatan başka bir olgunun olduğunu ve bu olgular silsilesinin değerlendirmeyi daha olanaklı kılacağını sağlayacaktır. Bu durumdan bahsi geçen bu olgular silsilesiyle alakalı kimi sorunlar gündeme gelmektedir: “Söz gelimi bu olguların sınırları nasıl çizilir?” “Öncelikli olgular nelerdir?” “Hangi olgu hangiolguyu öncelemektedir?” İşte bu gibi sorulara Kelsen kendi sistematığı için bazı cevaplar ortaya koymaktadır.

2.1.2.2. Grundnorm İlkesi

Kelsen hukuka dair görüşlerini ortaya koyarken bütün görüşünün merkezine bir temel norm koyar. Burada bahsi geçen temel norm aslında söz konusu teorisinin en nihai sonudur. Buna rağmen bütün normlarını temelini oluşturduğu için bir ilke olarak da kabul edilebilir.

Kelsen bahsi geçen normların belirli bir sistematığının ve daha ziyade birbirleri arasında oluşan bir zincirin olduğundan bahsetmektedir; ancak bu normların ne olduğundan bahsetmeden önce bu normları iki tip olarak adlandırıp değerlendirir. Buna göre birinci tipteki normlar, içerikleri nedeniyle ‘geçerli’dirler. Bu normların belirlediği insan davranışlarının yapılması gereken olduğu düşünülmektedir. Bu normlar belirli genel yargılar taşımaktadırlar; ancak bu genel yargılar evrensellik değil, geleneksel bir takım normlardan oluşturulurlar. Bu

tip normlar ahlak normlarıdır. Sözelimi ‘çalmayacaksın’ ‘aldatmayacaksın’ ya da ‘başkalarını yardım edeceksin’, ‘başkalarına zarar vermeyeceksin’ gibi genel geçer yargılardan oluşturulmaktadır. Özetle bu tip normlar genel olandan özel olanı çıkaran yani bir dedüksiyon yöntemiyle uygulanırlar. Dolayısıyla normun içeriği de statik bir hâl almaktadır. Kelsen bu tip normların üzerinde durmamaktadır; çünkü bu yöntem bilimsel yöntemden uzak hatta tamamen zıt bir konumdadır. Her şeyden önce genel yargılardan özel yargılara ulaşmak mantıksal düzlemde kesinlik oluşturmamaktadır. Bu çerçevede Kelsen ikinci tip normlardan bahsetmektedir. Bu tip normlar birinci tip normlardan çok farklıdır. Buna göre ikinci tip normlar geçerli olamazlar; çünkü hukukun içeriği belirli kalıp yargılardan ziyade başka türden de olabilir. Dolayısıyla hukuki pozitivizmde öncelikle temel olarak buradan hareket etmelidir. Bunun en önemli sebebi hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki asli farklılığın bu husus olmasından kaynaklanmaktadır. Zira ahlak normları gibi doğal hukuk normları da temel bir normdan; ilahi iradenin, doğanın ya da salt aklın bir üretimi olarak hukukun içeriğini belirlemektedir (Kelsen, 2016, s. 67-69).

Kelsen’e göre hukukun esas karakteri ikinci tip normlardan meydana gelir. Bu normlar ise tarihsel süreçte farklı normların neden olmasıyla oluşur. Her norm kendinden önceki norm ya da normlarla temellendirilir.

“Normların çokluğu, normların geçerliliği, geçerliliğin nihai temeli olan tek bir norma kadar izlenebiliyorsa; bir birlik, bir sistem, bir düzen oluşturur. Müsterek kaynak olarak bu temel norm, sistemi oluşturan, normlar çokluğunun birliğini inşa eder. Bir normun belirli bir sisteme ait olması, normun geçerliliğinin izinin bu sistemi inşa eden temel norma kadar sürülebilmesini gerektirir” (Kelsen, 2016, s. 67).

Dolayısıyla bu normların hepsi varlığını başka normların varlığına ve en nihayetinde temel olan bir norma dayandırır. Bu açıdan hukuk birbirine varlık kazandıran normlar sistemidir. Bu durumda önemli bir soru ortaya çıkmaktadır. Bu sistemin durduğu, yani her normun geçerliliği bir üst norm; onun da geçerliliği bir üst norma dayandığına göre er ya da geç bir noktada daha da ilerleyemeyeceği bir yer olması gerekmez mi? Bu soruya farklı bir soruyla cevap verilir: Farklı düzeylerde ki normların izini bilinen hukuk sistemi içinde anayasaya kadar sürmek mümkün olur. Bundan dolayı sorulması gereken asıl soru şöyle olmalıdır: Bu durumda anayasa hangi normdan geçerliliğini ve varlığını kazanır?

Kelsen'e göre bu sorunun cevabı, 'anayasaya uyulmalıdır', asıl bilindiği anlamıyla *Grundnorm* şeklinde olmuştur. Tüm normlar asıl geçerliliğini bu norma borçludur ama; bu norm geçerliliği başka herhangi bir norma dayanmadığından geçerliliği varsayım olarak kabul edilmek zorundadır. Kelsen böyle bir yöntemle bir hukuk normunun, o hukuk sistemine dahil olup olmadığı bulunabileceğini iddia eder (Wacks, 2018, s. 77). Bu bakış açısı, yani normların varsayım olarak başka bir ezeli ve ebedi norma dayandırılması çok temelsiz kalmıştır. Bunun yanında doğal hukukun akıl yoluyla ulaşılan evrensel genel-geçer yasalarına yönelik eleştirisi düşünüldüğünde hukukun en temel ilkelerinden birine varsayım yüklemesi aslında her ne kadar eleştiriyor olsa da Kelsen'in de doğal hukukun içeriğinden bir şekilde yararlandığını göstermektedir. Bu bağlamda Kelsen'e yönelik en çarpıcı eleştiri siyaset felsefecisi ve Carl Schmitt tarafından getirilmiştir:

“Buna göre Schmitt, Kelsen'in hukuk kavramından farklılığını şuna dayandırmaktadır: Kelsen'in saf hukuk teorisi açısından arızı olarak düşünülen tüm öğeler aslında hukukun kurucu ilkeleridir. Kelsen'in, hukuk biliminin dışına atarak yadsımaya çalıştığı politik mesele ve bu meselelere bağlı anlam öbekleri hukuk alanı açısından belirleyicidir. Kelsen bu belirleyiciliği tasvir etmek yerine belirleyiciliğin dikkate alınmadığı saf bir kavram elde etmeye yönelmektedir. Hiç şüphesiz Herrera'nın birçok metninde ortaya koyduğu gibi Kelsen politik meselelerden uzak bir düşünür değildir; ancak esas sorun Kelsen'in politik zekasının olup olmamasından değil bizzat kendi yönteminin bu alanı dışlamasındadır. Schmitt, Kelsen'in tekçiliğinde sistem dışı bırakılmış kurucu öğelerin varlığına dikkat çekmektedir.” (Kardeş, 2020, s. 240)

Dolayısıyla hukuk kavramının siyasi realitenin dışında değerlendirilmesi Kelsen'in yaptığı en büyük yanlışlardan birisi olmuştur. Bununla birlikte Schmitt'e göre, Kelsen'in hukuki pozitivizm ile amaçladığı asıl şey hukuk normlarını bilimsel bir yöntemle belirlenmesi gerektiğidir. Buradan hareketle ise bütün normların en üstünde konumlandığı *Grundnorm* ilkesi düşünülürse, bu durum hukuki perspektifte metafizik bir yorum olmaktan daha ileriye gidememiş ve görüşleri arasında çok ciddi bir çelişki yaratmıştır.

2.1.2.3. Hukuk ve Etik

Kelsen, hukukun bazı bilim alanlarından (biyoloji, kimya gibi) farklı olmadığını ileri sürmüştür. Böyle bir tespite varmadan hemen önce ise hukukun etik alanla alakalı bir zorunlu bağıllık ilişkisine yönelmiştir. Bu kapsamda Kelsen'in hedef aldığı ilk yaklaşım, hukuk biliminde hukuk ile ahlakı birleştirme eğilimidir. Doğal hukuk kuramları ve bu kuramlardan hareketle öne sürülen kimi fikirler, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu iddia etmektedir.

“Bu anlamda hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu analiştir. Hukuku ahlakın bir dalı olarak tasvir etmek sadece hukukun ahlaka uygun biçimlenmesi gerektiği şeklindeki aşikar buyruğa karşı gelebileceği gibi, ahlakın parçası olarak hukukun fiilen ahlaki bir karaktere sahip olduğu anlamına da gelebilir. Her iki durumda da, hukuka, ahlakın savunduğu mutlak bir değerin yüklenmesi söz konusudur ” (Kelsen, 2016, s. 14).

Buna göre hukuk, yalnızca insan ürünü toplumsal bir olgu, pozitif hukuk değildir. Hukuk, ilgili doğal hukuk kuramının temellendirmesine bağlı olarak kaynağını ve nihai geçerliliğini doğadan, insan aklından veya Tanrının iradesinden alır.

Kelsen bu tespitten sonra ortaya konulan bu kuramların bilimsel bir temelini olmadığına işaret eder: *“Ahlaki bir kategori olarak hukuk, adaletle eş anlamlıdır”* (Kelsen, 2016, s. 14). Dolayısıyla doğal hukuk kuramları “ahlak” ve “adalet” kavramları üzerine kurulmaktadır. Bu kavramların içeriği hakkında belli iddialarda bulunulduktan sonra bir “doğal hukuk” düzeni türetilir ve en sonunda da hukukun nihai özüne dair çıkarımlarda bulunulur. Savunucuları tarafından böyle bir temele oturtulan doğal hukuk fikrinin aksine Kelsen'e göre ise, ahlak ve adalet kavramlarının içeriklerine insanın bilişi vasıtasıyla nesnel bir şekilde erişilemez. Ahlak veya adalet bilimsel olarak gözlemlenemez ve nesnel bir şekilde ne olduğu hakkında bir yargıda bulunulamaz. Kelsen bu noktada ahlak felsefesinin ve hatta etik alanın içeriğine ve hukuk olan bağıyla olan ilişkisine yönelik bir itirazda bulunmamaktadır. Ahlaki yargılarda tabii ki bulunulabilir, bulunulmaktadır ve aynı zamana bulunulmalıdır; ancak buradaki itiraz bu yargıların bilimsel gereklilikleri sağlamasının mümkün olmadığı ve bu nedenle de hukuk “biliminin” bir parçası olamayacağıdır. Etik,

hukuk biliminden ayırık bir alandır ve bu şekilde ele alınmalıdır (Kelsen, 2016, s.15-17). Dolayısıyla hukuk kurallarının en başta ahlâk, sosyoloji, psikoloji ve siyaset kuramlarının altında oluşturmanın doğru olmadığını öne sürmüştür. Bundan dolayı hukukun içeriğini etkileyen söz konusu bu alanların devre dışı kalması gerektiğinin altını çizmiştir.

Yine doğal hukukun savunucularının aksine, hukuk alanını doğanın alanından ayıran Kelsen, esasında bu ayırımın doğal olan ile ideal olan ayırımı olduğunu söyler. Ancak hukukun saf bir hale getirilmesi için yapılması gerekenler burada bahsedilenlerle sınırlı kalmaktadır. Zira daha önce de belirtildiği gibi hukukçular bir yandan doğaya ait psikoloji ve biyolojiye bulaştıkları gibi, diğer yandan da etik ve teolojiyle bulaşmıştır. Hukuk biliminin doğa bilimlerine değil beşeri bilimlere ait olduğunu söyleyen Kelsen, idealin alanında da hukuka ayrılan yerin belirginleştirilmesi çabasıdadır. Burada yapılması gereken, hukukun ahlakla bağının kesilmesidir (Kelsen, 2016, s.17-19).

3. BÖLÜM

3. DOĞAL HUKUK VE POZİTİF HUKUK ELEŞTİRİLERİ

3.1. Pozitif Hukukçuların Doğal Hukukçulara Eleştirileri

Bu çalışmanın temel amacı her ne kadar doğal hukukun geçmişten bugüne kadar olan önemine ve gerekliliğine dikkat çekmek olsa da kurama karşı farklı perspektiflerin neler olduğuna değinmekte gereklidir. Bu sayede doğal hukukun karşı tezi ayrıca yorumlanıp, ne olduğuna dair daha sağlam veriler oluşturulmasını sağlanacaktır.

En nihayetinde doğal hukuk kuramı belirli ilkeler çerçevesinde açıklanan; bu ilkelerinde hiçbir özel koşul ve şartı göz önünde bulundurmadan öteki türlüünün düşünülmesinin bile olanaklı olmadığını öne süren radikal bir yapıya sahiptir. Eleştirilerin odak noktası da işte tam olarak bu husustur: Her ilkenin hukuki bazı eylemlerde ki özel durumlara göre değiştirilemeyecek olması, doğru değerlendirme yapmayı ortadan kaldıracaktır. Sadece kâğıt üzerinde benzer durumlara göre dizayn edilmiş yasalara göre hareket edilmesine olanak sağlayacaktır. Bu durum hukukun temel amaçları olan hakikat, adalet gibi sonuçlara ulaşmaya engel olabilecektir. İnsan olanaklar varlığıdır. Yani bir eylemde bulunurken belki onlarca belki yüzlerce; belki de milyonlarca olanaklar içerisinde tek birini seçen ve buna göre o eylemini şekillendiren bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla bu olanakların devre dışı bırakılıp her tek durum için genel ilkelere başvurulması adalet ve eşitlik arayışlarına gölge düşürebilmektedir.

“Aşıkâr bir biçimde gerçek olan insan doğasına ilişkin her tür genelleme belirli durumlarda tam olarak ne yapmamız gerektiğini söyleyemeyecek kadar muğlak olacaktır” (Ingram, 2019, s. 44).

Bir ilkeler yığını olarak kabul edilen doğal hukuk için; yasaların, yönetmeliklerin, anayasa hükmünün ya da yargının verdiği bir kararın, gerçek manada hukuki nitelik kazanabilmesinin önemine dikkat çekmektedir. Bu anlayışa tabi olan toplum içindeki tek tek bireylerin ise söz konusu bu ilkeleri adil ve iyi olarak tanınması gerektiğinin özellikle altını çizmektedir. Yani ilkelerin adalet ve iyilik gibi içeriklerle oluşması yetmez; aynı zamanda bu ilkelerin toplum tarafından benimsenmesi de gereklidir. Buradan hareketle yasalar, yönetmelikler, anayasa hükümleri ve yargı kararları adaletten ve iyilikten uzaklaştıkları

ölçüde hukuken daha az bağlayıcı hale gelirler. Bundan dolayı adalet ve iyilik hukuk kavramının yegâne anlamının en önemli yapı taşını oluşturmaktadır (Ingram, 2019, s. 41).

İlkeler söz konusu bu radikal anlamından ötürü eleştirilerin odak noktasında bulunmuşlardır. Bundan dolayı genel olarak geçmiş dönem doğal hukuk görüşlerinden hareket edilmektedir. Bu eleştirilerden en önde geleni özellikle geleneksel dönemde tanrı/din temelli kabul edilen doğal hukuk anlayışıdır. Buna göre, “adalet ve iyiliğin ne olduğunu nereden biliyoruz ?”¹⁰ şeklinde ki bir soruya doğal hukukun geleneksel bakımdan Tanrı’nın amaçlarına göre belirlenen bir cevap verilmiştir. Tanrının da yansımaları doğada açığa çıktığı için, insan aklıyla doğa yansıyan tanrı yasalarını keşfedebilir. Bu cevap doğal hukuka eleştirel perspektifte bakan camialar için tatmin edici değildir; çünkü geçmişten o zamana kadar birçok tanrı anlayışları bilinmektedir. Her insanın da aynı tanrıya inanması mümkün olmadığına göre tek bir Tanrı’dan hareket ederek bütün Tanrıların aynı amaçları olduğunu varsaymak doğru bir yaklaşım tarzı olamaz. Bunun yanında zaten Tanrı fikrinin bir kavram olarak bulunması içeriğinin doldurulamamış olması, bilimsel anlamda modern fiziğin, doğanın ilahi amaçlarını gerçekleştirmek için çabaladığından bahsetmek hiçbir anlam ifade etmemektedir.

Ortaçağ döneminin önemli savunucularından olan Aquinas bu eleştiriye çok önceden fark etmiş olacak ki; ortaya koyduğu kuramının temel hareket noktası olarak inanç yerine aklı ön plana çıkarmıştır. Yani doğal hukuku tahayyül edebilmenin yolu aklın mutlak olana ulaşmak olduğunu dile getirmiştir. Seküler anlayışın egemen olduğu dönemden Maritain (1882-1973) adlı düşünür de Aquinas’ın bu görüşleri ekseninde bir yanıt vermiştir. Maritain’ine göre, doğal hukukun tanrının amaçlarına değil de ‘hayır işlemek ve şerden kaçınmak’ için evrensel nitelikli ‘istidatlar’ ve ‘eğilimler’ bütününe ifade eden insan doğasına dayandırmaktadır (Ingram, 2019, s. 43).

Söz konusu eleştirilere getirilen bu türden yanıtlardan farklı olarak, Kant’ın temel bazı görüşleri de bu türden bir yanıt olmasının yan sıra aynı zamanda doğal hukukun modern görünümünün de içini dolduran etik anlayışından bahsetmek gereklidir. Buna göre, Kant’ın yüzyıllar önce etik görüşünün temeline dayandırdığı “maksim” doğal hukuk için de geçerli olabilecektir. Buradan hareketle Kant’ın etik anlayışı ve “maksim” tam olarak ne alama

¹⁰ Bu soruya verilen tanrı/din merkezli cevap daha çok doğal hukukun Orta çağ döneminde ki anlayışı referans alınarak yanıtlanmıştır.

gelmektedir? Bu soruya Kant kısaca şöyle bir cevap vermektedir:

Öyleyse, istemenin özgürlüğü özerklikten başka, yani istemenin kendi kendine yasa olma özelliğinden başka ne olabilir? “İsteme, bütün eylemlerde kendisi bir yasadır” önermesi ise, yalnızca “kendini genel bir yasa olarak da nesne edinebilecek maksim-den başka hiçbir maksimle eylemde bulunmama” ilkesine işaret eder. Bu ise, tam kesin buyruğun ve ahlâklılık ilkesinin formülüdür: demek ki özgür bir isteme ile ahlâk yasaları altında olan bir isteme aynı şeydir (Kant, 2015, s.65).

Kant’ın bu bakış açısı, o zamana kadar hiç yapılmayan bir şeyin olanaklı olduğunu öne çıkardı: Bu ahlâkın genel-geçer bir yasa olmasından başka bir şey değildir. Kant için bu etik diye tanımlanan şeydir. Buna göre ahlâklılığın temel ölçütü aynı zamanda istemenin de temel ölçütüdür. Yani bir eylemin iyi ya da kötü, ahlâki ya da gayri ahlâki olmasını sağlayan ilke aklın etik ilkeleridir. Aynı zamanda bu istemenin de ilkeleridir. Yani genel yasa olan aynı zamanda özel yasa olandır. İşte etik ilkelerin, doğal hukuk ilkeleriyle bu benzerliği aslında birbirleri arasında bağların da olduğunu açık bir biçimde olmasa da dolaylı yoldan ortaya koymaktadır. Kuramsal açıdan düşünüldüğünde hukuki pozitivizmin beslendiği en önemli kaynak doğal hukuk düşüncesi olmuştur. Dolayısıyla hukuki pozitivizmin düşünsel alt yapısının şekillenmesinde önemli bir neden olmuştur. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse doğal hukukun ahlâki bazı kural ve normlarının, hukuk ile bir araya getirip yorumlaması, hukuki pozitivizmin karşı çıkışına ve bu bağlamda etik ilkelerden pozitif ilkelere geçiş zemin hazırlamasına sebep olmuştur.

En başından beri etik ilkelerin hukukun içerisine dahil edilmesi; bu çerçeve içinde değerlendirilmesi ve uygulanması doğal hukuk düşüncesinin temelidir. Bu anlamda hukuki pozitivizm de işte bu anlayışa bir karşı çıkış olarak oluşturulmuştur. Buna göre, doğal hukukun asıl iddiaları, bir normun hukuki geçerliliğinin onun maddi ahlâki niteliklerine zorunlu olarak bağlı olduğu fikridir (Wacks, 2018, s. 60). Burada ahlâki ilkeler doğal hukuk açısından vazgeçilemez bir kaynaktır. Çünkü hukukun asıl tecellisi olan adalet mutlak ya da mutlak olana en yakın olmasıyla şartıyla uygulanabilmektedir. Er ya da geç, bir şekilde adalet tecelli ederse doğal hukuk amacını gerçekleştirmiş olacaktır. Bu görüş hukuki pozitivistler tarafından açık bir şekilde reddedilmiştir. Bunun en önemli sebebi doğal hukukun iddia ettiği gibi adalet, hukuki pozitivizmi için olmazsa olmaz bir şart değildir. Çünkü toplumsal bir

varlık olan insan tarihsel çağlar düşünüldüğünde sanılan aksine her çağda adalet arzusu içinde olmamıştır. Sözelimi kabile toplumlarında kabul edilen anlamıyla bir hukuktan bahsedilemez. Bu toplumlarda yaşama biçimi günümüzde geniş ailelerde ki yaşam biçimi gibidir. Bu geniş ailelerde ki roller onlara yüklenen nitelikler ve cinsiyetlerine göre oluşturulur. Kabilede ki işleri düzenleyen ve bireyleri bir araya getiren unsur kabile üyeleri tarafından kabul gören temel ahlâki geleneklerdir (Ingram, 2019, s. 45). Dolayısıyla bu kadar ayrışmanın olduğu bir toplumsal yapının adil ya da eşit bir düzenle hareket etmesi; hatta hareket etmek şöyle dursun böyle bir anlayışın teorik olarak bilinmesi dahi söz konusu değildir. Bu bağlamda hukuki pozitivizm sadece yeni bir düşünce olarak vuku bulmamış; aynı zamanda tarihsel açıdan da böyle bir temellendirmeden hareket etmiştir.

Burada hukuki pozitivizmin bu denli doğal hukuk karşıtlığı aslında kendi düşünce yapısına çok ciddi zararlar vermiştir. Bu durumun en çarpıcı örneği yukarıda da belirtildiği şekliyle adalet kavramının göz ardı edilmesidir. Hukuk ile iç içe geçmiş olan adalet kavramının bir hukuk kuramında yer almıyor olması hiçbir şekilde kabul edilemez bir bakış açısidir. Her ne kadar tarihsel bir realite çerçevesinde temellendirilme yapılmış olsa da hukukun yegâne amaçlarından birinin devre dışı bırakılması hukukun anlamını kaybetmesine sebep olacaktır. Bu çerçevede böyle bir anlayış zaman içerisinde hukuku ya tamamen ortadan kaldıracak ya da tekelleşmiş bir halde araç haline dönüştürecektir. Dolayısıyla, hukuki pozitivizm yapısal olarak doğal hukukun yerine yeni bir hukuk düzeni getirilme amacıyla oluşturulmuş olsa da zaman içerisinde bu amacın yerine getirilemediği görülmüş ve hukuk, hukuki pozitivizmle birlikte asıl anlamını kaybetmiştir. Bunun yanında etkisi giderek kaybolan doğal hukukun da değerinin ve öneminin anlaşılmasının önünü açan bir sebep olmuştur.

Bu amaçla ortaya çıkan hukuki pozitivizmin en az ortaya çıkış amacı kadar bir başka önemli hususta içeriğinin nasıl olması gerektiği ve kaynağının nereden geldiğidir. Hukuka dair bir normun, ortaya çıkarken kaynağının ne olduğu sorusuna hukuki pozitivistlerin yanıtı genellikle doğal hukuk kuramına bir karşı tez olması şartıyla oluşturulmaktadır. Dolayısıyla hukuki pozitivizmde kullanılan bazı alt prensipleri de bu çerçevede oluşturulmuştur. Bu tezlerin kökeni, Bentham ve John Austin'e dayandırılmaktadır. Bu anlamda, modern hukuki pozitivizmin, klasik hukuki pozitivizme dayandığı ileri sürülebilir. Ancak modern hukuki pozitivistlerin bu tezleri yorumlamaları ve ortaya koymaları, klasik hukuki pozitivizmden

farklılıklar göstermektedir. Öte yandan, modern hukuki pozitivistler arasındaki tartışma, soyağacı tezi ve özellikle ayrılabilirlik tezi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür tartışma da, aşağıda belirtilecek olan farklı hukuki pozitivizm versiyonlarına yol açmaktadır. Burada, öncelikle, soyağacı tezi üzerinde durulacak, ardından da buradan hareket edilerek ayrılabilirlik tezinin anlamı belirlenmeye çalışılacaktır (Uygur, 2003, s. 146-147).

3.1.1. Soyağacı Tezi

Amerikalı filozof ve yazar Kenneth Himma'nın yaptığı genelleşmeye bakıldığında hukuki pozitivizme ana karakterini veren prensiplerden olan *soy ağacı* tezine ya da diğer adlandırılmalarıyla, *kaynak* tezine ya da *sosyal* teze göre hukuki geçerlilik belli başlı sosyal olguların işlevidir. Başka bir deyişle bir sosyal normun, bir toplumsal normun hukuken geçerli bir norm olup olmadığını bir hukuk normu bir hukuk kuralı olup olmadığını, yani belli bir olması gereken ifadesinin yasa teşkil edip etmediğini belirlemek için onu bir soy ağacı testine tabii tutmak gerekir.

John Austin'in yöntemiyle ise soy ağacı kuramı şöyle anlaşılmalıdır: belli bir toplumdaki bir kuralı hukuk normu ya da yasa sayılabilmesi için o toplumda egemenin buyruğu olmasını gerektirir. Yani normun temeline inebilmek için öncelikle egemenin görüşlerine değinmek gerekir. Bu sebeple Austin'in görüşünün iradeci pozitivizm olarak anıldığını belirtmek gerekir. Nitekim Austin'in pozitivizmi egemenin buyruğu koşuluna atıfla buyruk kuramı olarak da bilinmektedir. Austin'e göre egemenin bulunduğu toplum aynı zamanda bir siyasal toplum olmalıdır. Yani toplumdaki egemene toplumun üyeleri alışkanlıkla itaat ediyor olmalıdır. Bunun yanında söz konusu normun belirli bir yaptırım tehdidi içermesi gerekmektedir (Uygur, 2003, s. 147).

Normun egemen tarafından belirlenmesi bu anlamda bir ön koşul olarak değerlendirilir; ancak Austin'in düşüncesinden farklı olarak normun bir buyruk sayılabilmesi için sadece egemeninin iradesinin yeterli olduğu düşünülemez. Bu bağlamda geçerliliğin bir başka ölçütü de normların toplumun genelinin düşüncesiyle ters düşmemesi de gerekir. Bir kuralın toplumdaki hukukun kaynağı ile bağlantısı kurulabiliyorsa, o kural geçerlidir. Bu anlamda hukuki çerçevede hazırlanan kuralların, toplumda daha önceden kabul edilen kültürel ya da buna benzer kurallar ile uyumu gerekmektedir (Aktaş, 2020, s. 5). Yani sözgelimi toplumsal yapısı gereği kültürel bir anlayış olan akraba evliliğinin kabul görmediği

bir toplumda, hukuki olarak da akraba evliliğini yasaklayan ya da sınırlaya bir kural yasalaştırılabilir. Buradan hareketle ise yasa olarak resmi bir boyut kazanan bu anlayış daha öncesinde de toplumsal yapı tarafından genel-geçer bir şekilde kabul gördüğü için fiilen de uygulanabilecektir. Benzer şekilde, bir suç sonucundan, o suçun boyutuna göre idam cezasının uygulanması eğer toplum tarafından kabul edilip, benimseniyorsa, idam yasalaştırılıp resmi bir boyut kazanabilir. Dolayısıyla kuralın içeriğinin evrensellik boyutunun hiçbir önemi yoktur; aksine daha çok yerel bir anlayış hâkim kılınmıştır. Eğer bir kuralın içeriği, o kuralın oluşturulduğu yerin toplumsal yapısına göre uygun kabul edildiyse o kural geçerlidir. İçeriğin ne olduğu da bu anlamda önemli değildir.

Buradan hareketle söylenecek olursa, soyağacı kuramına göre, kuralın adil olup olmaması da kuralın varlığı ve geçerliliği için önemli değildir. Her ne kadar doğal hukuk kuramları için adalet kavram hukukun yegâne parçası gibi gözüküyor olsa da hukuki pozitivismdeki bu prensip hukukun olmazsa olmaz olarak kabul ettiği bir düşünceyi devre dışı bırakmış olacaktır. Bunun yanın sıra toplumdaki rolleri ya da görev dağılımını da sosyal yaşamın doğal bir zorunluluk olarak kabul eden soy ağacı tezine göre yine doğal hukukun temel amaçlarından olan eşitlik düşüncesini de ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla hukukun temel normlarından olan hem adalet hem de eşitlik yerini güçlünün daha az güçlüyü ezdiği, hakkını gasp ettiği bir anlayışa bırakmıştır. Dahası hukuki pozitivismde bu anlayışa hukuki bir zemin hazırlamıştır.

Bu görüş hiç şüphesiz en öncelikli olarak doğal hukuk düşüncesini hedef alan bir düşünce ortaya koymuştur; çünkü, genelde doğal hukuk teorileri, hukuku içerik bakımından tanımladıkları için, hukuk devleti bakımından da içeriği esas alan maddi hukuk devleti teorilerini esas alırlar. Tam aksine hukuki pozitivism ise içerikten çok sosyolojik olgulara yönelmiş var olan hukuki sorunların doğal sebeplerden olduğunu öne sürmüş ve bu yanlış düzenin korunmasına önayak olmuştur.

3.1.2. Ayrılabilirlik Tezi

Bir diğer hukuki pozitivism prensibi de ayrılabilirlik tezi olmuştur. Bu tez soy ağacı tezinin hukukun kaynağına ilişkin değerlendirmelerinin aksine daha çok doğal hukukun ahlâkilik ölçütünü hedef almıştır. Bundan dolayı hukuki pozitivismin içeriğinin ne olmasını değil de ne olmamasına yönelik bir düşünce ortaya koymuştur.

Ayrılabilirlik tezi, pozitivizmin iki formuyla ilişkili olarak ortaya konabilir. Şöyle ki, birinci formunda pozitivizm, hukukun hiçbir ahlâki teste dayanmayı gerektirmediğini savunan geleneksel pozitivist iddiayı içermektedir. Pozitivizmin ikinci formu ise, hukuki geçerliliğe ilişkin ahlâki kriterlerin olabileceğini savunmaktadır. Ancak, ahlâkiliğin hukuki geçerlilik kriteri olabilmesi için, bu kriterle ilişkin konvansiyonun, hukuki topluluk tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Buna göre ayrılabilirlik tezi en genel manasıyla hukuk ile ahlâkiliğin¹¹ kavramsal olarak birbirinden ayrı olduğunu iddia eder. Bu anlayışı farklı şekillerde yorumlamak mümkündür. Nitekim analitik pozitivizm içinde yer aldığı kabul edilen yazarlar bu farklı yorumlardan beslenip, kendi içinde spesifik yorumlar üretmişlerdir. (Uygur, 2003, s. 154).

Bu yaklaşımlardan birisi radikal bir çözüm ortaya koymuştur: buna göre hukuka ilişkin tanım ve tespitler kesinlikle ahlâki kavramlara başvurmaz ve referans olarak kullanamaz. Öyle ki böyle bir tanım hukukun ahlâki değer yargılarıyla yürütülmesi pratik açıdan zaten mümkün değildir. Bu denli keskin bir ayrım doğal hukukun hâlâ geçerliliğini sürdürdüğü bir dönemde hiç şüphesiz sadece bir fikir olarak kalmakla yetinmiştir. Dahası hukuki pozitivizm savunucuları da bu görüşü dikkate almamıştır. Netice itibarıyla bu kadar sığ kalan bir hukuki pozitivizm tezi farklı yaklaşımların önünü açmıştır (Uygur, 2003, s. 154).

Bundan dolayı daha ılımlı farklı bir yaklaşıma göre ise hukuk ile ahlâkılık arasındaki kavramsal ayrılık hukuki geçerlilik konusuna ilişkindir. Daha başka bir ifadeyle söylenecek olursa hukuki geçerlilik koşulları arasında ahlâki ölçütler bulunmamaktadır. Dolayısıyla ahlâki ölçütlerin hukuka yön veremeyeceğini, bizzat hukuki geçerliliği ile değerlendirip tespit etmek mümkün olacaktır. Bu yaklaşımda ise özellikle değinilmesi gereken farklı bir ayrışma söz konusudur. Buna göre hukuki pozitivizm kuramında günümüz yorumları arasında yaşanan bölünmede dışlayıcı pozitivizm olarak bilinen görüşün tarafları hukuk ile ahlâk arasındaki ayrımın zorunlu bir ayrım olduğunu öne sürerler. Yani hukuki geçerlilik koşulları arasında kesinlikle ahlâki ölçütlere yer verilemez. Bundan farklı olarak kapsayıcı pozitivizm olarak bilinen taraf ise hukuk ile ahlâk arasında zorunlu bir bağ olmadığını söylemekle

¹¹ Burada önemli olan ahlak ile etik arasında hukuki pozitivistlerin bir ayrım yapıp yapmadıklarıdır. Ahlak olan, yani kültürel normlar ya da gelenek, görenek, örf, adet ve inanışlar genel geçer olmadıkları ve öznel oldukları, toplumdan topluma değişebildikleri için zaten hukuki olan için nesnel bir ölçüt olamayacaklardır. Oysaki etik, evrensel ve objektif olanı ilkeleri içerir, bu sebeple hukuk normlarının dayanağı da insan hakları normları gibi etik ilkeler olabilmelidir. Pozitif hukukçuların “ahlak”ı hangi anlamda ele aldıkları ya da ne anladıkları bu bağlamda önemlidir.

yetinebilirler. Dolayısıyla kabul edilmeyen şey doğal hukukçulara karşı atfedilen hukukilik ile ahlâkîlik arasında zorunlu bir bağ olduğu yani hukuki geçerliliğin ahlâki geçerliliğe bağlı olduğu görüşüdür. Bununla birlikte kapsayıcı pozitivizme göre hukuk sisteminin tanıma kuralı ahlâki ölçütlere referans yapıyorsa sistemin kendi mantığı içinde elbette böyle bir ölçüt hukuki pozitivizmin kabulleriyle uyumlu olacaktır. Yani burada dikkat çekilen husus eğer ahlâki ilkeler hukukun içeriğini belirliyorsa bir problem olabilir; ancak aksine hukukun oluşturduğu normlara göre ahlâki kurallar uyum gösteriyorsa herhangi bir karşıtlıktan ya da ayrılıktan söz edilemez. Bununla birlikte hukuki pozitivistlerin büyük çoğunluğunun hukuk ile ahlâk arasındaki genel ilişkileri reddetmediğini söylemek gerekir. Yani hukuk her zaman belirli ahlâki değerleri yansıtır, korur ve destekler. Bu bağlamda kapsayıcı pozitivistler, hukuki pozitivizm içinde hukuk ile ahlâ arasında ki ayrıma en ılımlı bakan taraf olarak söylenebilir (Ural, 2016, s. 48-49).

Ayrılabilirlik tezinin içeriği bu anlamlarda çok fazla farklı bakış açılarıyla şekillenmiştir; ancak şöyle özetlenecek olursa, ayrılabilirlik tezi, pozitivizmin iki formuyla ilişkili olarak ortaya konabilir. Şöyle ki, birinci formunda pozitivizm, hukukun hiçbir ahlâki teste dayanmayı gerektirmediğini savunan geleneksel ve aynı zamanda aşırı radikal pozitivist iddiayı içermektedir. Pozitivizmin ikinci formu ise, hukuki geçerliliğe ilişkin ahlâki kriterlerin olabileceğini savunmaktadır. Daha ılımlı bir bakış açısı sergilen bu anlayış ahlâkiliğin hukuki geçerlilik kriteri olabilmesi için, bu kriterle ilişkin konvansiyonun, hukuki topluluk tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. (Uygur, 2003, s. 152)

Bu tezi hiçbir anlamıyla kabul etmeyen bir tarafta vardır: “*genel olarak hukuki pozitivistler, hukuku biçimsel özellikleriyle tanımladıkları için hukuk devleti anlayışları da buna yakındır. Bunun istisnaları olabilir. Örneğin Fuller, doğal hukuk teorisini benimsemesine karşın, biçimsel anlamda bir hukuk devleti anlayışını benimser. Ancak daha yakından bakıldığında, bunun yine Fuller’ın hukuk kavramıyla alakalı olduğu görülür. Çünkü Fuller, prosedürel (biçimsel) nitelikli bir doğal hukuk anlayışına sahiptir; hukuku içeriği ile tanımlamaz. Fuller’ın pozitivistlerle arasındaki fark, ayrılabilirlik tezini reddederek hukuk devletinin nitelikleriyle hukuk kavramı arasında zorunlu ilişki kurmuş olmasıdır*” (Aktaş, 2020, s. 6-7).

Fuller için ayrılabilirlik tezi gibi hukuki pozitivistin içini doldurmayan bir anlayış üzerine düşünce ortaya koymak beyhude bir çaba olacaktır. Aynı zamanda böyle bir meşguliyet içerisine girmekte zaten hukuken çok sağlıklı bir bakış açısı olmayacaktır. Bunun yerine gerek hukuki normları gerekse de ahlâki ilkelerin varlığını bir şekilde kabul edip bu eksende değerlendirmeler yapmak daha anlamlı olacaktır. (Ingram, 2019, s. 60)

3.2. Pozitif Hukukçulara Yöneltilen Eleştiriler

Her ne açıdan bakılırsa bakılsın hukuki pozitivistin kuramı, doğal hukuk kuramına yönelik bir eleştiri perspektifinde ortaya çıkmıştır. Bu anlamda asıl gaye yeni bir hukuk sistemi oluşturmaktan ziyade, doğal hukukun öne sürdüğü savları çürütmek olmuştur. Bu durum hukuki pozitivistin öne sürdüğü savları temelsiz ve tutarsız kılmıştır. Özellikle klasik hukuki pozitivistin savunucularından olan Kelsen'in hukuka dair fikirleri bu durumun en çarpıcı örneklerinden kabul edilebilir. Kelsen'in daha önceki bölümlerde de bahsedildiği şekliyle hukuk sistemini oluştururken, bu sistemin önemli parçaları olan sosyoloji, psikoloji gibi sosyal bilimlerden ayrı bir yere konumlandırılan ve bunun yerine biyoloji, fizik ve kimya gibi fen bilimleri alanlarının izledikleri yöntemi yani temel hareket noktalarını hukukun da kullanması gerektiğini öne sürmüştür. Buradan hareketle ise hukuk sisteminin belirli yığınlar içinde gelişebileceğini belirtmiştir. Bu yeni düşünce modelini ortaya koyarken bir hususu gözden kaçırmıştır. Bu da hukukun merkezinde insanın olmasıdır. İnsan yapı olarak belirli kalıplar içerisinde değerlendirilebilecek bir özelliğe sahip değildir. Dolayısıyla bilimin kullandığı bazı teknik işleyişlerin, merkezinde insanın bulunduğu hukuk alanı içerisinde de kullanmak beyhude bir çaba olacaktır. Nitekim Kelsen'in her ilkenin daha önceden ortaya çıkan ilke ya da ilkelerle bağlantılı şekilde ilerleyebileceğine ve en sonunda bu ilkeleri *Grundnorm* olarak isimlendirdiği, varsayım olarak kabul ettiği bir ilkenin içine dahil edilmesi, hukukun içeriğini oldukça bulanıklaştırmıştır. Üstüne her ne kadar doğal hukukun genel-geçer yapısı ekseninde bir eleştiri ortaya koymuş olsa da aynı şekilde Kelsen'in ortaya attığı hukuk sistemi de genel-geçer olmaktan daha ileriye gidememiştir.

Modern doğal hukuk kuramcılarının biri kabul edilen Lon Fuller (1902-1978) hukuki pozitivistin bu temelsiz ve aynı zamanda tutarsız bakış açısını görmezden gelmemiştir. “*Fuller'in hukukî pozitivistin eleştirisi şu şekilde özetlenebilir: Hukukî pozitivistin hukuku bir nesne olarak ele almaktadır -aynen, diğer bilimsel ya da bilim benzeri araştırmaların konuları gibi, bir inceleme nesnesi olarak-. Ancak hukuk, bir yöntem ya da*

işlev olarak ele alındığı takdirde daha iyi anlaşılabilir” (Bix, 2004, s. 312). Ancak hukuk sadece, mikroskop altında tarafsız bir şekilde incelenecek bir nesne ya da varlık değildir; hukuk bir insan tasarımıdır, örtük ve ahlâkî bir amaca sahiptir. Dolayısıyla bu amaca ulaşabilmenin en öncelikli yolu insanın ortaya koyduğu değerleri kullanmalı bu ekseninde ilkeler geliştirilmelidir. İnsanların toplumda bir arada var olabilmeleri ve iş birliği yapabilmeleri bu anlamıyla bağlı oldukları topluma ne kadar adapte olduklarıyla ilgilidir. Mesele sadece hukukun bir ideale sahip olması değildir; aynı zamanda, ulaşmaya çalıştığı ahlâkî ideali anlamadan, hukuku doğru bir şekilde anlamak da mümkün olmaz. Hukuk, ‘insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma teşebbüsüdür. Dolayısıyla hukuk, ondan az farklı idari emir süreciyle karşılaştırıldığında, bir yöntemdir (Bix, 2004, s. 313). Bundan dolayı hukuk Kelsen’in söylediğinin aksine bilimin yöntemiyle değil insanın ortaya koyduğu değerler aracılığıyla gelişir. Bu anlamda insanda en önemli değerlerinden biri olan ahlâkî ilkelerde hukuk sisteminin en önemli kaynaklarından biri olacaktır.

İşte buradan hareketle bir diğer önemli eleştiri noktası ise hiç şüphesiz hukukun içeriğinde hep var olan ahlâkî ilkelerin tamamen devre dışı bırakılmasıdır. Füller’e göre, *“hukukî pozitivizm, hatalı bir şekilde, hukukun varlığını ya da yokluğunu ahlâken değerlendirmesi gerekli olmayan bir konu olarak görmekte ya da böyle inanmaktadır”* (Bix, 2004, s. 312). Hiç şüphesiz bu bir inançtır. Çünkü hukukun ahlâk kurallarından soyutlanmış olması en başta hukukun amacıyla örtüşmeyecek bu durumdur. Dahası bu ayırım yapıldıktan sonra hukukun içeriğinde çok ciddi bir boşluk oluşmuş ve bu boşluk hukuki pozitivizm savunucuları tarafından bir takım siyasi emeller düşünülerek doldurulmaya çalışılmıştır. Yani doğal hukukun hukuka kaynak gösterdiği ahlâkî ilkeler hukuki pozitivizm içinde kişisel çıkarlar bulunan siyasi ilkelere dönüştürülmüştür.

Yaşanan bu farklılık hukuki pozitivizme başka bir eleştiri getirmenin yolunu açmıştır. Bu anlamda Füller için üçüncü ve en çarpıcı eleştirilerden birisi hukuki pozitivizmin bu anlayışıdır. Füller’e göre, *“hukukî pozitivizm hukuku, ‘iktidarın tek taraflı ürünü’ olarak sunmaktadır. Ne var ki devlet görevlileri ile vatandaşlar arasında bir karşılıklılığın varlığı düşünülürse, hukuk daha iyi anlaşılabilir”* (Bix, 2004, s. 312). Fuller’in bu eleştirileri aslında sadece teorik olarak değil pratik olarak da bir karşılık bulmuştur. Bugün siyasi bakımdan düşünüldüğünde, özellikle güçler ayrılığı ilkesinin kabul edilmediği ya da kabul edilse dahi uygulanmadığı ülkelerde ki hukuk, hukuki pozitivizmin etkisiyle tekelleşmiş daha

da önemlisi kimi siyasi yapıların amaçları uğruna araçsallaşmıştır.

Hukuk her geçen yüzyıl farklı şekillerde yorumlanmış, değerlendirilmiş ve uygulanmış; günümüze ulaşınca kadar da bu süreç devam etmiştir. Dworkin (1931-2013)'de bu değişim ve dönüşümün önemli bir temsilcisidir. Dworkin aslında o zamana kadar ortaya atılan bütün hukuk kuramlarını değerlendirmiş ve bu perspektifte bir görüşü kabul etmekten ziyade, farklı görüşleri bir araya getirip sentezini yapmıştır. Bu anlamda çağın en etkili hukuk düşünürü olan Dworkin her kesimden olumlu ve olumsuz eleştirilere de maruz kalmıştır. Dworkin'in bu eleştiri oklarını üstüne çekmesinin sebebi kendi eleştirilerinden de kaynaklandığı su götürmez bir gerçektir. Özellikle hukuki pozitivizm üzerine yönelik eleştirileri düşünüldüğünde bu eleştirilerin odak noktasında birçok doğal hukuk savunucularında da görüldüğü üzere ahlaki ilkelerin devre dışı bırakmasının yarattığı olumsuz etkiler olduğu söylenebilir. Bunun yanında Dworkin sadece hukuki pozitivizm üzerine değil; aynı zamanda doğal hukuka yönelik eleştirilerinin de olduğunu mümkündür. Bu anlamda klasik doğal hukuk anlayışı savunucularının hukuka dair varsayımlar öne sürerken evrenselliğin temel şart olmasını belirtmesi, ortaya konulan ilkelerin zamandan bağımsız, yani her dönem geçerliliğini koruyacak olması gibi görüşleri şiddetle reddeder. Dworkin'e göre hukuk, ne hukuki pozitivizmin iddia ettiği gibi ahlaktan bağımsız olabilir; ne de doğal hukukun idealize ettiği gibi evrensel olabilir (Wacks, 2018, s. 87).

Daha önceki bölümlerde hukuki pozitivizm savunucularının doğal hukukun içeriğinden, yani iddia edildiği gibi ahlaki alt yapının anlamsız oluşundan hareket ettiğini ve bundan dolayı hukukun ne olmasını değil ne olmaması gerektiğini söylediğine dair eleştirilerin olduğu belirtilmiştir. Bu anlamda Dworkin'de diğer hukuki pozitivizm eleştirileri yapanlar gibi bu eleştiri üzerinden hareket etmiştir. Dworkin'e göre hukuki pozitivizm her ne kadar pozitif bir yasanın teorik alt yapısını amaç edinse de olumsuz bir değerlendirmeden hareket edildiği için negatif bir düşünce oluşturmuş olur.

Dworkin, doğal hukuka ve daha ziyade hukuki pozitivizme yönelik eleştirileri ekseninde, hukukun kaynağının, içeriğinin ve en nihayetinde uygulanmasının temel şartlarını belirlemeye girişmiştir. Bu çerçevede her şeyden önce hukukun sanılan aksine hukuki pozitivizmin öne sürdüğü gibi, salt beşeri bir varlık olarak insanlar tarafından oluşturulması savı yetersizdir. Bunun sebebi hukuka konu olabilecek her olayın, her olgunun çok fazla sayıda nedenlerle açıklanabileceğinden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda bir olayın sadece

yasalar üzerinden hareket edilerek değerlendirilmesi ve yine sadece bu yasalar ekseninde bir yargıya varılması, söz konusu olayın arkasından yatan farklı nedenleri ya da sebepleri göz ardı etmeye olanak sağlayabilir. Sözgelimi bir vasiyatname sonucu varis olan kişinin birtakım emelleri dolayısıyla bir an önce vasiyeti uygulamaya koyabilmek için murisi öldürmesi ve mirasa sahip olmasının hukuki bir yaptırımının olması gerekir. Eğer sadece salt yasalara göre hareket edilip olayın iç yüzü değerlendirilmezse, varisin işlediği suçun cezasız kalması söz konusu olur ki, bu durumda hukuk en temel amaçlarından biri olan adalet ilkesini yerine getirememiş olur. Bunun yanında hak ve hukuk sağlanamaz, hukuk değersizleşir. Bu durumda, doğru olan hukuki pozitivizmin iddia ettiği gibi salt yasalarla değil; aynı zamanda olayın iç yüzünü yani altından yatan başka sebebi ya da sebepleri öğrenmekte gereklidir. Dworkin'e göre, bu çetin davaların değerlendirmesini hiç şüphesiz hukuku, yasaları icra eden uygulayan yargıç tarafından yapılır. Bu halde yargıç hem yasaya göre hareket eden hem de yasanın çözümleyemeyeceği durumları belirli ahlaki ilkelere göre yorumlamalıdır. Yani örneğe geri dönülecek olursa, yargıç varisin bu emelle murisi öldürüp, mirasa hak kazanmış olması veraset gereği geçerli gibi görünse de ilkesel olarak 'kimse kendi yanlışından kazanç sağlamamalıdır' şeklinde ki bir ilkeye ters düşmektedir. Dworkin için bu tarz ilkeler ahlaki açıdan düşünüldüğünde temel bir şarttır. Bu anlamda, ilkeler de en az yasalar kadar gereklidir ve geçerli olmak zorundadır. Bu sebeplerden dolayı katil, kurbanından miras alamamalıdır (Wacks, 2018, s. 87-92).

Dworkin'e göre hukuki pozitivizm savunucularının yaptığı en çarpıcı hata hukuki bu tarz davalar sırasında yargıcın birtakım hukuk dışı normlar ekseninde, kendi kanaatlerine başvurarak karara varması olmuştur. Burada hata doğrudan yargıcın kendi kanaatlerine başvurması değildir. Belirtildiği şekliyle her dava hukukun sadece yasalarıyla çözümlenemez. Elbette yargıçların kendi kanaatleri en az yasanın içeriği kadar önemlidir; ancak bu kanaatler siyasi emellerle, toplumsal olgular ya da kişisel çıkarlar ekseninde oluşturulursa hukukun en temel ilkeleri ihlal edilmiş olur. Dworkin'e göre, hukukun kurallarının tükenmesi, yani kuralların davayı neticelendirmemesi bir sorun oluşturur. Bu sorun ancak kişisel ve bu nedenle potansiyel olarak, keyfi bir takdirin kullanılması ile çözülebilir. Bu durum ise bir hukukçu için çok zor bir durumdur.

Bu yüzden Dworkin bir hukukçunun kişisel kanaatini keyfî olarak değil; ahlaki ilkelere başvurarak hareket edilmesi gerektiğini göre hareket edilmesi gerektiğini özellikle belirtmektedir. Bu nedenle hukuki davalarda ki, yargıcın kanaati çok çetin ve bir o kadar da kıymetli bir iştir. Bundan dolayı Dworkin aslında kişisel kanaatlere değil kişisel kanaatlerin içinde yer alan hukuk dışı olan etkenlere karşı çıkmaktadır.

Modern anlamıyla doğal hukuku yeniden kendi tarzıyla yorumlayan Dworkin hukuka dair fikirlerini ortaya koymadan önce açıklandığı gibi hukuki pozitivizm eleştirisi üzerinde durmaktadır. Bu eleştirilerine, hukuki pozitivizmin en önemli temsilcilerinden biri olan Hart'ın düşüncelerine yönelik itirazları ile başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dworkin'e göre hukuki pozitivizm asıl ihtiyacı olan ahlaki ilkelere başvurmak yerine siyasi bazı normlardan hareket etmiş olması, hukukun en temel amaçlarına zarar vermiştir. Hart, bu anlayışa göre hareket eden hukuki pozitivistlerden birisidir. ¹² *Dworkin için hukuk, Hart'ın iddia ettiği gibi, sadece kurallardan ibaret değildir; hukuk Dworkin'in deyişiyle kural-olmayan ölçütleri de içerir. Bir mahkeme, çetin bir davayı karara bağlamak durumunda olduğu zaman, bir karara ulaşmak için, bu ölçütleri kullanacaktır* (Wacks, 2018, s. 90). Bu eleştiri her şeyden önce Dworkin'in hukuka dair ortaya koyduğu fikirleri anlamak için önemlidir. Hukuk, ahlak ile bir bütündür ve bundan dolayı ahlaktan bağımsız düşünülemez; çünkü asıl anlamıyla hukuk bir ahlaki değerler sistemidir. Dworkin bu eleştiriyle birlikte hukuk sistemini oluştururken, hukukun daha üstünde var olan ahlaki ilkelerin hukuku tamamlayacak gerek-şart olduğu sonucuna varacaktır.

Dworkin'in hukuka dair çizdiği bu yolun nasıl işlemesi gerektiğini şöyle bir örnek açıklamak kuramın daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Amerikan hukuk sisteminde oldukça bilinen bir davaya göre, (Brown v. The Board of Education of Topeka (1954)) Yüksek Mahkeme'nin oy birliğiyle vermiş olduğu bir karar gereğince çeşitli ırklara göre ayrılmış kamu okullarının siyahi çocukların eşit eğitim hakkından mahrum bırakılmış olmaları neticesinde mahkeme anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böyle bir karar o zamana kadar daha önce hiç verilmediği için ciddi tartışmalara yol açmıştır. Bu anlamda aynı mahkeme bu davadan çok önce (Plessy v. Ferguson(1896)) davasında verdiği bir karar

¹² Hart'ın, Dworkin'den önce Oxford'da hukuk felsefesi profesörü olarak bulunması, Dworkin'in hukuki pozitivizme dair eleştirinin önemli bir alt yapısını oluşturmuştur. Bundan dolayı hukuk sistemini oluştururken öncelikli olarak Hart üzerinden bir eleştiri getirdiğini söylemek mümkündür.

neticesinde ırklara göre ayrılan tesisleri zorunlu hale getiren Jim Crow Kanunnamesi'ni onaylamıştı (Dworkin, 2018, s. 448-449).

Aynı mahkeme tarafından benzer bu davalara farklı karar vermesi ciddi bir tutarsızlık yaratmaktadır. Buna göre söz konusu kararlardan hangisi doğrudu, Brown'mı yoksa Plessy mi? Bu kararların her ikisi de hiçbir eyaletin “Kendi yargı çevresine giren hiç kimseyi kanunlar tarafından eşit korunma hakkından mahrum bırakılamaz.” şeklinde belirtilen anayasanın *On Dördüncü Değişiklik*'ine (1868) dayanmaktadır. Plessy davasında kararı yazan yargıç, bu tarz ırka dayalı ayrımların hiçbir süratle siyahi bireylere aşağılık damgası vurmadığını ileri sürdü. Dolayısıyla kararının yerinde olduğunu savundu. Bunun aksine Brown davasında da bu kararın tersi yani ırklara göre ayrılan okulların en başta hukukun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu dolayısıyla ayırım yapılmamasına yönelik bir karara vardı. Burada hukuki pozitivizm yüzeysel düşünceleri göz önünde bulundurulduğunda Plessy davasında verilen karar haklı bulunacaktır. Bu durum verilen kararın ahlaken değil; sadece hukuken geçerli olduğunu gösterir. Dworkin işte hukuki pozitivizmin bu kararına karşı çıkar. Plessy davasında “ayrı ama eşit” şeklinde bir ifadeyle siyahilerin farklı okullarda eğitim almış olsalar dahi beyazlarla aynı haklara sahip olmaktadır. Dolayısıyla aldıkları eğitimde bire bir aynıydı ancak Dworkin için bu durum Plessy davasındaki yargıcın birçok hususu görmezden geldiğini açık şekilde göstermektedir. Bundan dolayı doğru karar çok uzun zaman sonra Brown davasında verilmiştir. Bunun da asıl sebebi söz konusu yasanın uygulanmasıyla değil; yargıcın doğru bir değerlendirme yapması olmuştur. Plessy davasındaki kurulun yasaya bakışı eşitliği meşrulaştırmak adına insana onuruna aykırı bir yorum yapılmış ve bu çerçevede aslında eşitliğe aykırı bir karar verilmiştir. Brown davası ise eşitliğin ölçütünün sadece şatlar bakımından değil; ahlaki açıdan da olması gerektiğini savunmuş ve bu çerçevede bir karar vermiştir. Dworkin için iki dava arasındaki dönemde çok ciddi problemler yaşanmıştır. Buna rağmen bir yargıcın daha önceki değerlendirmelerin yanlış olduğuna kanaat getirmesi ve kararı bozması hukukun ahlaki ilkeler ile işleyebileceğini gözler önüne sermektedir. (Dworkin, Hukukun Hükümdarlığı, 2018, s. 450-452)

3.3. Kant Etiğiyle Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuka Bakış

Buraya kadar olan bölümde hem doğal hukuka hem de hukuki pozitivizme yönelik olarak, hukukun içinde ahlaki ilkelerin olup olmadığına dair açıklamalar yapılmış, bu çerçevede hukuk sisteminin içeriği doldurulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ise daha çok

ahlaki ilkelerin hukuk sistemlerinin içinde olması gerekip, gerekmediğinden ziyade söz konusu ahlaki ilkelerden ne anlaşılması gerektiğine yönelik bir değerlendirme yapılacaktır. Özellikle Dworkin'in doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasında yaptığı sentez, ahlaki ilklere modern hukuk sistemleri içinde meşru bir zemin hazırlaması hususunda önemli bir fikir ortaya atmıştır. Dworkin her ne kadar ahlak kavramından kültürel birtakım değerlendirmeler yapmış ve bu çerçevede etik-ahlak arasından ayırım yapmamış olsa da yine de doğal hukuku kimi hukuki pozitivist çevrelerce dışlayanlar gibi bir tutum içine girmemiş, ahlaki ilkelere, evrensel bir temel aramıştır. Buna göre Dworkin pozitif bir yasayla birlikte ahlaki ilkeleri göz önünde bulundurmanın önemine dikkat çekmektedir. Bunun yanında ahlaki ilkelerin öneminin en önce yargıç tarafından anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. En nihayetinde yasayı bilen ve ahlaki ilkeleri doğru anlayan ve dava içeriğine göre yorumlayan bir yargıç hukukun amacını yerine getirecektir. Yani yasa ve ahlaki ilkeler yargıcın doğru değerlendirmesiyle asıl anlamını bulacaktır. Bu durumda ortaya ister istemez şöyle bir soru çıkmaktadır: Belirtildiği gibi Dworkin'in ahlaki ilkelerinden ne anlaşılması gerekir? Bu soruya 18. yüzyıl aydınlanma döneminin anlayışıyla yanıt aramak bu çalışmanın amacını yerine getirme noktasında önemli bir çözüm olacaktır.

18. yüzyıl denildiğinde hiç şüphesiz akla gelebilecek en önemli figürlerinden biri olarak Immanuel Kant'tır. Kant'ın felsefesi öyle etkili olmuştur ki sadece kendi dönemini değil; aynı zamanda kendisinden sonraki dönemlerin, doğru anlaşılmasına da önemli katkılar sağlamıştır. Haliyle Kant'ın bu etkisi hukuk alanına da tesir etmektedir. Bu anlamda ortaya attığı yeni düşünce biçimlerinin birçok hukuk felsefecileri için bir referans kaynağı olduğu rahatlıkla söylenebilmektedir. Kant, felsefe tarihinde birçok probleme yanıt bulma çabası içerisinde olmuştur. Bu yanıtlardan en önemlisi ise hiç şüphesiz “etik” şeklinde ifade ettiği görüşleridir. Kant'a göre etik yüzyıllarca, yani Antik Yunan döneminden, Ortaçağa kadar, Ortaçağdan, aydınlanma yüzyılına kadar kabul edilen ahlak görüşlerine karşılık gelmektedir. Bu anlamda tarihsel dönemler içerisinde toplum ya da toplumlar tarafından oluşturulan yöresel birtakım kurallar, bu süreçte evrensel zannedilen yasaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. O dönem insanın, günümüze kıyasla teknik olarak yetersiz olması dolayısıyla, farklı kültürleri tanıyamamış olması, çeşitli kültürlerin bir araya gelmesine de engel olmuştur. Bu anlamda kültürlerin yan yana gelememiş olması, her toplumun kendi içinde kabul ettiği kültürel yapıyı güçlendirmiş ve zamanla evrensel bir boyut kazandığı sanılmıştır. Kant işte tam bu bağlamda ahlaki ilkelerin yerine etik kuralları yerleştirmiş, evrensel olabilecek

kuralları genel bir yasa içerisine dahil etmiştir.

Bu bağlamda ahlakın evrensel bir boyut kazanabilmesinin ön koşulu ‘iyi isteme’ ilkesine göre hareket etmek olmalıdır. Kant’a göre ‘iyi isteme’ her insanın kendi akıyla ulaşabileceği ahlak bilgisi için, aklın duygulara hâkim olmasını ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda bir eylemde bulunurken aklın, duyguların kötü yanlarını devre dışı bırakarak doğru olana yöneltmesi ‘iyi istemenin’ gerçekleşmesine olanak sağlayacaktır. Bu prensip Kant’a göre evrensel ahlak yasasına uyulabilmesinin en öncelikli koşuludur. Bundan sonraki adım ise ‘ödev’ olarak ifade edilen bir başka ilkedir (Kant, 2015, s. 9). Buna göre ‘iyi isteme’ sonucu eylemin doğru olana yöneltilmesinin zorunluluğu ‘ödev’ ile belirlenir. Yani ‘ödev’ eylemin ahlaki ölçütünü bir zorunlu koşul olarak bireye yap ya da yapma şeklinde yol göstermektedir. Kant için bir eylemin ahlaki değeri ödev ile çok yakından ilişkilidir. Her şeyden önce ‘ödev’ bireye sorumluluk yüklemekte, bu sorumluluk ekseninde ise eylemin hem doğru hem de ahlaki olmasını sağlayacaktır. Sözgelimi işsiz olması dolayısıyla ailesinin ve kendisinin temel yaşam ihtiyaçlarını karşılayamaması durumunda hırsızlık yapmaya mecbur kalan bir insanın, yargılanması sırasında, yargıcın bu özel durumu değerlendirip buna göre suçluyu daha hafif bir yaptırımla cezalandırması bu haliyle ahlaki bir değer taşımamaktadır. Aynı karar sırasında yargıcın vicdanen kendini rahatsız hissetmiyor olsa bile; ödev sorumluluğu gereği bu özel durumu değerlendirip aynı şekilde daha hafif bir yaptırımla cezalandırılması, gerçek anlamda ahlaki bir değere sahip olmasını sağlayacaktır.

“Ödevden dolayı yapılan bir eylem, ahlaksal değerini, onunla ulaşılabilecek amaçta bulmaz, onu yapmağa karar verdirten maksimde bulur; dolayısıyla bu değer, eylemin nesnesinin gerçekleşmesine değil, arzulama yetisinin bütün nesneleri ne olursa olsun, eylemi oluşturan istemenin yalnızca ilkesine bağlıdır. Yukarıda söylediklerimden açıktır ki, eylemde bulunurken yöneldiğimiz amaçlar ve istememizin amaçları ve güdüleri olarak eylemin etkileri, ona koşulsuz ve ahlaksak bir değer sağlayamaz. Bu değer eylemden beklenen etkiyle ilgisi bakımından istemede bulunmuyorsa, nerede bulunabilir? İstemenin ilkesinden başka bir yerde bulunamaz, böyle bir eylemle gerçekleşebilecek amaçlar ne olursa olsun. Çünkü isteme, biçimsel olan a priori ilkesi ile içerikli olan a posteriori güdüleri arasında, tam ortasında, sanki bir yol ağzında durur; ve orada bir şey tarafından belirlenmesi gerektiğinden, bir eylem ödevden dolayı yapılıyorsa, onda herhangi

bir içerikli ilke bulunmadığından, genel olarak istemenin biçimsel ilkesi tarafından belirleniyor demektir.” (Kant, 2015, s. 15).

Dolayısıyla Kant için ‘iyi isteme’ ahlaki değer söz konusu olduğunda bir zorunluluk değil önem arz etmektedir. Bununla birlikte ‘ödev’ eylemin ahlakilik ölçütü için gerek şartıdır. Bunun sebebi ise Kant’a göre ‘iyi isteme’ her ne kadar ahlaki eylem için önemli bir koşul olsa bile, her insanın aynı vicdani duygular içerisinde olamaz. Yani her insandan iyi olana, doğru olana yönelmek, bunu tersine kötü duygulardan, hırslardan, bencilliklerden vazgeçilmesini beklemek doğru bir bakış açısı olmayacaktır. Bundan dolayı ‘ödev’ zorunlu bir sorumluluğa yönelttiği için evrensel ilkelere göre hareket etmeyi olanaklı kılacaktır. Bu halde duygulardan sıyrılıp, akıl yoluyla ahlaki değere sahip olmak gereklidir.

Kant’ın etik alanına dair bütün gayesi bu alanı bilimin tekniğiyle sistematik bir hale getirmek olmuştur. Bu çerçevede doğadaki her şeyin yasalara göre değişim ve dönüşüm gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür (Kant, 2015, s. 29). Etik alanında aynı şekilde ilerleyebileceğini fakat bu yasaların insan eliyle dönüştürülebileceğini de belirtmektedir. Bu durum doğal hukukun doğa yasalarından hareket ederek akıl sahibi her varlığın bu yasaların mutlak yasalar olduğu düşüncesine benzetilebilmektedir. Ancak Kant, yasaların insan eliyle dönüştürülebileceğini belirli bir ahlaki ilkeler zemininde farklı bir boyut kazandırılabilceğini belirterek doğal hukuk düşüncesinden bu hususta ayrılmaktadır. İşte bu bakış açısı Kant’ın bir başka prensibini ortaya çıkarmaktadır. Bu prensip bir eyleme dair buyruk sunarak ahlakilik ölçütünü daha sağlam bir hale getirilmesini sağlamaktadır. Duyguların bir irade durumu olması dolayısıyla iyi isteme buyruk haline dönüşmektedir. Buna göre, Kant iki tür buyruktan bahsetmektedir: Bir eylemin belirli amaçlar uğruna belirli koşullar ile gerçekleşmesini sağlayan buyruk hipotetik olarak; eylemin içeriğinde hiçbir amaç ya da koşul bulunmuyorsa bu buyruğa da kategorik şeklinde isimlendirmektedir. Kategorik buyruk bu anlamda hiçbir suretle eylemin içeriğiyle ilgilenmemektedir; bunun yerine eylemin biçimiyle ve onu ortaya çıkaran ilkeyle ilgilenmektedir (Kant, 2015, s. 30). Hipotetik buyruk ise anlaşılacağı üzere eylemin içinde bir koşul arayan ve bu koşul ekseninde değerlendirmeler yapılan bir anlayışa sahiptir. Buna göre örneğin sınavı geçmek adına çalışması gerektiğini bilen bir öğrenci en basit şekliyle sınıfı geçmek adına ders çalışacaktır sınava çalışacaktır. Eğer böyle bir amacı yoksa bu buyruk bir anlam ifade etmeyecektir. Kant’a göre bu anlamıyla kategorik buyruk etik eylemin bir başka koşulu olacaktır.

Buraya kadar olan bölümde Kant'ın doğal hukuk ile ilgili ilişkisi kurulmaya çalışılmıştır. Kant, modern hukukun kurulması anlamında hem ahlaki hem de hukuki yükümlülükler ayrımını etik kuramından hareketle olgunlaştırır. İnsanların birbirlerine olan borçlarını hukuken nasıl ödemekle yükümlülürse aynı zamanda etik olarak ödemekle yükümlü olduklarını görmek gerektiğini etik kuramıyla temellendirmektedir. Etik, hukuktan farklı olarak eylemler için yasa öngörmez, maksim belirler. Dolayısıyla, ahlaki yükümlülüklerin bağlayıcılığının daha geniş bir alanı kapsadığını görmek gerekir. “Doğal hukuk olarak sadece yazılı olmayan hukuk değil, sadece a priori her insanın aklınca tanınabilecek hukuk anlaşıldığı takdirde, doğal hukuk sadece kişilerin birbirleriyle karşılıklı ilişkileri arasında geçerli adalet (iustitia commutative) olarak değil, bunun yanında dağıtıcı adalet (iustitia distributive) olarak kendi yasalarına göre a priori tanınabilir ve adaletle verilen kararlar (sententia) aynı şekilde doğal hukuka aittir” (Kant, 2022, s.150)

4. TARTIŞMA VE SONUÇ

Hukuk, insanın daha insanca yaşamasının koşullarını hazırlayan ve bunu da başaran insan başarılarından, insansal kurumlardan biridir. Bu amacı da adalet idesine göre düzenlemeye çalışan bir kurumdur. Adalet idesine göre oluşturulmayan ya da uygulanmayan normların, yasal düzenlemelerin varlığı insanlar arası güveni, barışı bozabileceği, hakların korunmasını engelleyebileceği kaçınılmazdır. Karşımıza normlar kümesi olarak çıkan hukuk sisteminde, mevcut normların farklılaşabildikleri, çeşitlenebildikleri görülse de önemli olan söz konusu yasaların insanca bir yaşamın kapılarını aralayabildiği mi, yoksa kapadığı mı sorunudur. Yasalar kimi zaman adil bir düzenlemeyi amaçlarken, kimi zaman da yalnızca bir grubun çıkarını korumaya yönelik olmaktadır. Her yasa, içinde bulunduğu tarihsel ve toplumsal koşulda pozitif hukuk haline gelmektedir. Dolayısıyla, söz konusu yasaların dayandığı ilke ve değer ne olduğu bu anlamda oldukça önemlidir. Hukukun etik temellerinden söz edildiği yer de bu ve benzeri düzenlemelerin temelinde yatan ilkenin, normun türetildiği yerin neresi olduğudur. Ancak hukukla ilgili tartışmalarda, özellikle doğal hukuk ve pozitif hukukla ilgili tartışmalarda, yasaların ya da hukuk ilkelerinin değerlendirilmesinde söz konusu yasa ya da ilkelerin uluslararası hukuk normları içindeki yerine öncelik verilmektedir. Uluslararası hukukla ilişkili olan yasanın üst bir statü kazanması gerektiği düşünülmektedir. Ancak uluslararası belgeler farklı tarihsel ve toplumsal koşullarda ortaya çıkmakta, kimi zaman da bir grubun, toplumun çıkarı hesaba katılarak oluşturulmaktadır. Burada önemli olan, söz konusu ilke ya da yasaların oluşturulmasında kişilerin etik kişiler olup olmadıkları ve uygulanmasında etik sorunların ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Bir normlar sistemi olarak hukuk, genele ilişkin kuralları ortaya koyarken her tek durumun özelliğini dikkate alabilmeli ve kişiler de her tek durumda normların uygulayıcısı olarak doğru biçimde, adalet idesine uygun olarak normu uygulayabilmelidir. Bu bağlamda, yasaların etik temelli olması ve yasaların uygulayıcısı kişilerin de etik kişiler olmaları önemlidir. “Hukuk nasıl etik olur sorusu, etik yasalar yapmakla ve bunları etik ilkelere göre yürütüp uygulamakla biçiminde yanıtlanabilir; kısaca yasa yapanların ve uygulayanların etik kişiler olmalarıyla denebilir. Bu iki koşul yerine gelmediğinde hukukun etik sorunlarla karşı karşıya kalması kaçınılmaz olacaktır” (Tepe, 2022f, s. 108).

Hukukun etikle olan koparılamaz bağı hukuki pozitivistler tarafından yadsınmış, etik ile ahlak arasındaki ayrım gözardı edilerek, hukukun kaynağı yalnızca pozitif hukuk olarak kabul edilerek hukuk ve etiğin birbirlerinden kesin olarak ayrılmaları gerektiği savunulmuştur. Kimilerince bu temel hareket noktası tepki çekse de hukuk kuramcıları doğal hukukçular ve pozitif hukukçular olarak iki ayrılmıştır. Ancak her yasal düzenleme bir tercihe, her tercih de esasında değerlerle ilgili bir boyutu da hesaba katmaya dayanır. Bu durumun farkına varan ve bir orta yol bulmaya çalışan kimi hukuki pozitivistler, asgari bir doğal hukuk içeriğinin pozitif hukuk içinde yeri olması gerektiğini kuramlarında dile getirmişlerdir. Bu durumun farkına varan Hart birincil ve ikincil kurallar ayrımında, Kelsen ise tüm normların üzerinde bir temel norm olarak *Grundnorm*'dan bahsetmekle pozitif hukuk ve doğal hukuku bir yerde uzlaştırmak istemişlerdir. Etik çatışan, etiği dışlayan bir hukuk yerine asgari etik ilkeleri de içeren bir hukukun varlığına dikkat çekmişlerdir.

Özellikle bir hukuki pozitivist olarak bilinen ancak orta bir yol bulmak da istediği düşünülen Kelsen'in pozitivist hukuk kuramı Kant'ın etik kuramıyla benzerlik taşır. Kelsen'in *Grundnorm* olarak adlandırılan ve hukuk sisteminin temeli olan ilkesi bize Kant'ın evrensel ahlak yasasını -*Kategorik Imperatif*'i- hatırlatır. Kelsen, *Grundnorm* ilkesinin içeriğini bir varsayımdan türetmektedir. Bu varsayım kendi nedeni olmayan ve diğer her şeye neden olan bir niteliktedir. Hiçbir şekilde değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. Kant ise benzer şekilde evrensel ahlak yasasını etik sisteminin yegane parçası olduğunu düşünmekte ve aynı zamanda bu ilkenin her yerde geçerli olabileceği ve her zaman varlığını koruyacağını altı çizmektedir.

Kant, her eylemin ilkesinin herkes için geçerli temel bir yasa olabileceğinin önemine dikkat çekmektedir. Bu durum genel yasa fikrini, yani bütün insanlar için geçerli olabilecek tek bir yasayı ortaya koymaktadır. Benzer şekilde Kelsen'in *Grundnorm* ilkesi de normlar hiyerarşisi içinde temel bir norm olarak kabul edilmektedir. Bu norm farklı başka normlarının ana fikrini oluşturur. Yani her norm, bu temel normdan pay alır. Bundan dolayı bir normun ne kadar idealize edildiği bu temel normla olan ilişkisine bakılarak belirlenebilir. Kelsen'in kuramındaki savları ve *Grundnorm* kavramına bakıldığında, onun bir Yeni-Kantçı olduğu söylenebilir görünmektedir. Bu anlamda Kant'ın ortaya koyduğu fikirler ile Kelsen'in kimi fikirleriyle daha önce de üzerinde durulduğu gibi kimi benzerlikler bulunduğu gözden kaçmamaktadır. Her şeyden önce Yeni-Kantçı anlayışa göre felsefe alanı söz konusu

olduğunda deneyden gelen maddi öğeler ortadan kaldırılmakta, bunun yerine aklın bir üretimi olan transandantal kavramlar ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda Kelsen de hukuk sistemine dair düşüncesini ortaya koyarken aklı ön plana çıkarmaktadır. Bu düşünce modellerini sadece Yeni-Kantçı anlayış içinde değerlendirmekte doğru olmayacaktır. Klasik Kant savunucuları da akılcı, transandantal, idealist ve formalist olma yönün önemine dikkat çekmektedir. Kelsen'in Yeni-Kantçı olarak görülmesinin sebebi Kant'ın düşüncesini hukuk sistemine daha modern anlamıyla uygulamasından kaynaklanmaktadır. (Aral, 1978, s. 19)

Kelsen ile Kant'ı yan yana getiren ilkenin aklın egemen olmasıyla ilişkilendirilmesinin ana nedeni nedensellik ilkesiyle ilgilidir. Buna göre, Kant deneyimcilerin aksine nedenselliğinin doğa nedenselliği yerine akıl nedenselliği olduğunu söyleyerek çok farklı bir bakış açısı sunmuştur; çünkü o zamana kadar aklın, doğanın önüne geçebileceği düşüncesi hiçbir şekilde savunulmamıştır. Kelsen ise işte bu bağlamda Kant'ı referans kabul etmekte, aklı bu denli öne çıkarmaktadır, Kant'ın nedensellik ile kast ettiği husus bu anlamıyla aklın kategorileri aracılığıyla ulaştığı sonuçları ortaya koymaktadır. Kelsen de bu bağlamda aklın hukuk bilimi açısından bir nedensellik oluşturması, normlar ortaya koyması ve bu normları en nihayetinde olması gereken temel bir norma bağlamasıyla ilişkili olarak bir sistem ortaya koymaktadır. (Dağdelen, 2004, s. 19-20)

Her ne kadar bu benzerlikler ön plana çıksa da ahlaki ilkeler ya da etik söz konusu olduğunda Kelsen de diğer hukuki pozitivizm savunucuları gibi gereğinden fazla yüzeysel bir bakış açısına bürünmektedir. Bu anlamda Kant'ın ortaya koyduğu etik sistem söz konusu olduğunda Kelsen bu sistemi hukuka dahil etmekten geri durmaktadır. Aklı ön plana çıkarıp, idealize edilen bir hukuk sistemi ortaya koyup, buna rağmen yine de etiği dışarıda bırakmaktadır. Bu hususta Kelsen'in, Kant'ın görüşlerinden uzaklaştığını gösteren bir yanı da olmuştur.

Gerek doğal hukuk gerekse de hukuki pozitivizm savunucuları günümüzde etiğin bu bakış açısından hareket etmişleridir. Bu anlamda hukuk, geçmiş dönemlerde nasıl ahlaki ilkelerle içeriğini oluşturuyorsa, modern dönemle birlikte etikte benzer şekilde hukukun merkezinden yer almaktadır. Özellikle doğal hukukun bu anlamda etikle daha çok ilişkilendirildiği söylenebilmektedir. Hukuk kavramsal bakımdan doğal hukukun ele aldığı biçimden bugüne kadar akıldan gelen doğal yasaların genel yasalara dönüşmesine işaret etmiş ve bu eksenle tanımlanmıştır. Ancak hukuki pozitivizmle birlikte genel yasanın olabilmesinin

koşulu değişmiş, akıl tarafından keşfedilen değil, insanlar tarafından oluşturulan yasaların genel yasa olabileceği düşüncesi kabul edilmiştir. Bu iki zıt görüşün yarattığı muallak durum Kant'ın anlayışıyla değerlendirildiğinde bir çözüm yolu bulunabilecektir. Kant'a göre bahsedildiği şekliyle evrensel yasa her şeyden önce genel yasadır. Bunun sebebi Kant'ın etik görüşüne dayandırılmaktadır. Kant'a göre her eylemin maksimi sadece o eylem için değil; her eylem için genel-geçer bir yasa olabilmelidir. Yani bir eylemde bulunurken söz gelimi yalan söylemek o an için bir başka insanın canına zarar vermek için gerekliyse yapılabilir; ancak eylemin arkasında yatan sebep ne olursa olsun eylem Kant için ahlaki değildir. Benzer şekilde hırsızlık yapmak isteyen birinin o an karnının aç olduğu ve hırsızlık yapmaya mecbur kaldığı düşünülürse eylem kabul edilebilir; ancak yine de bu eylem ahlaki değildir. Burada Kant'ın üzerinde durduğu husus özellikle evrenselliştir. Buna göre örneklerde yapılmak istenilen eylemleri toplum içinde yaşayan herkesin benzer sebepler göstererek yapacak olması düşünülürse, bu durum o toplumda çok büyük bir kaos yaratabilecektir. Dolayısıyla eylemin içinde ki temel prensip evrensellelikle alakalıdır. Bu prensip uygulandığında yasanın içeriği de eylem anında oluşturulmuş olacaktır.

Tarihsel dönem düşünüldüğünde doğal hukuk fikrinin çok köklü bir geçmişe sahip olduğu su götürmez bir gerçektir. Elbette bu tespit önemlidir. Fakat etik, doğal hukuk fikrinin geçmişinin bu kadar köklü olmasından daha ziyade, içeriğinin pozitif yasalara göre sağlam bir yapıda olmasını çok daha elzem kabul etmiştir. Her şeyden önce etik alanın evrensel olanı arıyor olması, kesin ve değişmez bir ahlak sistemini geliştirmesi ve bu ahlakiliğin hukuk alandaki tezahürünün nasıl olduğu gibi kimi sorular gündeme geldiğinde doğal hukuk bir fikir olarak etiğe referans olmuştur.

Dolayısıyla etik ve doğal hukuk fikri arasındaki bu etkileşim hiç şüphesiz yeni değer yargılarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunlardan en önemli olanı da özellikle yakın yüzyılda kuramsallaştırılan ve pratik hayata da entegre edilmeye çalışılan insan hakları fikri olmuştur. Bu anlamda Yirminci Yüzyılın en önemli başarısı, insan hakları fikrini ön plana getirmesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra ön plana çıkmaya başlayan insan hakları, yüzyılın sonuna doğru moda haline gelmiş, bu durumun sonucunda ise söz konusu kavramın anlamı kaybolmaya başlamıştır. Hatta kaybolması şöyle dursun kazandığı popülerlik sebebiyle çeşitli çevrelerce anlamının dışında çok farklı şekillerde yorumlanmış, her geçen gün daha anlaşılmasız ve daha karmaşık bir bilgi yığını haline gelmiştir. İşte tam bu noktada

etiğin en temel ilkelerinden biri olan epistemolojik yapı insan hakları söz konusu olduğunda çok ciddi zarar görmüştür. Bunun sonucu olarak uluslararası kuruluşlarca kabul edilen insan hakları belgelerinde de git gide artan bir kavram kargaşası yaşanmıştır. Özellikle bugün günümüz şartları düşünüldüğünde insan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ihlalleri birçok ülkede ve uluslararası ilişkilerde pervasızca devam etmektedir. (Kuçuradi, 2018, s. 55-56)

Burada sorun ne yazık ki sadece insan hakları konusu özelinde de kalmamaktadır. Etik alanının ortaya attığı neredeyse bütün hukuki değer yargıları ciddi şekilde zarar görmektedir. Dahası hukukun üstünlüğü prensibiyle söz konusu bu değer yargılarının korunmaya muhtaç olduğu bilinmesine rağmen hem bu değer yargıları zarar görmüş hem de hukukun üstünlüğü ortadan kaldırılmıştır. En nihayetinde hukukun içeriği karmaşık bir hale gelmiş, evrensel yasalara değil; kişilere yönelik bir araç haline gelmiştir. En nihayetinde ise günümüz siyaseti ve bu temel üzerine oluşturulan ideolojiler, kalıp yargıları, radikal düşünceler, fikir özgürlüğe karşı yapılan ciddi baskılar ve çıkar çatışmaları etik alanın hukukla bağıını koparmıştır.

Bu durumun ortaya çıkmasının elbette en önemli sebeplerinden birisi hukukun tekelleşmesidir. Bunda da hiç şüphesiz siyasi konjonktürün etkisi çok fazladır. Bir toplumun düzenleyici bir yapısı olarak kabul edilen ve aynı zamanda meşru bir kurumu olan devlet olgusu, içini dolduran bürokrasi ile birlikte doğru olana değil; kişisel çıkarlara uygun olana hizmet etmektedir. Elbette bu her zaman böyle işlemez, Bozulmamış bir bürokratik yönetim de amaçlar değişebilmektedir. Bu anlamda evrensel doğruları göz önünde bulunduran, mutlak adaleti korumaya çalışan, eşitlik ilkesiyle hareket eden devlet kurumları da vardır. Buna rağmen özellikle yakın çağda devlet kurumlarının bozulmuş bir hal aldığını gösteren birçok ülke bu sistematik problemleri sürdürmektedir.

Devletin önemli yapı taşlarından biri olan hukuk bu durumundan en fazla zarar gören kurumlardan olmuştur. Bunu nedeni devletin ilk çağlardan bu yana ortaya çıkış amaçlarından biri kabul edilen toplumsal güvenliği sağlayabilme ideali gerçekleştirilememiştir. Toplumsal huzuru gözetmesi gereken yöneticiler kendi çıkarları ekseninde bu amacı gerçekleştirememişleridir. Dahası kişisel amaçları uğruna toplumsal güvenliği ciddi ölçüde tehdit edercesine bir tutum ve davranış biçimiyle hareket etmişleridir. Bunun yanında yine benzer şekilde devleti oluşturan amaçlardan biri olan adalet ideali de uygulanamamış, mutlak adalet değil güçlü olanın haklı olabileceği bir sistem yerleştirilmiştir. Dolayısıyla adalette

tekelin eline düşmüş ve bu ekseninde yorumlanmıştır. Yargı erki de gücünü ve kudretini yöneticiye teslim etmek durumunda kalmıştır. Hukuk alanı özelinde siyasetin bu etki alanı en nihayetinde hukuka dair çok farklı anlamların ortaya çıkmasını olanak sağlamış ve haliyle hukuki temeli olan birçok düşünce yapısı da karmaşık bir hal almıştır.

Bu durum ise zaman içinde pozitif yasaları ön plana çıkarmaya başlayıp doğal hukuku devre dışı bırakmıştır. Kelsen gibi bir başka orta yolcu düşünür olarak Hart da işte bu temel üzerine hukuki pozitivizmi meşru hale getirebilecek bir düşünce modeli ortaya koymuştur. Her şeyden önce hukuk-ahlak arasında ayrım yaparak başlamıştır. Hart'a göre geçmiş dönemlerden bugüne kadar hukuk, ahlak ile bir takım ilkeleri, paylaşp, zaman içerisinde karşılıklı olarak birbirlerinde etkilendiklerini ileri sürmüştür. (Ceylan, 2017, s. 33) Nitekim bu durum tarihsel açıdan düşünüldüğünde doğrudur. Fakat Hart bu tespiti öne sürdükten hemen sonra ahlaka bazı olumsuz tanımlamalar getirerek etkileşimin hukuku yanlış yönlendirdiğini öne sürmüştür. Hart'a göre ahlak ve ahlakı referans alarak oluşturulan hukuk bir toplumda genel kabul gören, pozitif ve konvansiyonel ahlak kurallarına ve bunlarla şekillenen yükümlülöklere işaret etmektedir.

Hart'ın özellikle eleştirel ahlâk olarak adlandırdığı ve toplumsal olarak kabul gören ahlak kurallarından ayrılan düşüncesine göre her türden genel-geçer kabulleri reddeden bir yapı kazanmıştır. İşte bu sebepten ahlakın içi tamamen boşaltılmış ve zamandan ve mekandan bağımsız olan bazı değişmez kuralları dahi ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte içi boşalan bu yapı toplumsal yaşamda yönetici pozisyonunda olan ya da hiyerarşik olarak daha üst konumda yer alan kişi ya da kişilerin menfaatlerine göre doldurulmuştur.

Benzer şekilde Hart gibi Kelsen'de hukukun içeriğini oluştururken ahlaki değeri yargılarını dışarıda tutmaktadır. Fakat Kelsen'in yaklaşım tarzı daha çok ahlakın anlamına yönelik değeri; hukukun bilimsel bir temel kazanması özelinde oluşturulmuştur. Buna göre hukuk, moral alanların emir ve yasaklarına göre ilerleyemez; çünkü hukuk bir kesinlik iddiası ile anlamlı hale gelecektir. Dolayısıyla tersinin de mümkün olabileceği ahlak kuralları hukuka içerik oluşturamaz.

Burada Kelsen'in doğal hukuka yönelik olarak sunduğu bu bakış açısı oldukça zayıf kalmaktadır. Kelsen'in iddiasının aksine ahlak kuralları her zaman için geleneksel olarak değeriendirilmemelidir. Özellikle aydınlanma dönemiyle birlikte Kant'ın bu anlayışın aksine

etik kuralları bilimsel bir çerçeve içerisine dahil etmesi, bu anlamda Kelsen'in ahlaka yönelik olarak yönelttiği eleştirileri daha sağlam bir kuramla açıklamaktadır. Kant ahlaki temel normları yerel normlardan ayırmış, evrensel ahlak yasasına dair çok önemli bir ilerlemeyi ve gelişmenin önünü açmıştır. Bu halde etik kurallar aynı zamanda evrensel kurallar olarak kabul edilmiş, doğal hukukun da içeriğini modern dönemde yeniden oluşturmuştur.

Bir pozitivist hukukçu olarak doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında orta yol bulmaya çalışan Kelsen ile Hart'ın kuramları pozitivistler ile doğal-hukukçular arasındaki tartışmalarda etik ile hukuk arasındaki koparılamaz bağı görmek bakımından oldukça önemlidir. Söz konusu pozitivist hukukçuların Kant'ın etik kuramında yer alan ahlak yasası varlığı ile bu yasa ve maksim arasındaki ilişkiyi de hesaba kattıkları hem Kelsen'in *Grundnorm* ilkesi ile hem de Hart'ın birincil ve ikincil kurallar ayrımıyla vurguladıklarını görmekteyiz. Bu bağlamda, "hukuku toplumsal ve ekonomik koşullardan tümüyle bağımsız bir yapılanma veya toplumsal kurum olarak görmek yanlış ve eksik olacağı gibi, hukuku sadece biçim olarak görmenin, belli süreçlerden geçerek kabul edilen her belgenin yasal ya da hukuka uygun görülmesinin de sorunlu olacağı açıktır" (Tepe, 2022b, s. 10). Hukuk, bir değer ve felsefe, sanat, bilimi gibi bir insan başarısıdır. Hukuk olmadığı toplumlarda, devletlerde insanca bir yaşamın koşullarının varlığından söz edilemeyecektir.

"Hukuk da antropolojik bir değer, insanın varlığa kattığı, etik değerlere yaslanan bir toplumsal yaşamı tahsis etmeye yönelik bir insan kurumudur. Bu nedenle 'amacına uygun' olarak kurulmuş ve işleyen bir hukuk düzeninin veya hukuk devletinin olmadığı bir ülkede ya da bölgede etik değerlere dayalı bir toplumsal düzen kurmak, günümüzde bunun temel göstergelerinden olan insan haklarını korumak nerdeyse olanaksızdır. (...) Hukuk devleti oluşturup işletildiğinde ulaşılan adil toplum, barış ve huzur ortamı ile yokluğunda ya da işletilmediğinde yaşanan etik ve politik sıkıntılar, insan hakları ihlalleri, adaletsizliklerdir" (Tepe, 2022b, 11).

5. KAYNAKLAR

- Akbaş, M. (2017). Reformasyon Düşüncesinde Eskatoloji: Martin Luther'de Kurtuluş ve Ahiret. *Türkiye Din Araştırmaları Dergisi*, 23-30.
- Aktaş, S. (2020). Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1-32.
- Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul: Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Aral, V. (2010). *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aristoteles. (1998). *Nikomakhos'a Etik* (2. b.). (S. Babür, Çev.) Ankara: Ayraç Yayınevi.
- Aristoteles. (2015). *Retorik*. (M. H. Doğan, Çev.) İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Arslan, A. (2006). *İlkçağ Felsefe Tarihi*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Bahadır, E. M. (2021). Zenon'dan Cicero'ya Doğal Hukuk Anlayışı. *Abant Sosyal Bilimler Dergisi*, 41-54.
- Balı, A. Ş. (2001). *Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet*. Konya: Çizgi Kitabevi.
- Ballıkaya, C. (2015). Tarihsel Süreç İçerisindeki Gelişimi ve Sosyolojik Düşünceye Etkileri. *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, s. 87-106.
- Bix, B. H. (2004). Doğal Hukuk: Modern Gelenek. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 291-343.
- Brun, J. (2003). Stoa Okulu. J. Brun içinde, *Stoa Felsefesi* (M. Atıcı, Çev., s. 13-22). İstanbul: İletişim Yayınları.
- Büyük, C. (2004). Orta Çağ Batı Düşüncesinde Hristiyanlık - Siyaset İlişkisine Genel Bir Bakış. *Dini Araştırmalar Dergisi*, 131-138.
- Cevizci, A. (2010). *Felsefe Sözlüğü*. İstanbul: Paradigma Yayınları.
- Ceylan, Ş. Ş. (2012). H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı. G. Uygur, H. Ökçesiz, & S. Üye (Dü.), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V içinde* (s. 79-86). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

- Ceylan, Ş. Ş. (2017). H.L.A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi. S. G. (Ed.) içinde, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı* (s. 29-63). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Cicero. (2019). *Devlet Üzerine* (3. b.). İstanbul: İthaki Yayınları.
- Cicero. (2021). *Yasalar Üzerine* (10. b.). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Comte, A. (2001). *Pozitif Felsefe Kursları*. (E. Ataçay, Çev.) İstanbul: Sosyal Yayınları.
- Çörekçioğlu, H. (2010). Kant'tan Bir Sivil İtaatsizlik Teorisi Türetmek Mümkün Müdür?. *Kant Felsefesinin Politik Evreni* içinde (1. Basım), (s. 243-261). (H. Çörekçioğlu Der.). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Çüçen, K. (2006). Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi. *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 25-34.
- Dağdelen, İ. (2004). Devlet Bilimi Metodolojisi, Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı. *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, Ankara.
- Dworkin, R. (2007). *Hakları Cddiye Almak*. (A. U. Türkbağ, Çev.) Ankara: Dost Kitabevi.
- Dworkin, R. (2018). *Hukukun Hükümdarlığı*. İstanbul: Nora Kitap.
- Finnis, J. (2018). Doğal Hukuk. R. Wacks içinde, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (s. 37-60). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Grotius, H. (2011). *Savaş ve Barış Hukuku*. (S. L. Meray, Çev.) İstanbul: Say Yayınları.
- Gürbüz, A. (2003). Platon'un Hukuk Görüşünün Karşılaştırılması, Değeri ve Sonuçları. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 - 67.
- Gürler, S. (2008). Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 91-128.
- Hart, H. (1994). *The Concept Of Law*. New York: Oxford University Press.
- Hart, H. (2017). Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması. S. G. (Ed.) içinde, *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı* (s. 101-152). İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Hobbes, T. (2007). *Leviathan* (6. b.). (S. Lim, Çev.) İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Hegel, G. W. F. (1991). *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (C. Karakaya, Çev.) İstanbul: Sosyal Yayınları.

- Ingram, D. B. (2019). Hukuk ve Ahlak. D. B. Ingram içinde, *Hukuk Felsefesi* (s. 36-82). Ankara: Fol Yayınları.
- Işıқтаç, Y. (2015). *Hukuk Felsefesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kant, I. (1984). Sürekli (Ebedi) Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme (1795). (N. Bozkurt, Çev.). *Seçilmiş Yazılar* içinde (s. 223-266). İstanbul: Remzi Kitabevi.
- Kant, I. (2000). "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt (1784). *Toplumbilim Aydınlanma Özel Sayısı*. (T. A. Sayısı, Çev.) Toplumbilim Aydınlanma Özel Sayısı.
- Kant, I. (2015). *Ahlak Metafizğinin Temellendirilmesi* (3. b.). (İ. Kuçuradi, Çev.) Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Kant, I. (2022). *Ahlakın Metafizği Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri*, Çev. Altan Heper, Ankara: Fol Yayınları.
- Kant, I. (1999). *Pratik Aklın Eleştirisi*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kardeş, M. E. (2020). *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karş.* İstanbul: İletişim Yayınevi.
- Kart Tepe, Berfin. (2022). *Erdem Etiği Aristotelesçi Kökenlerinden Günümüze*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları
- Kart, Berfin. (2022). *Kant'ın Kozmopolitanizm Düşüncesine Ne Kadar Yakınız?*, Türkiye Kant Topluluğu. <http://turkiyekanttoplulugu.org/?p=6422>
- Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*. (E. Uzun, Çev.) İstanbul: Nora Kitap.
- Kelsen, H. (2018). Saf Hukuk Kuramı Nedir? *Hukuk Kuramı*, 5(3), 99-107. (K. Akbaş, Çev.)
- Kuçuradi, I. (2000). "Hukuk ve Etik", *Bedia Akarsu Armağanı* içinde, Haz. B. Çotuksöken-D. Özlem, İstanbul: İnkilâp Kitabevi.
- Kuçuradi, I. (2011a). "Adalet Kavramı", *İnsan Hakları: Kavram ve Sorunları* içinde (s. 27-37). Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kuçuradi, İ. (2018). Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri. *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* içinde (s. 55-56). Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Küçükali, R. (2016). Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk. *Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* içinde (s. 64-73).

- Laertios, D. (2020). *Ünlü Filozofların Yaşamları Ve Öğretileri*. (C. Şentuna, Çev.) İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Locke, J. (2018). *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. (F. Bakırcı, Çev.) İzmir: Eksi Kitaplar.
- Mengüşoğlu, T. (2004). “Hukuk ve Devlet Felsefesi”, *Felsefeye Giriş* içinde (3. b.) (s. 288-300), İstanbul: Remzi Kitabevi.
- Metin, S. (2011). Yeniden Doğal Hukuk Modelemesi: John Finnes. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (s. 165-207).
- Önal, M., & Çelebi, Ç. (2020). Kendine Yetme Erdemi Olarak Aylaklık: Kinikler Örneği. *İnönü Üniversitesi Kültür ve Sanat Dergisi* (s. 189-195).
- Öztürk, A. (2013). Karma Anayasacı Antik Cumhuriyet Geleneği Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme. A. Öztürk, & A. Öztürk (Dü.) içinde, *Res Publica* (s. 40-91). Ankara: Doğu Batı Yayınları.
- Öztürk, F. (2018). Geç Dönem Stoacılarının Etik Anlayışı İle Kant. *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* (s. 17-24).
- Platon. (1988). *Yasalar (I-VI. Kitaplar)* . (C. Şentuna, & S. Babür, Çev.) İstanbul: Ara Yayıncılık.
- Platon. (2015). 1.Kitap. Platon içinde, *Devlet* (S. Eyüboğlu, & M. Cimcoz, Çev., s. 1-40). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Platon. (2015). 6. Kitap. Platon içinde, *Devlet* (s. 193 (484a) - 228 (511e)). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Pogge, T. (2016). Kozmopolitanizm. *Çağdaş Siyaset Felsefesi Kılavuzu- Disiplinler ve İdeolojiler* içinde (1. b.), (s. 436-464). (S. Coşar Çev.). Ankara: Dipnot Yayınları.
- Popper, K. R. (2013). *Açık Toplum ve Düşmanları* (3. b.). (M. Tunçay, & H. Rızatepe, Çev.) Ankara: Liberte Yayınları.
- Rousseau, J. (2018). Toplum Hali. J. Rousseau içinde, *Toplum Sözleşmesi*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Russell, B. (2020). *Batı Felsefesi Tarihi*. (A. F. Yıldırım, Çev.) İstanbul: Alfa Yayınları.

- Santillana, G. D. (2013). Martin Luther. G. D. Santillana içinde, *Rönesans Filozofları* (İ. Yıldız, & A. Gelmez, Çev.), (s. 165-172). Ankara: Dipnot Yayınları.
- Sophokles. (2018). *Antigone*. (A. Çokona, Çev.) İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022a). “Bir Şemsiye Kavram Olarak ‘Adalet’: Platon’dan Rawls’a Adalet Kavramı, *Hukukta ve Yargıda Etik* içinde (s. 27-64), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022b).”Giriş: Hukuk Etiksiz Olabilir Mi?”, *Hukukta ve Yargıda Etik* içinde (s. 7-26), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022c).” Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri”, *Hukuk Etiksiz Olabilir Mi? Hukukta ve Yargıda Etik* içinde (s. 7-26), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022d). Hukuk Felsefesi Hukuk Mudur Felsefe Mi?, ”, *Hukuk Etiksiz Olabilir Mi? Hukukta ve Yargıda Etik* içinde , (s.65-79), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022e). Değerlerden Bağımsız Bir Hukuk Mümkün Mü?, *Hukuk Etiksiz Olabilir Mi? Hukukta ve Yargıda Etik* içinde (s. 81-98), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Tepe, Harun. (2022f). Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri, *Hukuk Etiksiz Olabilir Mi? Hukukta ve Yargıda Etik* içinde (s. 99-109), Ankara: BilgeSu Yayınları.
- Toku, N. (2004). *Felsefe Yazıları*. İstanbul: Yeni Zamanlar Yayınları.
- Ural, T. D. (2016). Hukuki Pozitivizmin Ayrılabilirlik Tezine Genel Bir Bakış. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (s. 45-61).
- Uygur, G. (2003). Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü? *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (s. 145-176).
- Ünal, Ş. (1994). İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Kaynakları. *Ankara Barosu Dergisi* (s. 41-74).
- Wacks, R. (2018). *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*. İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Yeşilçayır, C. (2020). Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Düşüncesine Kazandırdığı Paradigmal Dönüşüm. *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* (s. 241-258).
- Yılmazcan, D. (2017). Antik Yunan’da Kölelik: Atina ve Sparta Örneği. *Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi* (s. 117-136).