

PAPER DETAILS

TITLE: HUKUKİ POZİTİVİZMİN DEĞİŞEN YÜZÜ MÜ

AUTHORS: Gülriş UYGUR

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628961>

HUKUKİ POZİTİVİZMİN DEĞİŞEN YÜZÜ MÜ?

*Yrd. Doç. Dr. Gülriz UYGUR**

Hukuk felsefesi geleneğinde hukuki pozitivizm, genellikle, tabii hukuka karşı bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Gerek hukuki pozitivizm, gerekse tabii hukuk düşüncesi, hukuk felsefesi geleneğini belirleyen ve günümüzde de varlıklarını sürdüren en önemli teorilerdir. Her iki teori de ortaya çıkışlarından bu yana, çağın gereklerine uygun gelişmeler göstermiştir. Hatta bu gelişmeler sonucunda artık tabii hukuk ile hukuki pozitivizm arasında kesin ayırımların kalmadığı bile iddia edilmektedir. Bu tür bir iddiaya yol açan en önemli nedenlerden biri, hukuki pozitivizm ile tabii hukuk arasındaki başlıca farkı oluşturan hukuk-ahlâk ayırımına, günümüzdeki bazı hukuki pozitivistlerin farklı yaklaşımlarıdır. Bu farklı yaklaşıma hukuki pozitivistleri götüren başlıca neden, modern demokratik hukuk sistemleri ve özellikle bu sistemlerde haklar bildirgelerine ve insan haklarına yer verilmesidir. Bir hukuki pozitivist olan *Herbert Hart* da, insan haklarıyla ilgili olarak, hukuk ve felsefenin henüz tamamlanmamış bir teorisi olduğunu ve insan haklarının her ülkede geçerli olduğu zaman, genişletilmiş bir hukuk anlayışına ihtiyaç duyulacağını belirtirken, bu gelişmenin farkındadır¹. Bunun dışında, bazı hukuki pozitivistlerin hukuk-ahlâk ilişkisine farklı bir şekilde yaklaşımlarına yol açan diğer bir neden ise, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargıçların, kararlarını ahlâki ilkelere dayandırmalarıdır. Bu nedenle bazı hukuki pozitivistler, ahlâkiliğe de yer veren bir hukuk teorisi oluşturmaya çalışmaktadırlar.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Hart, H.L.A: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1993, s.158.

Bazı hukuki pozitivistlerin hukuk-ahlâk ilişkisine farklı yaklaşımları, geleneksel hukuki pozitivizm manzarasında da değişikliklere yol açmaktadır. Bu makalede, günümüzdeki hukuki pozitivistlerin hukuk-ahlâk ilişkisine farklı yaklaşımları sergilenmeye çalışılacak, ardından da ortaya çıkan manzaranın geleneksel hukuki pozitivizme ne derece uygun olduğu değerlendirilecektir. Gerçekte, günümüzde hukuki pozitivizmin birçok türü söz konusudur. Ancak incelememiz, günümüzdeki pozitivistlerin hukuk-ahlâk ilişkisine ne şekilde farklı yaklaşımlarını göstermeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle burada, sadece hukuki pozitivistlerin hukuk-ahlâk ilişkisiyle ilgili farklı görüşlerinden veya bu ilişki çerçevesinde ortaya konan pozitivizmin iki formundan söz edilecektir. Ayrıca, günümüzdeki hukuk-ahlâk ilişkisiyle ilgili tartışmaların temelinde, *Hart*'ın düşünceleri yer almaktadır. Bu nedenle, öncelikle *Hart*'ın düşüncelerinden hareket ederek hukuki pozitivizmin temel özellikleri ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. Hukuki Pozitivizmin Temel Özellikleri

Günümüzdeki veya modern anlamdaki hukuki pozitivizm, klasik formdaki hukuki pozitivizmden farklılıklar gösterse de, modern hukuki pozitivistlerin hareket noktalarını da klasik pozitivistler oluşturmaktadır. Örneğin, günümüzde de hukuki pozitivizm, pozitif hukuk üzerinde, yani konulmuş olan, insanlar tarafından yaratılan hukuk üzerinde durmaktadır. Pozitif hukuk bu şekilde, tabii hukuktan farklıdır. Zira tabii hukuk, insanlar tarafından yaratılmayan, ancak keşfedilebilen, ahlâki olarak bağlayıcı normlar bütününden oluşmaktadır². *Neil MacCormick*'e göre, tabii hukukçular, pozitif hukukun geçerliliği ve varlığının, daima, tabii hukukta kökenini bulduğunu savunmaktadırlar. *Jeremy Bentham*'ı izleyen pozitivistler ise, sadece, pozitif hukukun üstünde durmaktadırlar. Bu şekilde hukuki pozitivizmin temel özelliğini, hukukun, toplumdaki insanların kararlarıyla çıkarılmış olmasına bağlı olması oluşturmaktadır. Hukuki pozitivizmin bu özelliği ise, *Herbert Hart* ve *Joseph Raz* tarafından, hukukun sosyal kaynakları tezi veya doktrini olarak adlandırılmaktadır³.

Modern hukuki pozitivizm tartışmalarında, sosyal kaynaklar tezi yanında, ayrılabilirlik tezi de ön plana çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, günümüzdeki hukuki pozitivizm tartışmaları, sosyal kaynaklar tezi ve ayrılabilirlik tezleri etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu tezlerin kökeni, *Bentham* ve *John Austin*'e dayandırılmaktadır. Bu anlamda, modern hukuki pozitivizmin, klasik hukuki pozitivizme dayandığı ileri sürülebilir. Ancak

² MacCormick, Neil: "Law, Morality and Positivism", Legal Studies, 1981, s.132.

³ MacCormick 1981, s.133. Raz bu tezi, sosyal tez olarak adlandırmakta ve pozitivizm adlandırmasının bu teze ilişkili olduğunu belirtmektedir (Raz, Joseph: *The Authority of Law-Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 38).

modern hukuki pozitivistlerin bu tezleri yorumlamaları ve ortaya koymaları, klasik hukuki pozitivismden farklılıklar göstermektedir. Öte yandan, modern hukuki pozitivistler arasındaki tartışma, sosyal kaynaklar tezi ve özellikle ayrılabilirlik tezi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür tartışma da, aşağıda belirtilecek olan farklı hukuki pozitivism versiyonlarına yol açmaktadır. Burada, öncelikle, sosyal kaynaklar tezi üzerinde durulacak, ardından da ayrılabilirlik tezinin anlamı belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Sosyal Kaynaklar Tezi

Sosyal kaynaklar tezi veya sosyallik tezi, belirli bir toplumda hukuk olarak değerlendirilen şeyin, sosyal olgu veya konvansiyon konusu olduğunu içermektedir. Bu tez çerçevesinde pozitivistler, hukuku, ahlâki bakımdansa, sosyal olgu konusu olarak açıklamaya çalışmaktadırlar. Sosyal kaynaklar tezi, hukuki pozitivistlerin düşüncelerinde farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Klasik pozitivistlerle, genellikle, hukukun emredici teorisi ilişkilendirilmektedir. Örneğin *Austin*'in görüşlerinde, hukukun kaynağının, egemenin emri olmasına dayandığı, sosyal olgu boyutunun ise, halkın çoğunluğunun egemene itaat etme alışkanlığının oluşturduğu belirtilmektedir⁴. *Austin*'e göre hukuk, uyulmaması durumunda yaptırım tehdidiyle desteklenen egemenin emridir. Bu tür bir tanım, hukukun içeriksel değerine yer vermediği, yani hukuku sırf bir sosyal olgu konusu olarak ele aldığı gibi, hukukun normatif gücü hakkında da bir iddiada bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, bu görüşe göre hukukun otoritesi, yaptırım gücüne sahip olmasında yatmaktadır⁵.

Günümüzdeki hukuki pozitivistler (özellikle Anglo-Sakson hukuk dünyasındakiler) ise, hukukun sosyal kaynağını, *Hart*'in tanıma kuralı çerçevesinde tartışmaktadırlar. *Hart*, kendi hukuk anlayışını oluştururken, *Austin*'in görüşlerini eleştirmektedir. *Hart*, *Austin*'in egemen anlayışına karşı çıktığı gibi, onun emirler olarak hukuk anlayışına ve hukukun otoritesini açıklamak için sadece yaptırıma başvurmasına da karşı çıkmaktadır⁶. *Hart*'a göre hukuk, emredici kurallar yanı sıra yetki verici kurallardan oluşmakta ve hukuk kurallarının yapısı, *Austin*'in belirttiğinin aksine, daha karışık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu noktayı ortaya koyabilmek için *Hart*'in hukuk kurallarıyla ilgili olarak yaptığı ayırma bakmak gerekmektedir.

⁴ Wellman, Vincent A.: "Positivism, Emergent and Triumphant". Michigan Law Review, (No.97) 1999, s.1734.

⁵ Coleman, Jules /Leiter, Brian: "Legal Positivism", Patterson D. (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford 2000, s.244.

⁶ Coleman/Leiter, a.g.e., s.244.

Hart, birincil (primary) ve ikincil (secondary) kurallar olmak üzere, iki tür kuraldan söz etmektedir. *Hart*'a göre birincil kurallar, vatandaşların davranışlarıyla ilgili ödev ve yükümlülükler getiren kurallardır. *Hart*'a göre, bir hukuk sistemi, sadece birincil kurallardan oluşamaz; çünkü bu durumda hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle *Hart*, hukukun birincil ve ikincil kurallardan oluştuğunu savunmaktadır. Birincil kurallar yükümlülük getirirken, ikincil kurallar vatandaşlara ve yetkililere, kamusal ve özel yetkiler vermektedir⁷. Bunun dışında, ikincil kurallar arasında da yükümlülükler getiren kurallar olabilir. *Hart*'ın sisteminde en önemli ikincil kural, tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı, günümüzdeki hukuki pozitivistlerin hareket noktası olarak aldıkları temel bir kural olup, bir normun, toplumun hukukunun parçası olabilmesi için yerine getirmesi gereken şartları düzenlemektedir⁸. *Hart*'a göre, tanıma kuralı ve birincil kurallar, bir hukuk sisteminin varlığı için asgari koşullardır⁹. *Hart*'ın bir hukuk sistemindeki en üst düzeyde ve tek olan tanıma kuralı, diğer hukuk kurallarından farklı özellikler taşımaktadır. İlk olarak, tanıma kuralının varlığı sosyal olgu konusudur. Diğer kurallar ise, tanıma kuralında düzenlenen kritere göre, geçerli veya geçersizdirler. İkinci olarak, tanıma kuralı, hukuk sistemindeki diğer kurallarla ilişkilidir¹⁰. Bu ilişki çerçevesinde ise, hukuk sistemindeki diğer kuralların, tanıma kuralı altında tanındıkları için, var oldukları belirtilebilir. Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, kurallar hakkındaki kural olma özelliğini taşımaktadır.

Hart, birincil kurallardan oluşan bir rejimin, kesin olmayışını önlemek için tanıma kuralını getirmektedir¹¹. Zira tanıma kuralı, bir toplumdaki hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirleyecektir. *Hart*, bu noktayı belirtmek için, hukukun olmadığı varsayımsal bir küçük toplum (veya grup), örneğini kullanmaktadır. Sadece birincil kurallardan oluşan bu tür toplumda, mevcut kurallar, bir sistem içerisinde oluşturulmamakta ve ayrı ayrı standartlar görünümüne sahip olmaktadır. Toplum üyeleri tarafından kabul edilme, bu kuralların varlığını da sağlamaktadır. Ancak kurallar bir sistem içerisinde düzenlenmediğinden, bu kuralların neler olduğuna dair bir şüphe veya belirli bir kuralın alanını belirlemeyle ilgili tartışma söz konusu olduğunda, bunları ortadan kaldıracak, ne bir prosedür, ne bir bağlayıcı bir metin, ne de bu tür anlaşmazlıklarla ilgili bağlayıcı nitelikte kararlar verecek

⁷ Kerruish, Valerie: *Jurisprudence as Ideology*, Routledge, London 1991, s.51.

⁸ *Hart*'ın tanıma kuralı, *Kelsen*'in temel normuna benzemektedir. Ancak *Kelsen*'in temel normu, *a priori* yapılması gerekene dayanırken, *Hart*'ın tanıma kuralı, sosyal olgu konusudur. Bunun dışında, *Hart*'ın hukuk kuralları hiyerarşisi ile *Kelsen*'in normlar hiyerarşisinin benzerliği de söz konusudur (Kerruish, a.g.e., 53).

⁹ Coleman/Leiter, a.g.e., s.245.

¹⁰ Kerruish, a.g.e., s.52.

¹¹ Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1997, s.94.

bir yetkilinin bulunması söz konusu değildir¹². *Hart*'a göre bu tür problemleri ortadan kaldıracak, yani kesinliği sağlayacak olan kural, tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı, diğer ikincil kurallarla birlikte, hukuki olmayan bir toplumun, hukuki topluma dönüşmesini sağlamaktadır. Öte yandan *Hart*, tanıma kuralının bu fonksiyonunun, yani hukuk hakkında daha kesin bilgi edinilmesini kolaylaştırmasıyla ilgili fonksiyonun, bütünüyle hukuki kesinliği sağladığı anlamına gelmediğini de belirtmektedir¹³. Çünkü *Hart*, tanıma kuralı da dahil, bir hukuk sistemindeki bütün kuralların içeriğinin, önemli ölçüde belirli olduğu gibi, belirsiz olduğunu da kabul etmektedir¹⁴.

Hart da, *Austin* gibi, hukukun kaynağını sosyal olguya dayandırmaktadır. *Hart*'a göre, hukukun belirlenmesi, belirli sosyal olgulara, yani yetkililerin pratiği hakkındaki olgulara dayanmaktadır¹⁵. Tanıma kuralı, hukuk sistemi içindeki kuralların varlığını belirlemektedir. Diğer bir ifadeyle, tanıma kuralında yer verilen kritere uygun olan kurallar, hukuki dayanağa da sahip olmaktadır. Ancak tanıma kuralının varlığı, bu tür bir kriterle belirlenmemektedir. Tanıma kuralı, daha çok, sistem içindeki yetkililer tarafından sisteme ilişkin temel bir kural olarak kabul edilmesi nedeniyle var olmaktadır. Bu nedenle *Hart* için, hukuk, kurallardan ve diğer hukuki standartlardan oluşması yanında, aynı zamanda olgu konusudur. Bir olgu konusu olarak da hukuk, belirli temel kuralların, yetkililer tarafından kabul edilmesiyle ilgilidir¹⁶. *Hart*'ın tanıma kuralında yer verilecek en yüksek kritere ilişkin hiçbir sınırlama getirmemesi de, *David Lyons*'a göre, hukukun sosyal olgu olmasıyla ilgilidir. *Hart*'a göre tanıma kuralı, yetkililerin, hukuki standartları geçerli kılmada başvurdukları en yüksek kriteri içermesi gerekmektedir. Bu kriter, sistemlere göre değişebileceği gibi, zaman boyunca da değişir. *Hart*, kritere ilişkin, yetkililer tarafından ortaya çıkarılacak olası test türleri hakkında (örneğin belirli bir organ tarafından çıkarılma, geleneğe dayalı olma gibi), herhangi bir sınırlama getirmemektedir¹⁷. *Lyons*'a göre bunun nedeni ise, tanıma kuralının, diğer hukuk kurallarından farklı olarak, yetkililerin pratiği sayesinde var olabileceğinin söylenebilmesidir; yani yetkililerin pratiği dışında başka hiçbir şey, bu kuralın içeriğini belirleyemez. Böylece, bir sistemdeki hukuka

¹² Hart 1997, s.92.

¹³ Hart 1997, s.252.

¹⁴ Lyons, David: "Founders and Foundations of Legal Positivism", Michigan Law Review, (Vol.82) 1984, s.738.

¹⁵ Lyons, David: "Principles, Positivism and Legal Theory", The Yale Law Journal, (Vol.87) 1977, s.424.

¹⁶ Lyons 1984, s.738.

¹⁷ Hart 1997, s.95.

ilişkin testleri belirleyenler yetkililer olup, bu testlere dair herhangi bir sınırlama söz konusu değildir¹⁸.

Hart'ın düşüncesinde hukuki geçerlilik ise, tanıma kuralıyla ilgilidir. Tanıma kuralında yer verilen belirli kritere uygun olan kural, geçerlilik şartını da yerine getirmektedir. Öte yandan *Hart*'a göre, bu kriteri sağlayan tanıma kuralının kendisinin geçerliliği hakkında bir sorun ortaya çıkamaz. Çünkü tanıma kuralı, geçerli veya geçersiz değildir; sadece bu şekilde kullanılmak için kabul edilmektedir¹⁹. Tanıma kuralı örneği olarak, anayasalar verilebilir. *Hart*'a göre, hukukun çeşitli kaynaklarını belirleyen bir anayasadaki kriter çerçevesinde sistemdeki yetkililer ve yargıçlar hukuku belirliyorlarsa, o anayasanın kabul edildiği ve gerçekten var olduğundan söz edilebilir. Bu anlamda *Hart*'ın tanıma kuralının doğrudan muhatabı da, sıradan vatandaşlar değil, sistemdeki yetkililerdir²⁰. Diğer bir ifadeyle, hukukun ne olduğunu belirleyenler, hukuk sisteminde yer alan yetkililerdir. Böylece sistemdeki yetkililer tarafından tanıma kuralının kabul edilip ona uygun davranılması, bu kuralın varlığını da ortaya koyacaktır.

Sonuç olarak *Hart*'ın düşüncesinde, hukukun sosyal olgu konusu olması, tanıma kuralının hukuk sistemindeki yetkililer tarafından kabul edilmesiyle ilgilidir. Öte yandan, tanıma kuralının kendisi de, bir hukuk sistemindeki hukuki geçerliliği sağlayan en yüksek kural olma özelliğini taşımaktadır. Bunun dışında, kendisi sosyal olgu konusu olan tanıma kuralında yer verilecek kriterlerin, sosyal kaynağa dayanıp dayanmaması gerekliliği tartışmalıdır. *Hart*'ın görüşlerinde bu tür bir gereklilik söz konusu değildir. Çünkü *Hart*, tanıma kuralında yer verilecek kritere ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu tartışmanın anlamını daha iyi ortaya koyabilmek için, ayrılabilirlik tezi üzerinde durmak gerekmektedir.

B. Ayrılabilirlik Tezi

Hukuk ve ahlâkın birbirinden ayrılması, hukukun emredici teorisi gibi, *Bentham* ve *Austin*'le ilişkilendirilmektedir²¹. Klasik hukuki pozitivizm şemasında hukuk-ahlâk arasında ayırım yapılması, olan hukuk ile ideal hukuk arasında ayırım yapılması, şeklinde anlaşılmaktadır. Günümüzdeki hukuk-ahlâk ayırımıyla ilgili temel düşünce ise özellikle *Hart*'ın "*Positivism and the Separation of Law and Morals*" başlıklı makalesinde yer almaktadır.

¹⁸ Lyons 1977, s.423-424.

¹⁹ Hart 1997, s.109.

²⁰ Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1990, s.198-199.

²¹ Fuller, Lon L: "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* (Vol.71) 1958, s.639.

Ayrılabilirlik tezi adlandırmasını yapan ve pozitivismle ilişkisi üzerinde duran düşünür ise, *Jules Coleman*'dir²².

Ayrılabilirlik tezinin anlamını ortaya koymadan önce, hukuki pozitivistlerin ahlâkiliği hangi anlamda kullandıklarını kısaca belirtmek, sonraki açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi bakımından gerekmektedir. Hukuki pozitivistlerin, ahlâkilikten anladıkları şey konusunda farklı düşünceler söz konusudur. Örneğin *Lon L. Fuller*'a göre, *Austin*, ahlâkiliği, hukuk dışındaki, insan davranışlarıyla ilgili her türlü (kültürel, dini, ahlâki vb.) standart karşılığı kullanmakta ve bütün bunları hukukun dışında bırakmaktadır. *Fuller*'a göre, *Hart* da genellikle *Austin*'i izlemekte ve ahlâkilikten söz ettiğinde de, yapılması gereken şeye ilişkin bütün hukuk dışı görüşleri tasarlamakta, ancak bunların kaynaklarını veya değerlerini göz önüne almamaktadır²³. *Hart* ise, ahlâkilikle ilgili olarak, toplumsal veya konvansiyonel ahlâkilik ile eleştirel ahlâkilik ayırımını yapmaktadır²⁴. *Hart*, toplumsal ahlâkiliği, belirli bir toplumda, o toplumun üyeleri tarafından benimsenen ve kabul edilen ahlâkilik anlamında kullanmaktadır. *Hart*'a göre eleştirel ahlâkilik ise, toplumsal ahlâk da dahil olmak üzere, mevcut toplumsal kurumları değerlendirmede başvurulacak evrensel nitelikteki ahlâk ilkelerini içermektedir²⁵. Başka bir hukuki pozitivist olan *MacCormick* de *Hart*'ın görüşünden hareket ederek, eleştirel ve toplumsal ahlâkilik ayırımını sürdürmektedir. *MacCormick*'e göre, eleştirel veya temel anlamındaki ahlâkilik, normatif bir düzenle ilgili olup, evrensel olanı ve her ahlâki varlıkla ilgili olanı konu edinmektedir. Bu anlamdaki ahlâkiliğin uygulanması, herhangi bir güce dayanmadığından, yani zorlayıcılık unsuru içermediğinden, her rasyonel varlığın kendi özgür istemesine bağlıdır. Bu nedenle de eleştirel ahlâkilik, özerkliği içermektedir. Diğer bir ifadeyle, eleştirel ahlâkilik, kendi uygulanabilirliğini de yine kendisi sağlamaktadır²⁶. *MacCormick*'e göre, eleştirel ahlâkiliğe nazaran daha az temel nitelikteki ahlâkilik (veya toplumsal ahlâkilik) ise, toplumdaki kişiler tarafından paylaşılan ilkeler veya konvansiyonlarla ilgilidir. *MacCormick*'e göre, bu tür konvansiyon veya ilkelerin çoğu, dini inançlar ve geleneklerle bağlantılı olma özelliğini taşımaktadır. *MacCormick*, toplumun baskısından dolayı

²² Wellman, a.g.e., s.1725.

²³ Fuller, a.g.e., s.635.

²⁴ *Hart*, toplumsal ahlâkilik yerine, pozitif ahlâkilik terimini kullanmaktadır (Bkz. *Hart, H.L.A.: Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Çev. E. Öz., Dost Kitabevi, Ankara 2000, s.28). Ancak, günümüzdeki tartışmalarda pozitif ahlâk yerine, toplumsal ahlâk terimi kullanıldığı için, biz de bu terimi kullanmayı tercih ettik.

²⁵ *Hart* 2000, s.28.

²⁶ *MacCormick, Neil: "My Philosophy of Law", WINTGENS, L. J. (ed.), The Law in Philosophical Perspectives, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1999, s.133-134.*

uyulan ahlâkiliktense, bireylerin kendi istemesiyle uydukları ahlâkiliğe öncelik verme eğilimini taşımaktadır²⁷.

Hart ve MacCormick'in görüşlerinden hareket ederek, ideal hukukla ilgili değerlendirmelerin eleştirel ahlâkiliğin konusu olduğu belirtilebilir. Öte yandan, ayrılabilirlik tezi çerçevesinde, toplumsal ve eleştirel ahlâkiliği de içeren genel olarak ahlâkilik düşüncesi yer aldığı gibi, bu tez çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalar, özellikle eleştirel ahlâkilik bakımından söz konusu olmaktadır. Burada, öncelikle, ayrılabilirlik tezinin anlamı belirtilecek, daha sonra ortaya çıkan tartışmalara değinilecektir.

Ayrılabilirlik tezi, hukuki pozitivistlerin tabii hukukçulara karşı geliştirdiği bir tez olarak düşünülürse, bu tez, hukuk ile ahlâk arasında hiçbir ilişkinin kurulamayacağı anlamına gelmektedir. Zira tabii hukukçulara göre, hukuk ile ahlâkilik arasında zorunlu bir ilişki bulunmaktadır. Ancak, hukuki pozitivistlerin tümü bu tür bir yaklaşımı paylaşmamaktadır. Bazı hukuki pozitivistler, örneğin *Joseph Raz*, hukuk ile ahlâkilik arasında kurucu bir ilişki kurulamayacağını savunmakta ve bu tür bir ilişkinin, hukukun doğasına aykırı olduğunu ileri sürmektedir²⁸. Diğer hukuki pozitivistler ise, hukuk ile ahlâkilik arasında ilişki kurulmasının mümkün olduğunu iddia etmektedirler. Ayrılabilirlik tezi de bu iddiayla ilgilidir.

Ayrılabilirlik tezi, pozitivistizmin iki formuyla ilişkili olarak ortaya konabilir. Şöyle ki, birinci formunda pozitivistizm, hukukun hiçbir ahlâki teste dayanmayı gerektirmediğini savunan geleneksel pozitivist iddiayı içermektedir²⁹. Pozitivistizmin 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 gerekmektedir³⁰. Pozitivistizmin ikinci formu, ayrılabilirlik teziyle ilişkilidir.

Ayrılabilirlik tezinin anlamını açıklıkla ortaya koyabilmek için, *Jules Coleman*'ın görüşlerine başvurmak gerekmektedir. *Coleman*, "*Negative and Positive Positivism*" başlıklı ünlü makalesinde, negatif pozitivistizmden söz ederken, ayrılabilirlik tezinin anlamını da belirtmektedir. *Coleman*'a göre ayrılabilirlik tezi, pozitivistizmin, hukuk ve ahlâkilik arasında zorunlu bir ilişki olduğunu savunan tabii hukuk teorisini reddetmesiyle ilgilidir. *Coleman*, hukuk ve ahlâkilik arasında zorunlu veya kurucu ilişki olduğunun reddini

²⁷ MacCormick 1999, s.135.

²⁸ Waluchow, W.J.: "Law, Morality, and The Weak Social Thesis", Peden, C. / Roth, J. K. (eds.), *Rights, Justice and Community*, The Edwin Mellen Press, Lewiston 1992, s.451.

²⁹ Dworkin, Ronald: "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, (Vol.115) 2002, s.1655.

³⁰ Dworkin 2002, s.1656.

ise, ayrılabilirlik tezi olarak adlandırmaktadır³¹. Coleman, Hart'ın düşüncelerinden hareket etmektedir. Kendisini esnek hukuki pozitivist olarak adlandıran ve gerçekte pozitivizmin ikinci formunun ortaya çıkmasına da kaynaklık eden Hart, "The Concept of Law" başlıklı eserinde, hukuk ve ahlâkilik arasında hiçbir zorunlu kavramsal bağlantı olmadığını, buna karşılık farklı birçok rastlantısal bağlantı olduğunu belirtmektedir³². Hart, aynı eserin bir başka yerinde de, kuralların ahlâkiliğin gereklerini karşılamak gibi bir zorunluluğu olmadığını, ancak uygulamada kuralların genelde bu talepleri karşıladığını belirtmektedir³³. Böylelikle Hart'ın hukuk ve ahlâkilik arasında bir ilişkinin bulunduğunu savunduğu, ancak bu ilişkinin zorunlu olmaktan çok, rastlantısal olduğunu ileri sürdüğü belirtilebilir. Hart'ın bu düşüncelerinden hareket eden Coleman da, ayrılabilirlik tezini, hukukun bir parçası olarak ahlâkiliğe yer verecek şekilde yorumlamaktadır. Böylece Coleman'a göre, örneğin bir ahlâki ilkenin hukukiliğini, bu ilkenin ahlâki bakımdan doğruluğuna bağlı tutmak mümkündür³⁴.

Ayrıca Coleman, ayrılabilirlik tezinin, bir toplumun hukukuyla ahlâkiliğinin farklı olduğu iddiasıyla karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir³⁵. Zira Coleman'a göre, bu iddianın farklı anlamları bulunmaktadır. Örneğin bu iddianın bir anlamı, toplumun hukukuyla, onun ahlâkiliğini oluşturan normlar arasında hiçbir uyuma veya benzerlik olmadığını içermektedir³⁶. Ancak bu iddia zayıftır; çünkü, hukuk ve ahlâk kuralları arasında hiçbir uyuma veya benzerliğin olmadığından söz etmek mümkün değildir. Örneğin, hırsızlık ve adam öldürmeyi, hem hukuk kuralları hem de ahlâk kuralları yasaklamaktadır. İkinci olarak, bir toplumun hukukuyla ahlâkiliğinin farklı olduğu iddiası, hukuki bilginin kaynaklarıyla ilgili epistemik bir iddia olarak anlaşılabilir. Diğer bir ifadeyle, bir toplumun hukuku hakkındaki bilginin, ahlâkiliğe başvurulmaksızın elde edilebileceği savunulabilir. Bazı toplumlarda, hatta her hukuk normunun ahlâki ilke olduğu toplumda bile, ahlâkilik ilkeleri olarak statüleri değerlendirilmeksizin hangi normların hukuki nitelikte olduğu öğrenilebilir. Bir toplumun hukukuyla ahlâkiliğinin farklı olduğu iddiası, üçüncü olarak, ayrılabilirlik tezine indirgenebilir; yani, bir toplumun ahlâkiliğiyle hukukunun kavramsal olarak ayrı oldukları şeklinde anlaşılabilir³⁷. Ancak bu şekilde anlaşıldığı

³¹ Coleman, Jules L.: *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1988, s.4.

³² Hart 1997, s.268.

³³ Hart 1997, s.185-186.

³⁴ Ancak Coleman'a göre ahlâkiliğin hukukilik kriteri olabilmesi için, tanıma kuralının bu tür bir kriteri yer vermesi gereklidir (Coleman, Jules L.: "Authority and Reason", George, R.P. (ed), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 315).

³⁵ Coleman, 1988, s.5.

³⁶ Coleman, 1988, s.5-6.

³⁷ Coleman 1988, s.6.

durumda, bir toplumun hukuku ve ahlâkiliği arasında fark olduğu iddiası ile ayrılabilirlik tezinin örtüştüğü belirtilebilir.

Öte yandan, hukuk ile ahlâkın kavramsal olarak ayrı oldukları iddiası, ikisi arasındaki her türlü kavramsal bağlantının yadsınması anlamına mı gelmektedir? *Hart*'ın görüşleri çerçevesinde, bu tür bir düşüncüyü savunmak hayli zor görünmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, *Hart*, hukuk ile ahlâk arasındaki zorunlu kavramsal bağlantı olduğu düşüncesini reddetmektedir. Diğer bir ifadeyle, *Hart*, rastlantısal kavramsal bağlantılara izin vermektedir. *Hart*'ı bu şekilde yorumlayan *Lyons* da, ayrıca, gerek hukukun gerekse ahlâkiliğin eyleme ilişkin genel standartlar getirmelerinin, ikisi arasındaki kavramsal bağlantıyı da ortaya çıkardığını belirtmektedir³⁸.

Pozitivizmin iki formu arasındaki ayırım da, bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Pozitivizmin ilk formu, hukuk ve ahlâkılık arasında ilişki kurulamayacağını belirtirken, ikinci formu, bu ilişkinin mevcut olabileceği hukuk sistemlerinin bulunabileceğini kabul etmektedir. *Hart*, hukukun varlığının ve içeriğinin, ahlâkiliğe başvurulmaksızın, hukukun sosyal kaynaklarına (kanunlar, yargı kararları, sosyal gelenekler gibi) başvurularak ortaya konulabileceğini belirtmektedir. Bu ifadeden hareket edildiğinde, *Hart*'ın pozitivizmin ilk formuna bağlı kaldığı düşüncesine ulaşılabilir. Ancak *Hart*, hukukun kendisinin ahlâki kritere yer vermesi durumunda, hukukun ahlâkiliğe yer verilerek belirlenmesinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir³⁹. Hukukun belirlenmesinin ahlâkiliğe göre olmasını sağlayan da, *Hart*'ın tanıma kuralıdır. Zira *Hart*'a göre esnek hukuki pozitivizm, hukuki geçerlilik kriteri olarak, ahlâki bir testin uygulanmasını kısmen mümkün kılmaktadır⁴⁰.

Hart'ın tanıma kuralı, ayrılabilirlik teziyle de yakından ilgilidir. Esasen hukuk ve ahlâkın ayrı olmasının anlamını, *Frederick Schauer*'ın da belirttiği gibi, tanıma kuralı çerçevesinde ortaya koymak daha makul görünebilir. Burada, tanıma kuralına uygun olan veya olmayan normlar arasında bir ayırım değil; tanıma kuralının kendisindeki hukuki olan-hukuki olmayan ayırımı söz konusudur⁴¹. Bu çerçevede pozitivizmin ilk formu veya ayırma tezi, hukukilik kriterinin, ahlâkılık kriteri içermeyeceği iddiasıyla ilişkilidir. Örneğin, bu tür bir iddiada bulunan *Raz*, kaynağa dayanan tanıma kuralı aracılığıyla, normları hukuk normları olarak geçerli kılmanın ve belirlemenin zorunlu olduğunu savunmaktadır. Bu şekilde, örneğin, "parlamentonun

³⁸ Lyons 1984, s.731.

³⁹ Hart 1997, s.269.

⁴⁰ Hart 1997, s.253.

⁴¹ Schauer, Frederick: "Positivism Through Thick and Thin", BIX, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1998, s.67.

çıkardığı şey, ne olursa olsun, kanundur” gibi bir tanıma kuralı hukuku belirleme ve hukuki geçerlilik fonksiyonları ahlâkîlik kriterinin uygulanmasından bağımsız olan bir tanıma kuralıdır⁴².

Tanım kuralının hukuku belirleme ve hukuki geçerlilik fonksiyonları üzerinde duran düşünür, yine *Coleman*’dır. *Coleman*’a göre, tanım kuralının hukuku belirleme fonksiyonu, bir toplumun hukukunu tanımlamasıyla veya ortaya koyan bir standart olmasıyla ilgilidir. Tanım kuralının geçerlilik fonksiyonu ise, bir normun, toplumun hukuku haline gelebilmesi için gerekli şartları ortaya koymasıyla ilgilidir⁴³. Hukuki pozitivizm açısından, bir tanım kuralının her iki anlama sahip olmasının zorunlu olup olmadığı, ayrılabilirlik teziyle ilgili ortaya çıkan problemler çerçevesinde, aşağıda değerlendirilecektir.

Sonuçta, pozitivizmin ilk formunu savunanlar, hukuki geçerlilik şartı olarak, içerikli bir kritere yer vermeyen tanım kuralı düşüncesinden yanadırlar. Bu tür bir düşünceyi savunan *Raz*, hukukta ahlâkîliğe hiçbir şekilde yer vermemeyi düşünmemektedir. *Raz*’a göre, geçerlilik standardı olarak sosyal kaynağı düzenleyen tanım kuralı, ahlâki veya diğer tartışmalı normların hukuki geçerliliğini önlememektedir. *Raz*’a göre, ahlâki normlar sosyal kaynakları sayesinde geçerli olabilirler veya hukuken bağlayıcı olabilirler. Böylece *Raz*, tanım kuralının geçerlilik kriteri olmasıyla ilgili bir sınırlandırma getirirken, bu durumun belirli ahlâki normların hukuken bağlayıcı olmasını önlemeyeceğini savunmaktadır⁴⁴. Bu tür düşünce çerçevesinde, örneğin, söze bağlılık (ahde vefa) ilkesinin, yetkili organın bu ilkeyi içeren düzenleyici işlemler yapması halinde, hukukun parçası haline gelebileceğini ileri sürmek mümkündür; yani, söze bağlılık ilkesini hukuki kılan şey doğrudan doğruya sosyal kaynağa dayanmasıdır. Böylece pozitivizmin ilk formunu savunanlar, hukuki geçerlilik şartlarının, bir normun sosyal kaynaklarına ilişkin olması gerektiğini savunmaktadırlar⁴⁵. Ayrılabilirlik tezini savunanlar ise, örneğin *Coleman*, hukuki geçerliliğe ilişkin içeriksiz bir kriterin zorunlu olduğunu kabul etmemektedir.

⁴² Schauer 1998, s.67.

⁴³ Coleman 1988, s.5.

⁴⁴ Coleman, Jules L.: “Second Thoughts and Other First Impressions”, Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1998, s.262-263.

⁴⁵ Shapiro, Scott J.: “The Difference That Rules Make”, Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1998, s.57.

II. Ayrılabilirlik Tezi Savunulabilir mi? Ayrılabilirlik Teziyle İlgili Problemler

Esnek hukuki pozitivistlerin ayrılabilirlik tezini savunmalarındaki başlıca amaç, ilkelere (ahlâki nitelikte olanlar dahil) hukuk teorisi içerisinde yer vermek, hukukun kurallar yanında ilkelere de oluştuğunu göstermektir. Pozitivistlerin bu tarz bir yaklaşımı benimsemelerinde ise, yukarıda da belirtildiği gibi, başlıca iki etken rol oynamaktadır. İlk olarak, modern demokrasilerin gerekleri veya bazı anayasaların ahlâki ilkelere göndermede bulunmaları, pozitivist yaklaşımın da ilkelere yer vermesi gerekliliğini doğurmuştur. İkinci olarak, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargı kararlarında ahlâki ilkelerin yer alması da, yargısal hukuk yaratmaya hukuk teorisi içinde yer vermek isteyen pozitivistlerin, ilkelerin üzerinde durmalarına yol açmıştır. Hukuki pozitivistlerle ilgili buradaki problem ise, tabii hukukçu olmadan, pozitivist yaklaşıma uygun olarak ahlâki ilkelere hukukta nasıl yer verilebileceğiyle ilgilidir. Çünkü, tanıma kuralında ahlâki ilkelere yer vermek (yani geçerlilik kriteri olarak ahlâki ilkeleri kabul etmek) demek, hukuk ve ahlâk arasında ilişki bulunduğunu da kabul etmek demektir.

Bu noktada ayrılabilirlik tezi, esnek hukuki pozitivistler için bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Zira bu tez çerçevesinde, hukuk ve ahlâkilik arasındaki ilişkinin zorunlu veya kurucu değil; ancak rastlantısal olduğu savunulabilmektedir. Böylelikle, esnek hukuki pozitivistler ve tabii hukukçular arasındaki fark da korunmuş olmaktadır. Tabii hukukçular ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkinin zorunlu olduğunu savunurken, esnek hukuki pozitivistler bu ilişkinin rastlantısal olduğunu savunmaktadır. Esnek hukuki pozitivistlerin bu yaklaşımı çerçevesinde, dünyadaki bütün hukuk sistemleri için değil, ancak modern demokrasileri kabul eden veya anayasalarında, örneğin insan haklarına göndermede bulunan ülkelerin hukuk sistemleri bakımından hukuk ve ahlâkilik arasında ilişkinin bulunduğunun savunulabilmesi mümkündür.

Öte yandan, ahlâki ilkelere hukukta yer vermek, ayrılabilirlik tezi çerçevesinde mümkün olsa da, geleneksel pozitivist manzaranın bununla bağdaşmayacağına ilişkin itirazlar ileri sürülmüştür. Buradaki bağdaşmazlık, ahlâki ilkeler ile hukuk kuralları arasındaki fark veya farklardan kaynaklanmaktadır. Ahlâki ilkeler, hukuk kurallarından daha farklı bir yapıya sahiptir. Özellikle, ahlâki ilkelerin tartışmalı bir doğaya sahip olduğu göz önüne alındığında, pozitivistizmin diğer gerekleriyle ahlâki ilkelerin nasıl bağdaşacağı problemi ortaya çıkmaktadır.

Ahlâki ilkelerin tartışmalı doğasından hareket ederek, bu ilkelere pozitivist anlamdaki hukukun parçası olarak yer verilemeyeceğini

savunanlar, *Ronald Dworkin* ve *Raz*'dır. *Raz* kaynaklar tezinden hareket ederek, ahlâki ilkelerin hukukun parçası olamayacağını savunmaktadır. *Raz*'ın da aralarında yer aldığı pozitivistlerin ilk formunu savunanlar, sosyal kaynaklar tezini, iki şekilde yorumlamaktadırlar. Birinci olarak, hukukilik kriteri bir sosyal olgudur; yani, bir normun hukuki olarak geçerli olup olmaması sosyal kaynağına bağlıdır. İkinci olarak ise, hukuki geçerlilik şartlarını düzenleyen kural, yani tanıma kuralının kendisi, bir sosyal kuraldır⁴⁶. Sosyal kaynaklar tezinin bu şekilde yorumlanmasından hareket eden *Dworkin* de, pozitivist anlamda hukukilik kriterinin içerikli olmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir; çünkü *Dworkin*'e göre, içerikli bir kritere yer veren tanıma kuralının sosyal bir kural olması mümkün değildir.

Burada *Dworkin*'in *Hart*'ın teorisine yönelik eleştirileri belirtilecektir. Zira, günümüzdeki hukuki pozitivism tartışmaları bu eleştiriler etrafında toplanmaktadır. Bu eleştirileri, esnek pozitivistlerin nasıl karşıladığını belirtmek için de önce *Hart*'ın görüşleri belirtilecek, ardından da *Hart*'ı çıkış noktası almakla beraber farklı bir yaklaşım da sergileyen *Coleman*'ın görüşleri ortaya konmaya çalışılacaktır.

A. *Dworkin*'in Eleştirileri

Dworkin'in hukuki pozitivism'e yönelttiği eleştiriler, *Hart*'ın görüşlerine ve özellikle sosyal kural olarak tanıma kuralına yöneliktir. Esasen *Dworkin* ve *Hart*, hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluştuğunu kabul etmekte ve bu anlamda benzerlik göstermektedirler⁴⁷. Ayrıca *Dworkin*, modern hukuk sistemlerinde hukuki geçerliliği açıklamak için tanıma kuralının zorunlu olabileceğini de belirtmektedir. Ancak, *Dworkin*, pozitivist anlamda, yani sosyal kural olarak tanıma kuralını kabul etmemesi yönünden *Hart*'dan ayrılmaktadır⁴⁸.

Dworkin, genel olarak, hukuki pozitivism'in belirli özelliklerini ortaya koymakta ve bu özellikler çerçevesinde önce *Austin*'in, ardından da *Hart*'ın görüşlerini değerlendirmektedir. *Dworkin*'e göre pozitivism'in ilk özelliği, hukuku kurallar bütününden ibaret görmesidir; yani, pozitivism'e göre hukuki standartlar, kurallardan oluşmaktadır. İkinci olarak *Dworkin*, bu kuralların, özel bir kriter tarafından belirlendiğini ve toplumdaki diğer kurallardan ayırt edildiğini ileri sürmektedir. *Dworkin*, hukuk kurallarını belirleyen bu kriterin, kuralların içeriğine dayanmadığını belirtmektedir: Ona göre, hukuki geçerliliği sağlayan bu kriter, kuralların kaynağına (örneğin

⁴⁶ Coleman 1998, s.263.

⁴⁷ *Dworkin*, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977, s.58-59.

⁴⁸ *Dworkin* 1977, s.59 vd.

kimin tarafından çıkarıldığına veya kabul edildiğine) bakarak, hukuki olanları hukuki olmayanlardan ayırt etmektedir⁴⁹.

Dworkin kendi hukuk teorisinde, hukukun kurallar yanında, ilkeler ve politikalardan da oluştuğunu savunmaktadır. Hukuki pozitivistlerin aksine, *Dworkin*, modern demokrasilerdeki ilkelerin, ahlâkiliğin veya hakkaniyetin önemli görünümelerini ortaya koydukları için hukuken bağlayıcı olduklarını ileri sürmektedir. *Dworkin*'in ileri sürdüğü bu düşünce, yine kendisinin belirttiği hukuki pozitivistizmin iki özelliğiyle bağdaşmamaktadır. İlk olarak hukuki pozitivistizmdeki hukuki standartlar, kurallardan ibarettir; yani ilkelere yer verilmez. İkinci olarak, hukuki pozitivistizmin geçerlilik kriteri (veya *Dworkin*'in adlandırdığı şekilde pedigree kriteri), kuralların içeriğine değil, şekli özelliklerine bakmaktadır⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, pozitivistizm göre bir normun geçerliliği, formuna, tarihçesine veya kaynağına dayalıdır. Bu bakımdan pozitivist düşüncede, bir normun geçerliliğini, onun değerine veya içeriğine bağlı tutmak mümkün değildir. Oysa ahlâki ilkelerin geçerliliği, değerlerine bağlıdır; yani, bu ilkeleri geçerli kılan şey, sosyal kaynakları değildir. *Dworkin*'e göre, ilkelerin bu özelliğine geçerlilik şartı olarak tanıma kuralında yer verilirse, bu kural pozitivist anlamda tanıma kuralı olamaz⁵¹. Örneğin adil veya hakkaniyete uygun olan normları geçerli kılan bir kriter, pozitivist anlamdaki tanıma kuralına uymamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, pozitivistizm göre, tanıma kuralındaki hukuki geçerlilik kriteri sosyal kaynağa dayalı olmalıdır.

Dworkin, üçüncü olarak, ahlâki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcılığını hakkaniyetin veya ahlâkiliğin gereklerini karşılamalarına bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, *Dworkin*'e göre ahlâki ilkeler, tanıma kuralı altında belirlendikleri için hukuk değildirler: Ahlâki ilkelerin hukuki olmasını sağlayan şey, hakkaniyet veya adaletin gereklerine uygun olmalarıdır. Bu nedenle, hukukun parçası olarak ahlâki ilkeleri ortaya koymak, ayrılabilirlik tezini de ihlâl etmek anlamına gelecektir⁵².

Dworkin, dördüncü olarak, tanıma kuralının sosyal bir kural olmasıyla, ahlâki ilkelerin bağdaşmayacağını savunmaktadır. Sosyal bir kural, içsel bakış açısından kabul edilen benzeşen davranışa göre oluşturulmaktadır. Hukuki olarak bağlayıcı kaynakları oluşturan ahlâki ilkeler ise, tartışmalı standartlar olma özelliğine sahiptir. Tartışmalı standartlar anlaşmazlığı ortaya çıkaracağından, benzeşen davranıştan çok, farklılığı yansıtır. Bu anlamda ahlâki ilkeler, sosyal kural teziyle bağdaşmaz. Çünkü bu durumda,

⁴⁹ Dworkin 1977, s.17.

⁵⁰ Dworkin 1977, s.17.

⁵¹ Coleman 1998, s.262.

⁵² Coleman/Leiter, a.g.e., s.250.

sosyal kuralın içeriğini tartışmalı argüman oluşturmaktadır. Oysa sosyal kuralın, tanımı gereği, benzeşen sosyal pratiği yansıtmayı gerektirir⁵³.

Dworkin'in yönelttiği beşinci itiraz, tanıma kuralının epistemik fonksiyonuyla ilgilidir. Pozitivist anlamda tanıma kuralı, bir toplumda hukukun belirlenmesini sağlar; yani, bireyler hukukun ne olduğunu ve onlar için neyi gerektirdiğini, tanıma kuralına başvurarak belirleyebilirler. Ahlâkiliğe hukuk içinde yer vermek ise, ahlâkiliğin tartışmalı doğasından ötürü, tanıma kuralının epistemik fonksiyonunu yerine getirmesini imkansız kılmaktadır⁵⁴. Gerçekte *Hart*'ın tanıma kuralını getiriş amaçlarından biri, ve belki de başlıcası, bir anlamda hukuki kesinliği sağlamaktır. Başka bir deyişle, sadece birincil kurallardan oluşan bir toplumda, neyin hukuk kuralı olduğuna dair bir belirsizlik veya kesin olmayış söz konusudur. Bu çerçevede tanıma kuralı, hukuki bakımdan kesinlik bulunmamasını önlemeyi amaçlamaktadır. Ancak tanıma kuralında ahlâkiliğe (ahlâki ilkelere veya değerlere) yer verilmesi ise, *Dworkin*'e göre, bu kuralın hukuki kesinliği sağlamak amacıyla bağdaşmamaktadır.

B. *Hart*'ın Düşünceleri

Dworkin'in itirazlarından hareket edildiğinde, pozitivist anlamdaki tanıma kuralının, ahlâki ilkelere yer veremeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. *Dworkin*'in eleştirilerine karşı çıkan hukuki pozitivistler ise, ilk olarak, hukukun kurallardan oluştuğu iddiasının, pozitivistin temel bir özelliği olmadığını göstermeye çalışmaktadırlar. Esasen *Dworkin*'in pozitivistizmle ilgili bu iddiası, pozitivistin diğer konularıyla ve ortaya koyduğu hukukun fonksiyonuyla tutarlı olması bakımından söz konusudur. Hukuki pozitivistler ise, *Dworkin*'in bu görüşünü ihmal ederek, hukuki pozitivistizmde hukuki standartların sadece kurallardan ibaret olmadığını ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Örneğin bu tür bir görüşü savunan *Raz*, *Dworkin*'in üzerinde durduğu *Austin*'in görüşleri çerçevesinde de, hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluştuğunun savunulabileceğini iddia etmektedir. *Raz*'a göre, *Austin*'in düşüncelerindeki temel konu, egemenin emirlerinin hukuku oluşturduğuna ilişkindir. Bu çerçevede, egemen, bir ilkenin de hukuki olarak bağlayıcı olabileceğini emredebilir. Ayrıca *Raz*'a göre, *Hart*'ın görüşlerinde de, hukukun, sadece kurallardan oluştuğuna dair bir düşünce söz konusu değildir. *Hart*, kurallardan söz ederken de, genellikle, kurallar, ilkeler ve diğer normlara ilişkin standartları kastetmektedir⁵⁵. Gerçekte *Hart* da, kendi doktrinindeki tanıma kuralının,

⁵³ Bkz. *Dworkin* 1977, s.39-45; *Coleman* 1998, s.262.

⁵⁴ *Coleman/Leiter*, a.g.e., s.251.

⁵⁵ *Raz*, Joseph: "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, (Vol.81) 1972, s.845.

ahlâki ilkelere veya değerlere hukuki geçerlilik kriteri olarak yer verebileceğini belirtmektedir. Ayrıca *Hart*, tanıma kuralının, sadece içeriksiz kriterlere yer verebileceği görüşüne de karşı çıkmaktadır. Örneğin, *Hart*'a göre tanıma kuralı, yasamanın içeriğine ilişkin maddi sınırlamalar getirebilir⁵⁶.

Böylece *Hart*'ın, *Dworkin*'in birinci ve ikinci itirazlarına karşı çıktığı belirtilebilir. *Hart*'a göre, öncelikle, hukuki pozitivizmin hukuki standartları sadece kurallardan ibaret değildir. İkinci olarak, sosyal olgu veya kaynaklar tezinin, hukuki geçerlilik kriterinin daima sosyal kaynağa dayandığı şeklindeki yorumu da savunulabilir nitelikte değildir. *Hart*'ta, tanıma kuralının yetkililer tarafından kabul edilmesi, yani bu şekilde sosyal olgu konusu olması söz konusudur. *Hart*, tanıma kuralında yer verilecek kritere dair de herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Diğer bir ifadeyle, yetkililerin kabul etmesi şartıyla, tanıma kuralında her kritere yer verilebilir. Bu kriterler sırf kaynağa dayanabileceği gibi, ahlâki nitelikte ilkeler veya değerler de olabilir. *Hart*'ın tanıma kuralında yer verilecek kritere ilişkin bir sınırlama getirmemesi, onun düşünceleri çerçevesinde, sosyal kaynaklar tezi ile hukuki geçerlilik arasında bir ilişki kurulamayacağını da göstermektedir.

Öte yandan, *Hart*'ın tanıma kuralında yer verilecek kriter konusunda sınırlama getirmemesinin, geleneksel pozitivist manzaraya aykırı olmadığı da belirtilebilir. Bu yönde bir iddiada bulunan *Lyons*, tanıma kuralına getirilecek sınırlamaların, hukukun sosyal olgular tarafından belirlendiğine ilişkin temel pozitivist düşüncenin bir gerekliliği olmadığını ileri sürmektedir. *Lyons*'a göre *Dworkin*'in düşüncesinden hareket edilirse, bir yandan hukukun kurumsal pratik gibi sosyal olgu tarafından belirlendiği kabul edilecek, ardından da yetkililerin tanıma kuralında hangi kriteri kabul edeceğine ilişkin sınırlandırma getirilecektir. Bu tür bir sınırlandırma ise, pozitivist gelenek için zorunlu değildir⁵⁷.

Dworkin'in üçüncü itirazını da *Hart*'ın ve günümüzdeki diğer esnek hukuki pozitivistlerin görüşleri çerçevesinde karşılamak mümkündür. Yukarıda belirtildiği gibi, *Dworkin*, ahlâki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcı olmalarını, bu ilkelerin ahlâkiliğin gereklerini karşılamalarına bağlı tutmaktadır. Oysa *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistlere göre, ahlâki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki şartı yerine getirerek hukuki nitelik kazanmalarındır. Diğer bir ifadeyle, ahlâki ilkeler, şayet tanıma kuralı altında tanımlanırlarsa, bağlayıcı standartlar olarak hukukta rol oynayabilirler. Bu durumda onları hukuki kılan da, ahlâkilikleri değil, tanıma kuralında düzenlenen gerekleri karşılamalarıdır. Bu şekilde, hukuken

⁵⁶ Hart 1997, s.250.

⁵⁷ Lyons 1977, s.425.

bağlayıcı olarak ahlâki ilkelere yer vermek, ayrılabilirlik tezini ve tanıma kuralını korumaktadır. Ayrılabilirlik tezi korunmaktadır; çünkü ahlâki ilkeleri bağlayıcı kılan şey, tanıma kuralı altında tanınmalarıdır. Tanıma kuralı korunmaktadır; çünkü ahlâki ilkeleri de içeren bütün normların hukukiliği, tanıma kuralında yer verilen şartları yerine getirmelerine bağlıdır⁵⁸.

Esasen *Dworkin*, *Hart*'ın bu tür düşüncelere sahip olduğunun farkındadır. *Dworkin*'in temel eleştirisi, tanıma kuralının bu şekilde ortaya konmasının pozitivizmle bağdaşmayacağına ilişkindir. Çünkü *Dworkin*'in düşüncesinde pozitivizm, neyin hukuki olduğunu belirlemede bir kesinlik sağlamalıdır. Diğer bir ifadeyle, geleneksel pozitivist manzara, tartışmalı ahlâki argümanlara dayanmayan, kesin bir şekilde belirlenen davranışa ilişkin güvenilir kamusal standartlar sağlamalıdır. Kısaca, *Dworkin*, pozitivistlerin ortaya koydukları hukukun fonksiyonuna uygun olarak kurallar modelini oluşturmaları gerektiğini belirtmektedir⁵⁹. *Dworkin*'e göre pozitivist anlayış, belirlediği bu fonksiyona uygun olarak, hukuki geçerlilik kriterini de kanıtlanabilir nitelikte düzenlemelidir⁶⁰.

Ahlâki ilkelere yer veren tanıma kuralının, sonuçta tartışmalı bir kurala dönüşmesinin, pozitivist anlamda, bu kuralın güvenilebilir bir kanıtlama ilkesi olmasını zedelediği belirtilebilir. Zira, bazı pozitivistlerin hukuk ve ahlâkılık arasındaki ayırım üzerinde durma nedenleri, ahlâkiliğin tartışmalı olduğuna dayanmaktadır. Bu tür bir iddiada bulunan pozitivistler, insanların ahlâkiliğin gerekleri hakkında uyuşmadıklarını, dolayısıyla ahlâki davranış ve yükümlülüklerle ilgili kesinliğin olmadığına inanmaktadırlar. Bu düşüncüyü savunan pozitivistlere göre, hukuk somut ve tartışmasız olup, bir şeyin hukuk olup olmadığı tartışıldığında, soruna çözüm getiren bir karar verme prosedürü vardır. Bunun dışında, bir kişi ahlâki yükümlülüklerin alanını bilemeyebilirken, hukukun kendisinden beklediği şeyin farkındadır. Böylece hukuk, bilinebilmesi bakımından da ahlâkilikten farklıdır. Hukukun kesinliğine ilişkin bu tür bir iddiada bulunan mantıki pozitivistler, ahlâki yargıların anlamsız olduğunu, çünkü güvenilir ve tartışmasız bir testle kanıtlanamayacağını belirtirler. Hukuk önermelerinin anlamlı olabilmesi için bu tür bir testle kanıtlanabilmeleri gerekmektedir⁶¹.

⁵⁸ Coleman/Leiter, a.g.e., s.250.

⁵⁹ Lyons, David: "Moral Aspects of Legal Theory", Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 2001, s.62-63.

⁶⁰ Dworkin, Ronald: "A Reply by Ronald Dworkin", Cohen, M.(ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 2001, s.248.

⁶¹ Aktaran Coleman 1988, s.9.

Ahlâkiliğin tartışmalı doğasına dayanan bu düşünce, hukukun ilkelerden çok kurallardan oluştuğuna ilişkin klasik pozitivist düşünceye uygun düşmektedir. Bu tür bir düşünceden hareket edilirse, ahlâki ilkelerin geçerliliğinin içeriklerine bağlı olduğu ve zorunlu olarak da tartışma yaratacağı belirtilebilir. Oysa kuralların geçerliliği, şekli niteliklerine ve çıkarıldıkları forma bağlı olduğu için, bu tür bir tartışmanın da ortaya çıkması beklenemez. Gerçekte bu tür bir sonuca ulaşabilmek için tanıma kuralının, güvenilir bir kanıtlanma ilkesi olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle pozitivistin tanıma kuralı, hem hukuku belirlemeli, hem de hukuki geçerliliği sağlamalıdır. Böylece tanıma kuralı sadece geçerlilik koşullarını değil, belirli bir konuda hukukun ne olduğunu söyleyen mekanizmayı da ortaya koyabilecektir. Tanıma kuralının bu işlevini yerine getirebilmesi için de içereceği geçerlilik şartları kaynağa dayanmalı veya form olarak düzenlenmelidir⁶². Başka türlü tanıma kuralının tartışmalı olmasını önlemek mümkün olmadığı gibi, hukuk hakkındaki çatışan iddiaları çözümlemede de güvenilir bir kanıtlanma ilkesi olması düşünülemez.

Hukuka ilişkin bu tür pozitivist yaklaşımın, kanıtlanma ilkesi olarak tanıma kuralına getirdiği sınırlamaların yerinde olduğu belirtilebilir. Ancak bu tür yaklaşımın hareket ettiği temel öncül, yani hukukun tartışmasız bir doğaya sahip olduğu varsayımının kendisi tartışmalıdır. Gerçekte, hukuk tartışmalıdır ve bu tartışma da, *Dworkin*'in belirttiği gibi, haklar ve ödevlerle ilgili ortaya çıkmaktadır⁶³. Öte yandan, günümüzdeki birçok hukuki pozitivist, mantıki pozitivism çizgisinde yer almadığı için, tanıma kuralını kanıtlanma ilkesi olarak değerlendirmemektedir. Ayrıca, birçok pozitivist hukuki kesinlik ve belirliliğin tam olarak sağlanacağını savunmamaktadır. Bu anlamda, hukuki kesinlik ve belirliliğin tam olarak sağlanmasının, pozitivistin temel bir amacı olduğu iddia edilemez. Bunun dışında ahlâkiliğe yer vermeyen sosyal kaynaklar tezinin, hukuki kesinlik ve belirliliği sağlayacağını da kanıtlanması mümkün değildir. Örneğin, *Raz*'a göre ahlâki değerlendirmelerin, sosyal olgu sorunlarından daha az veya daha fazla kesin olup olmadığı tartışmalıdır. *Raz*, sosyal olgu sorunlarının karışık olduğunu ve birçok yönden belirsiz olduğunu belirtmektedir⁶⁴.

Esasen *Hart*, tanıma kuralının önemli bir fonksiyonunun, hukukun değerlendirebileceği kesinliği kolaylaştırmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak *Hart*, tanıma kuralının tek amacının, bütünüyle belirsizliği ortadan kaldırmak olmadığını da kabul etmektedir. *Hart*, belirli bir orandaki kesin olmayışın mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca bu tür kesin

⁶² Aktaran Coleman 1988, s.10.

⁶³ Coleman 1988, s.10.

⁶⁴ Raz 1990, s.215-216.

olmayış, birçok hukuk kuralında da söz konusu olabilecektir⁶⁵. Hukuk kurallarının belirsizliğiyle ilgili olarak *Hart*, “açık metin” terimini getirmekte ve kuralların belirli bir anlamı olduğu kadar, belirsiz bir anlamı bulunduğunu da belirtmektedir. Bu nedenle de *Hart*’a göre, belirli bir kuralın belirli bir olaya uygulanıp uygulanmayacağı kısmen belirsizdir; çünkü, hukuk kuralları ve ilkeler *Hart* tarafından açık metin olarak değerlendirildiğinden, bunlara ilişkin tek bir cevabın olması da mümkün değildir. Ancak *Hart*, bir hukuk sisteminin bütünüyle kesin olmayışından ve belirsizliğinden söz etmemektedir. Esasen *Hart*, bir hukuk sisteminde yer alan hukuk kurallarının, tamamen kesin ve belirli olmadığını ileri sürmektedir. *Hart*’a göre, buradaki problem, bir hukuk sisteminin söz konusu kesin olmayışa ne ölçüde müsamaha edeceğiyle ilgilidir⁶⁶.

Bunun dışında *Hart*, tanıma kuralının sosyal kural olmasıyla ilgili olarak getirilen eleştirileri de değerlendirmektedir. *Hart*, sosyal kuralı, sadece hem çıkarılan hem de geleneksel tipteki kurallardan oluşan hukuk sistemi için değil; daha basit nitelikte, her sosyal grubun geleneksel tipteki kuralları için de kullanmaktadır. *Hart*, sosyal kuralla ilgili açıklamayı, pratik kurallar teorisiyle yapmaktadır. Bu teoriye göre, bir grubun sosyal kuralları, o grubun üyelerinin çoğunluğu tarafından düzenli olarak izlenmesiyle oluşan davranış örnekleri ve bu davranışların kabul edilmesiyle oluşan sosyal pratik formudur. Böylece *Hart*’ın düşüncesinde, bir kuralın sosyal kural olabilmesi için, o kuralın düzenli olarak izlenmesi ve bireyler tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. *Hart*, sosyal kurallarla ilgili olarak içsel bakış açısından söz etmektedir. İçsel bakış açısı, bir toplumun üyelerinin, bir kuralı, kamusal davranışın meşru standardı olarak kabul etmeleri durumunda söz konusudur. İçsel bakış açısından söz edebilmek için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak, bir toplumun üyeleri, söz konusu kuralı kendi davranışlarını yönlendiren bir kural olarak kabul etmelidirler. İkinci olarak ise, toplumun üyelerinin, kendilerinin ve başkalarının davranışlarına ilişkin eleştiri standardı olarak, o kuralı kabul etmeleri gerekmektedir⁶⁷. Dolayısıyla içsel bakış açısından söz edebilmek için bir toplumun üyelerinin bir kurala sadece bağlı kalması yetmemekte, ayrıca kuraldan ayrılanlara karşı eleştiri standardı olarak kuralı kabul etmeleri de gerekmektedir. *Hart*’a göre bu iki şartın gerçekleştiği durumda, içsel bakış açısından söz etmek mümkündür⁶⁸.

Hart’ta tanıma kuralı ile içsel bakış açısı arasındaki ilişki, hukuk sistemindeki yetkililerin pratiği aracılığıyla kurulmaktadır. Tanıma kuralının

⁶⁵ Hart 1997, s.251-252.

⁶⁶ Hart 1997, s.252.

⁶⁷ Hart 1997, s.255.

⁶⁸ Shapiro, Scott J.: “On *Hart*’s Way Out”, Coleman, J. L. (ed.), *Readings in the Philosophy of Law*, Garland Publishing, New York 1999, s.489.

varlık şartını, yetkililerin sosyal pratiği oluşturmaktadır; yani tanıma kuralı, pratikleşmiş olan bir davranışı düzenleyen kural olarak ortaya çıkmaktadır. Bu pratik ise, benzeşen davranışı ve içsel bakış açısını içermektedir. Dolayısıyla içsel bakış açısı, pratiğin zorunlu bir unsuru olduğundan, tanıma kuralının da varlık şartını oluşturmaktadır⁶⁹.

Hart, geleneksel kurallar yanında, tanıma kuralı da dahil birçok önemli hukuk kuralının sosyal kural olduğunu belirtmektedir⁷⁰; ancak bu, bütün hukuk kurallarının sosyal kural olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin, Hart'ın düşüncesinde tanıma kuralının sosyal bir kural olması zorunluyken, bu kural sayesinde geçerli olan birincil kuralların sosyal kural olma zorunluluğu söz konusu değildir. Hart'a göre, Dworkin tanıma kuralını yanlış anlamaktadır. Dworkin'e göre ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar, kural tarafından sağlanan kriter veya testlere başvurularak çözülür. Ancak kuralın fonksiyonu, sadece doğru hukuki kararların modern hukuk sistemlerinde yerine getireceği genel şartları belirlemektir. Kural, bu fonksiyonu geçerlilik kriteriyle yerine getirir. Bu geçerlilik kriteri içerikli olabileceği gibi, içeriksiz de olabilir. Bu durumda, yargıçlar, tanıma kuralındaki kriterin yerine getirilip getirilmediği konusunda anlaşmazlığa da düşebilirler⁷¹. Böylece Hart'ın tanıma kuralının geçerlilik fonksiyonu üzerinde durduğu, bu kuralın uygulanmasıyla ilgili olarak ise, anlaşmazlıkların ortaya çıkabileceğini kabul ettiği belirtilebilir. Bu noktayı ayrıntılı olarak belirtmek için Coleman'ın görüşlerini incelemek gerekmektedir.

C. Coleman'ın Görüşleri

Coleman, "Negative Positivism and Positive Positivism" başlıklı makalesinde ve diğer makalelerinde, doğrudan doğruya Dworkin'in eleştirilerini karşılayan, kendi konvansiyonalist hukuk anlayışını oluşturmaya çalışmaktadır. Coleman, Hart gibi, hukuk kurallarıyla ilgili, hukuki kesin olmayış ve belirsizliğin olabileceğini kabul etmektedir. Bu tür bir düşünceye sahip olması, hukukun parçası olarak ahlâkiliğe yer vermesini mümkün kıldığı gibi, hukuki bir kanıtlama ilkesi olarak hukuki geçerlilik kriterini ele almadığını da göstermektedir. Coleman, daha çok, ayrılabilirlik tezi üzerinde durmaktadır. Coleman'ın negatif pozitivizm olarak adlandırdığı şey de bu tezle ilgilidir; yani negatif pozitivizm, hiçbir normun hukukiliğinin

⁶⁹ Coleman, Jules L.: "The Conventionality Thesis", *Philosophical Perspectives* 2001, s.363.

⁷⁰ Hart 1997, s.256.

⁷¹ Hart 1997, s.258.

ahlâkiliğine veya değerine bağlı olmadığı en azından bir hukuk sisteminin bulunmasının imkân dahilinde olduğuyla ilgilidir⁷².

Coleman'ın yaklaşımında, hukuki geçerlilik kriterinin ahlâkiliği içermesi mümkündür. *Coleman*'ın ve *Hart*'ın yaklaşımının kaynaklar teziyle bağdaşmadığı iddiası ise, bu tezin ahlâkiliğe izin vermemesiyle ilgilidir: Yani kaynaklar tezine göre hukukilik, daima sosyal kaynağa bağlıdır. Bu şekilde anlaşılan ayrılabilirlik tezi, her yerdeki hukukla ilgili genel bir iddiayı içermektedir. Diğer bir ifadeyle, hukuk, genel olarak sosyal kaynak konusudur. *Raz* hukukilikle ilgili bu tür bir iddiada bulunurken; *Coleman*, kendi anlayışında ayrılabilirlik tezine genellik iddiasını, yani her hukuk sistemindeki hukukilik şartlarıyla ilgili bir iddiayı vermemektedir. *Coleman*, sadece, hukukilik şartları arasında ahlâkiliğin de olabileceğini belirtmektedir. Bu tür bir kabul ise, kaynaklar tezini reddetmeye yol açmaktadır. Çünkü bir normun hukukiliğinin ahlâki değerine bağlı olabileceğini ileri sürmek, o normun daima kaynağına bağlı olmadığı anlamına gelmektedir⁷³. Böylece *Coleman*'ın, *Dworkin*'in belirttiği anlamdaki sosyal kaynak tezini kabul etmediği belirtilebilir. Zira, *Dworkin*'e göre ahlâkiliğe gönderme yapan bir tanıma kuralı, kaynaklar teziyle bağdaşmamaktadır. Çünkü bu durumda, ahlâki ilkelerin hangisinin hukuki olduğunu belirlemek için ilkelerin içeriğine bakmak gerekmektedir. Örneğin, bir ahlâki ilkenin doğru olmasını geçerlilik şartı olarak getiren bir tanıma kuralından hareket edilirse, bu durumda hangi ilkelerin doğru olduğunun belirlenmesi ilkelerin içeriğine bağlıdır. Oysa içerik veya ahlâki değer, sırf forma veya kuralın kimin tarafından çıkarıldığına bağlı olan kaynak teziyle uyuşmamaktadır.

Coleman, hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlâkiliğin olabileceğini belirtmenin, sosyal kaynaklar tezinin geçerliliği daima kaynağa dayandırılan boyutuyla bağdaşmazken, tanıma kuralının sosyal kural olması gerektiğine ilişkin boyutuyla bağdaştığını iddia etmektedir. Yani *Coleman*, sosyal kaynaklar tezinin hukuki geçerliliği kaynağa dayandıran boyutunu reddederken, tanıma kuralının sosyal kural olması gerektiğiyle ilgili boyutunu kabul etmektedir. Bu çerçevede ayrılabilirlik tezinin, hukuki geçerliliğin daima sosyal kaynağa dayanmadığını ileri sürmeyi mümkün kıldığı belirtilebilir. Esasen sosyal kaynaklar tezinin iki boyutunun birbirinden ayrılamayacağını ileri sürmek de olanaklıdır. Şöyle ki, hukukiliğin sosyal kaynağa dayandırıldığı durumda, hangi kuralların hukuk kuralları olduğuna dair bir tartışmanın ve dolayısıyla tanıma kuralının sosyal kural olmasıyla ilgili bir problemin ortaya çıkmayacağı belirtilebilir. Oysa hukuki geçerlilik olarak ahlâkiliğe yer verildiğinde, örneğin hangi ilkelerin ahlâki bakımdan doğru olduğuna ilişkin bir tartışma söz konusu olabilecek

⁷² Coleman 1998, s.265-266.

⁷³ Coleman 1998, s.266.

ve bu durumda da tanıma kuralının sosyal bir kural olup olmadığı problemi ortaya çıkacaktır. Diğer bir ifadeyle, kaynak tezini reddetmenin tanıma kuralının sosyal kural olmasını reddetmekle sonuçlanması, *Dworkin*'in saptadığı gibi, uygun görünmektedir. Ancak bu tür bir iddia, kaynaklar tezinin hukuki kesinlik ve belirliliği tam anlamıyla sağladığı varsayımı temelinde tutarlıdır; yani varsayımın kendisi tartışılmalıysa, bu tür bir iddiayı da ileri sürmek mümkün görünmemektedir.

Coleman da ahlâkiliğe gönderme yapan kuralın tartışmalı olabileceğini kabul ederken, bu durumun zorunlu olarak tanıma kuralının tartışmalı bir kural olması sonucuna yol açmayacağı kanısındadır. *Coleman*'a göre, tanıma kuralının ahlâkiliğe yaptığı her gönderme tartışmalı olmayabilir. Bir ahlâki ilkenin hukukiliği, içeriksiz özellikleriyle de (örneğin toplum tarafından kabul edilme gibi) belirlenebilir. Bu tür durumlarda hangi ahlâki ilkelerin hukuki olarak bağlayıcı olduğunu belirlemek, hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirlemekten daha fazla tartışmalı değildir. Öte yandan, bir ahlâki ilkenin hukukiliği içeriğine bağlı ise, bu durumda *Coleman*, hangi ilkelerin hukuki olduğu konusunda tartışma olabileceğini belirtmektedir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle *Coleman*'a göre, bir tanıma kuralının tartışmalı yönleri bulunabilir. Ama bu durum, tanıma kuralının bütünüyle tartışmalı bir kural olduğu sonucuna yol açmayacağından, onun sosyal bir kural olmasını da önlemez. Öte yandan, *Coleman*'ın ayrılabilirlik tezi çerçevesinde ortaya koyduğu negatif pozitivizm anlayışı da, ahlâkiliğe gönderme yapmayan bir tanıma kuralının bulunabileceğini içermektedir. Bunun bir sonucu olarak da negatif pozitivizm, dünyada en azından bir hukuk sisteminin tanıma kuralının sosyal kural olduğunun kabulü anlamına gelmektedir.

Bunun dışında, *Coleman*'ın konvansiyonel hukuk anlayışı tanıma kuralının sosyal bir kural olduğuna dayanmaktadır. Bu bakımdan *Coleman*, ahlâkiliğe gönderme yapan tanıma kuralının, sosyal kural olma özelliğini kaybetmeyeceği inancındadır. Bu çerçevede *Coleman*, ilk olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, hukuki geçerlilik şartı olarak ahlâki ilkelerin içeriğini göz önüne almayan tanıma kuralı olabileceğini; ikinci olarak, ahlâkiliğe gönderme yapmayan hukuk kurallarıyla ilgili geçerlilik şartında da tartışma olabileceğini belirtmektedir. Üçüncü olarak ise, *Coleman*, hukuki geçerlilik şartı olarak ahlâki ilkelerin içeriğine yer veren tanıma kuralında tartışma olmayabileceğini belirtmektedir. Örneğin, "doğru olan ahlâki ilkeler geçerlidir" gibi bir kritere yer veren tanıma kuralında bir tartışma yoktur. Diğer bir ifadeyle, yetkililer, bu tanıma kuralını kabul ettikleri için, getirdiği kriter konusunda da anlaşmazlık yaşamazlar. Anlaşmazlık veya tartışma, kriterin kendisinde değil, bu kritere hangi ilkelerin girdiği konusunda ortaya

⁷⁴ Coleman 1988, s.16.

çıkacaktır⁷⁵. Bu noktayı açıklığa kavuşturmak için, *Coleman*'ın anlaşmazlık konularıyla ilgili yaptığı ayırımı bakmak gerekmektedir.

Coleman, tanıma kuralında ortaya çıkabilecek anlaşmazlık konularıyla ilgili olarak, ikili bir ayırımdan söz etmektedir. Bu ayırımı göre, anlaşmazlık, ya tanıma kuralının içeriğinde veya bu kuralın uygulanması bakımından söz konusu olabilir. Örneğin, tanıma kuralının ahlâki ilkeleri geçerli kılıp kılmadığı konusundaki anlaşmazlık, içeriğe ilişkin bir anlaşmazlıktır. Öte yandan, tanıma kuralının geçerli kıldığı ahlâki ilkelerin alanını belirlemeye ilişkin anlaşmazlık, tanıma kuralının uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlıktır. *Coleman*, tanıma kuralıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek önemli anlaşmazlıkların, bu kuralın uygulanmasına ilişkin olacağını belirtmektedir⁷⁶. Böylece *Coleman*'ın görüşünde, tanıma kuralında yer verilen kriter konusunda, yetkililerin anlaşması söz konusudur. Zira yetkililer, aynı kriteri kabul etmektedirler. Yetkililer arasındaki fark ise, ahlâkiliğin anlamını belirlemeleri veya bu kriterin kapsamına hangi ilkelerin girdiği bakımından, yani tanıma kuralının uygulanmasıyla ilgili anlaşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Böylece *Coleman*'a göre, yetkililer arasındaki anlaşmazlık tanıma kuralının uygulanmasına ilişkin ise, bu tür bir anlaşmazlık konvansiyonu önlememektedir. Ancak anlaşmazlık tanıma kuralının içeriğine ilişkin ise, bu durumda konvansiyonun da olamayacağı belirtilebilir⁷⁷. Bu nedenle de *Coleman*'a göre tanıma kuralında yer verilecek hukukilik kriteri, sosyal konvansiyonlara göre düzenlenmelidir; çünkü ancak bu şekilde içeriğe ilişkin anlaşmazlıklar önenebilir⁷⁸.

Yukarıda belirtilen *Dworkin*'in eleştirilerinden biri de, ahlâkiliğe tanıma kuralında yer verilmesinin, bu kuralın epistemik fonksiyonunu ortadan kaldıracığına yöneliktir. *Coleman*, *Dworkin*'in eleştirilerini karşılamak amacıyla, tanıma kuralının epistemik fonksiyonları üzerinde durmaktadır. *Coleman*, *Hart*'ın görüşlerinden hareket ederek, tanıma kuralının epistemik fonksiyonları arasında ayırım yapmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, tanıma kuralının başlıca epistemik fonksiyonları, geçerlilik fonksiyonu ve hukuku belirleme fonksiyonudur. Ahlâkiliğe gönderme yapan tanıma kuralının sonuçta tartışmalı bir kurala dönüşmesinin, tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonuna aykırı düştüğü belirtilebilir. Öte yandan bu durumun, tanıma kuralının geçerlilik fonksiyonuna aykırı düşmediği belirtilebilir. *Coleman* ve *Brian Leiter*'a göre tanıma kuralı, yetkililerin ve

⁷⁵ Coleman 1988, s.7.

⁷⁶ Shapiro 1999, s.140.

⁷⁷ Shapiro 1999, s.143.

⁷⁸ Bix, Brian: "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and The Nature of Jurisprudential Debate", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, (Vol.XII, No.1) 1999, s.28.

özellikle yargıçların normların hukukiliğini değerlendirmede başvurdukları bir standarttır. Hukuki pozitivizm, geçerlilik fonksiyonunu tanıma kuralına vermektedir. Tanıma kuralının gerektirdikleri hakkında tartışma olabilir; ancak hangi kuralın tanıma kuralı olduğu hakkında tartışma olmaz⁷⁹. Buna göre, ahlâkiliğe hukukun parçası olarak yer veren pozitivistlerin, tanıma kuralının hukuki geçerlilik fonksiyonu üzerinde durdukları belirtilebilir.

Gerçekte *Coleman* da, tanıma kuralının birinci fonksiyonunun geçerlilik fonksiyonu olduğunu belirtmektedir. *Hart*'ın görüşlerinde de, tanıma kuralının doğrudan doğruya vatandaşlara değil, yetkililere hitap ettiği ve geçerlilik için kullanılmak üzere getirildiği göze çarpmaktadır. Böylece tanıma kuralında ahlâkiliğe yer vermek, bu kuralın geçerlilik fonksiyonunu etkilememektedir; çünkü yetkililer, kuralın ne olduğu konusunda anlaşılmaktadırlar. Bunun dışında yetkililer, kuralın gerektirdikleri veya kuralda yer alan standartları nasıl uygulayacaklarına dair anlaşmazlığa düşebilirler; yani bu durum, tanıma kuralının geçerlilik fonksiyonunu etkilememektedir. *Coleman*'ın görüşleri sonucunda, tanıma kuralının geçerlilik fonksiyonunu, bu kuralda ahlâkiliğe yer vermenin etkilemeyeceği ileri sürülebilir.

Öte yandan, yine *Coleman*'a göre, tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonunun da ahlâkilikle bağdaşmaması zorunlu değildir. Tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu, vatandaşlarla ilgilidir; yani vatandaşların, bu kurala başvurarak kendi hak ve ödevlerini belirlemeleriyle ilgilidir. Bu çerçevede vatandaşların, kendi toplumlarının hukukunun ne olduğunu belirlemelerine elverişli bir kriterin tanıma kuralında yer alması gerekir. Bu tür bir kriter ise, kaynaklar tezi (veya *Dworkin*'in pedigree olarak adlandırdığı kriter) uygun düşmektedir. Ancak *Coleman*, aksi fikirdedir. Gerçekte yukarıda, ahlâkiliğe yer veren tanıma kuralının zorunlu olarak tartışmalı kurala dönüşmeyeceğine ilişkin *Coleman*'ın düşünceleri, burada da tekrarlanabilir. Diğer bir ifadeyle, ahlâkiliğe yer veren tanıma kuralının zorunlu olarak tartışmalı bir kurala dönüşmeyeceği belirtilebilir; kaynaklar tezinde de tartışmalar olabileceği gibi düşünceler ileri sürülebilir. Bunun dışında, *Coleman*'a göre buradaki gerçek problem, içerikli hukukilik standartlarının epistemik bakımdan yeterli olup olmadığıyla ilgilidir. Bu çerçevede *Coleman*, öncelikle bir standardın içerikli olmasının anlamını belirlemektedir. *Coleman*'a göre bir standardın içerikli olması, o standarda uygun olan kuralı belirlemek için normun değerine başvurmayı gerektirdiği durumda söz konusudur. Bir standardın epistemik yeterliliği ise, vatandaşların bu standarda başvurarak, kendi hak ve sorumluluklarını belirleyebildikleri durumda geçerlidir. *Coleman*'a göre, bu durumda, içerikli bir hukuki standardın zorunlu olarak epistemik bakımdan yetersiz olduğu

⁷⁹ Coleman/Leiter, a.g.e., s.252.

söylenemez. Zira, toplumlarda paylaşılan değerler bulunmakta ve bunlara ortak bir anlam verilmektedir. Bu tür değerlerle ilişkili olan standartların da epistemik bakımdan yeterli olduğu söylenebilir. Öte yandan *Coleman*, bu tür ortak anlam verilmeyen değerler veya ahlâkilikle ilişkili diğer standartlar bakımından, epistemik yeterliliğin olamayacağını ileri sürmektedir⁸⁰. *Coleman*'a göre bu durumda, tanıma kuralı tartışmanın kaynağını oluşturacağından, vatandaşların bu kurala başvurarak haklarını ve ödevlerini belirlemeleri de düşünülemez⁸¹.

Sonuç olarak *Coleman*, ahlâkiliğe yer veren tanıma kuralının hukuki geçerlilik bakımından tartışmalı olmayacağını ve hukukun belirlenmesiyle ilgili olarak ise sadece tartışmalı ahlâkilik konularında problemli olacağını ileri sürmektedir. Bu çerçevede tanıma kuralının hukuku belirlemekle ilgili fonksiyonunun, tartışmalı ahlâkilik konularında söz konusu olamayacağı belirtilebilir. Ancak, tanıma kuralının vatandaşlardan çok, bir hukuk sistemindeki yetkililere hitap ettiği düşünülürse, yetkililerin, tartışmalı ahlâkilik konularında hukukun belirlenmesiyle ilgili problemle karşılaşacağı belirtilebilir. Ayrıca tanıma kuralı, *Hart*'ın belirttiği şekilde, hukuki geçerlilikle ilgili genel şartları düzenliyorsa, bu kuralın hukuku belirlemekle ilgili alanının da sınırlı olacağı ileri sürülebilir.

DEĞERLENDİRME

Buraya kadar belirtilenlerden hareketle, pozitivistizmin iki formunun, sosyal kaynak tezini ve hukuk-ahlâk ayırımını farklı şekillerde yorumladıkları belirtilebilir. Bu farklılığın temelinde de, hukuki geçerlilik kriterinin sosyal kaynaklar teziyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına dair tartışma yatmaktadır. Hukuki pozitivistizmin ilk formunda yer alanlar, bu tür bir sınırlamayı getirerek, hukukun ahlâkiliğe göre belirlenemeyeceğini savunmaktadırlar. Esnek hukuki pozitivistler ise, hukuki geçerlilik kriterine ilişkin herhangi bir sınırlandırmayı kabul etmeyerek, hukukun, kısmen, ahlâkiliğe göre belirlenmesini mümkün kılmakta ve ayrılabilirlik tezini savunmaktadırlar. Esnek hukuki pozitivistlerle ilgili olarak burada ortaya çıkan problem, ahlâkiliğin tartışmalı bir doğaya sahip olduğundan hareket edildiğinde, pozitivistizmin diğer gerekleriyle ayrılabilirlik tezinin nasıl bağdaştırılabileceğiyle ilgilidir. Esasen bu tür bir problem, hukuki kesinlik ve belirliliği tam anlamıyla sağlamanın hukuki pozitivistizmin temel bir amacı olarak kabul edilmesi durumunda anlamlıdır. Oysa esnek hukuki pozitivistler, hukuki kesinlik ve belirliliğin önemini inkâr etmeseler de, en azından belirli bir oranda hukuki kesin olmayışa izin verilebileceğini ileri

⁸⁰ Coleman, Jules L.: "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1991, s.721.

⁸¹ Coleman 1991, s.722.

sürmektedirler. Bunun dışında esnek hukuki pozitivistler, özellikle *Coleman*, ahlâkiliğin tümüyle tartışmalı olduğu varsayımından hareket etmemekte ve ahlâkilikle ilgili tartışmalı ahlâkîlik konuları bulunabileceğinden söz etmektedir. *Coleman*, belirlediği yaklaşım çerçevesinde, tanıma kuralının fonksiyonları üzerinde durmakta ve tartışmalı ahlâkîlik konuları bakımından bu kuralın fonksiyonlarını değerlendirmektedir.

Esnek hukuki pozitivistlere, sadece pozitivistizmin ilk formunu savunanlar değil, bir pozitivist olmayan *Dworkin* de karşı çıkmaktadır. *Dworkin* ve esnek hukuki pozitivistler arasındaki tartışma, son otuz yıldır devam etmektedir. *Dworkin*, otuz yıl sonra yazdığı makalede, hukuki pozitivistlerin kendi eleştirilerini karşılayan güçlü argümanlar ileri süremediğini belirtmektedir. Esasen *Dworkin*'e göre, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan başlıca iki etken, pozitif hukukun da yetersizliğini göstermiştir. Bu etkenlerden ilki, sosyal ve ekonomik gelişmelerle ilgili olup, bunları karşılamada pozitif hukuk yetersiz kalmıştır. Bu nedenle yargıçlar ve diğer hukuki yetkililer, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak adına, pozitif hukuk dışındaki daha genel ilkelere başvurmaktadırlar. İkinci etken olarak *Dworkin*, insanların sahip olduğu ahlâki hakların, kendi toplumlarının hukukunun parçası olmasa bile, hukuki güce sahip olduğunu belirtmektedir. *Dworkin*'e göre bu tür haklar, popülerlik kazandığı gibi, anayasal pratikte de yerleşmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, örneğin bir grup vatandaşın statüsünü ikinci sınıf statüde düzenlerse, yaptığı işlem sadece yanlış olarak kalmayacak, ayrıca boş yere de olacaktır⁸². Sonuçta *Dworkin*, bugünkü dünyada hukuki pozitivistizmin pek de anlamlı olmadığı inancındadır. Öte yandan hukuki pozitivistizmle ilgili yeni görüşlerin ortaya konmasını da, *Hart* ve *Kelsen*'in görüşlerinin etkilerini günümüzde sürdürmelerine bağlamaktadır⁸³.

Gerçekte *Coleman* da, yukarıda da belirtildiği gibi, çağın gereklerine uygun olarak, kendi pozitivist anlayışını oluşturmayı amaçlamaktadır. Ancak *Dworkin*'e göre, pozitivist açıdan bunu yapmak mümkün değildir: Yapılırsa da artık onun adı pozitivistizm olamaz. *Dworkin*'in eleştirilerinin yerinde olup olmadığını belirlemek için, öncelikle *Hart* ve *Coleman*'ın görüşlerinin geleneksel pozitivist manzaraya aykırı düşüp düşmediğine bakmak gerekmektedir. Gerçekte bu görüşlerle beraber, geleneksel pozitivist manzaranın biraz değişikliğe uğradığı iddia edilebilir. Ancak sırf şekli olarak, geleneksel pozitivist manzaraya bir aykırılık olmadığı da belirtilebilir:

⁸² *Dworkin* 2002, s.1677-1678.

⁸³ *Dworkin*, Anglo-Sakson dünyada *Hart*'ın ve dünyanın geri kalanında da *Kelsen*'in görüşlerinin etkili olduğunu belirtmektedir (Bkz. *Dworkin* 2002: 1678).

İlk olarak, esnek hukuki pozitivistlere göre de hukuk sosyal olgu konusudur. Sosyal olgunun esnek hukuki pozitivistler tarafından farklı yorumlanması, geleneksel pozitivist manzaraya bir aykırılık oluşturmamaktadır. İkinci olarak, pozitivizmin bu formunda da, hukuk-ahlâk ayırımı korunmaktadır. Ayrılabilirlik tezi, gerçekte bu ayırımı tehdit etmemektedir. Bu tez çerçevesinde de, bir standardı hukuki kılan şey ile ahlâki kılan şey arasında ki fark korunmaktadır; yani, hukuk ve ahlâk arasında kavramsal ayrılık söz konusudur. Üçüncü olarak, hukuki geçerlilik kriteri konusunda kaynağa dayanma yönünden bir sınırlandırma getirmenin, pozitivizmin zorunlu bir özelliği olmadığı iddiası da kabul edilir nitelikte görünmektedir. Böylece esnek hukuki pozitivistlerin, hukuki geçerlilik kriteri konusunda sınırlama getirmemeleri de makul karşılanabilir.

Hukuki geçerlik kriterine ilişkin sınırlama getirmemesi konusunda, *Hart*'ın düşünceleri ikna edici görünmektedir. Sonuçta, hukuki geçerlilik kriteri ister sosyal kaynağa dayansın, isterse ahlâki ilke olarak belirtilsin, bütün hukuk normlarının en temelde sosyal pratikten kaynaklandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Böylece *Hart*, hukuku sosyal bir pratik konusu olarak görerek, hukuki pozitivizme bağlılığını da korumaktadır. Bu çerçevede farklı nitelikteki normlara, aynı tanıma kuralında yer vermek, *Hart* için mümkündür. Ancak hukuki geçerlilik kriterinde herhangi bir sınırlandırma getirmemenin problemleri yanı, hukukun konvansiyonalist temellerinin ortaya konması bakımından ortaya çıkmaktadır. Esasen *Dworkin*'in eleştirileri de, bu noktaya yöneliktir.

Esnek hukuki pozitivistler, *Scott Shapiro*'nun belirttiği şekilde, tanıma kuralı sosyal kural olduğça, bütün hukuku pozitif hukuk olarak değerlendirmektedirler⁸⁴. Öte yandan, *Dworkin*'e göre ise, hukukun temeli konvansiyona dayandırılıyorsa ve tanıma kuralı sosyal bir kural olacaksa, hukuki geçerlilik kriterine ilişkin de sınırlandırmalar getirilmesi gerekmektedir; yani, tanıma kuralının sosyal bir kural olmasıyla bağdaşacak şekilde hukuki geçerlilik kriteri düzenlenmelidir. Ancak esnek hukuki pozitivistler, aynı görüşü paylaşmamaktadırlar.

Coleman, hukukun sosyal ve ahlâki boyutlarına birlikte yer vermeyi amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde de, örneğin, ahlâki hakların bir toplumun hukukunun nasıl parçası olabileceğini göstermeye çalışmaktadır. Ancak *Coleman*'ın hukukun ahlâki ve sosyal boyutlarına birlikte yer verme çabasının ne kadar başarılı olduğu ve hukuki pozitivism adlandırmasına ne kadar uygun olduğu tartışmalıdır. *Coleman*'ın görüşlerindeki başlıca problem, tanıma kuralını sosyal kural olarak ve böylece de konvansiyon konusu olarak ortaya koymasıyla ilgilidir. Gerçekte tanıma kuralının

⁸⁴ Shapiro 1999, s.139.

konvansiyon konusu olduğunu belirten düşünür *Hart* olup, *Coleman* bu konuda *Hart*'ı izlemektedir.

Coleman'ın görüşündeki problem, konvansiyon konusu olarak tanıma kuralında ahlâkiliğe yer vermesiyle beraber ortaya çıkmaktadır. İlk olarak *Dworkin*'in görüşünden hareket edilerek, konvansiyonun konsensüsü gerektirdiği, oysa ahlâkiliğin farklılığına yol açabileceği belirtilebilir. Bu nedenle de hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlâkiliğe yer veren hukukun, konvansiyon konusu olamayacağı ileri sürülebilir⁸⁵. Bu görüşe karşı ise *Coleman*, yukarıda da belirtildiği gibi, tanıma kuralında hukuki yetkililerin anlaşacağını, yetkililer arasındaki anlaşmazlığın ise bu kriteri uygulamak bakımından ortaya çıkacağını ileri sürmektedir. Örneğin, adaletin gereklerine uygun olan normların hukuk normları olarak geçerli olacağına ilişkin bir hukuki geçerlilik kriteri, yetkililer tarafından kabul edilebilir. Bu soyut kriterle ilgili anlaşmazlık ise, yetkililerin paylaştıkları konvansiyonun doğru olarak uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkacaktır. *Coleman*'ın belirttiği cevap kabul edilebilir; çünkü hukuk yine konvansiyon konusudur; ancak hukukun uygulanmasıyla ilgili anlaşmazlık ortaya çıkabilecektir. Öte yandan, bu durumda da, *Dworkin*'in belirttiği gibi, hukuk ve hukuki akıl yürütme hakkındaki ayırt edici olanı belirlemek mümkün görünmemektedir⁸⁶. Gerçekte bu tür cevaba karşı da, *Coleman*'ın cevabı vardır. *Coleman*'a göre, bir hukuk sistemindeki hukuk kurallarında da ahlâki değerlere (hakkaniyet, adalet, eşitlik gibi) yer verilmektedir. Dolayısıyla, hukuki geçerlilik kriterinde de bu tür değerlere yer verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁸⁷. Ancak kanımızca, burada bir sakınca söz konusudur. Çünkü *Coleman*'a göre tanıma kuralı, hukuki geçerlilik ve hukuku belirleme fonksiyonlarına sahiptir. Bu nedenle de, hukuki geçerlilik kriteri ile bu kriterlere göre oluşturulan kuralları aynı şekilde değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

İkinci olarak burada belirteceğimiz husus, tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonuyla ilgilidir. Esnek hukuki pozitivistlerin tartışmalı ahlâkilik konularında, tanıma kuralının bu fonksiyonunu yerine getiremeyeceğini kabul etmeleriyle, *Hart*'ın belirttiği, hukukun özünün davranışı yönlendirmek olduğu iddiası birbiriyle çelişmektedir. Gerçekte *Hart*'la ilgili bu hususu en iyi ortaya koyan düşünür, *Shapiro*'dur⁸⁸. *Shapiro*'nun belirttikleri çerçevesinde ortaya çıkan problem, hukuk sistemindeki yetkililerin, özellikle yargıçların tartışmalı ahlâkilik

⁸⁵ Dworkin 2002, s.1658.

⁸⁶ Dworkin 2002, s.1660.

⁸⁷ Katz, Christopher: "Pragmatism Regained", Michigan Law Review. (Vol.100) 2002, s.1657.

⁸⁸ Bkz. Shapiro 1999, s.125-163.

konularında karar vermeleriyle ilgilidir. Tanıma kuralıyla ilgili bu tür konularda, yargıçların davranışlarını epistemik bakımdan hukuk belirlememektedir; yani, bu tür durumlarda, yargıçların davranışını yönlendiren bir norm söz konusu değildir. Bu nedenle de, *Shapiro*'ya göre *Hart*'m, kendi teorisindeki uyumsuzluğu ortadan kaldırmak adına, hukukun özünün davranışı yönlendirmek olduğu iddiasını bir tarafa bırakması gerekirdi. *Hart* ise, tanıma kuralının alanının sınırlı olduğunu ve bu kuralın vatandaşlardan çok yetkililere hitap ettiğini belirtmektedir. *Shapiro*'nun eleştirisi de, bu sınırlı alanla ve yetkililerle ilgilidir; yani, tanıma kuralının epistemik bakımdan hukuku belirleme fonksiyonu olmadığına, bir norm olarak yetkililerin davranışını yönlendiremeyeceğini belirtmektedir.

Buraya kadar belirtilenlerden hareketle, esnek hukuki pozitivizmle ilgili belli başlı problemlerin olduğu ileri sürülebilir. Ancak pozitivizmin bu formu gelişmesini devam ettirmekte ve bu formu savunan düşünürler de, örneğin *Coleman*, düşüncelerini değiştirme eğilimi taşımaktadır. *Coleman*, son görüşlerinde, hukuki pratik üzerinde durmakta ve hukuki realizmle birleşen pragmatik bir yaklaşım benimsemektedir.

Son olarak, bu makalenin başında yer verilen iddiaya dönerek, ayrılabilirlik tezini savunmanın, hukuki pozitivistleri tabii hukukçulara mı yakınlattığı sorusuna dair birkaç noktayı belirtmeye çalışacağız. Esasen, bu soruya olumlu cevap verme olanağı mümkündür. Örneğin bu tür bir iddiada bulunan *Kent Greenawalt*'a göre, tabii hukukçular ile pozitivistler arasındaki ayırım önemsiz hale gelmiştir⁸⁹. *Greenawalt*, bu tür bir iddiada bulunurken, tabii hukukçuların, pozitivistler gibi, artık adil olmayan yasaların geçerli olabileceğini kabul etmelerine dayanmaktadır. Genelde tabii hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki temel tartışma konusu da, adil olmayan hukuki işlemlerin ahlâki veya hukuki bakımından geçerli olup olmadığıyla ilgilidir. Örneğin geleneksel tabii hukuk düşünürleri, belirli ahlâki gerekleri karşılamayan yasaların tam anlamıyla yasa olamayacağını savunmuşlardır. Gerek tabii hukukçu, gerekse hukuki pozitivist olan çağdaş teorisyenler ise, bu konuda bir anlaşmazlıktan ziyade anlaşma olduğundan hareket etmektedirler. Örneğin bu tür bir düşüncüyü savunan tabii hukukçu *John Finnis*'in, pozitif hukukun ahlâki öncüllerden çıkarılmayacağını, adalete uygun olmayan yasaların geçerli olacağını savunduğu görülmektedir. Hukuki pozitivistler ise, ahlâkiliğin hukuki kararlarda rol oynayabileceğini, hukuk devletiyle birleşen değerlere hukuk sistemlerinde yer verilebileceğini belirtmektedirler. Hatta esnek hukuki pozitivistler, hukukun ahlâkiliğe göre belirlenebileceğini de kabul etmektedirler. Bunun dışında yine hukuki pozitivistler, pozitif hukuku değerlendirmede eleştirel ahlâkiliğin önemini

⁸⁹Aktaran Waluchow, W.J.: "The Many Faces Of Legal Positivism", University of Toronto Law Journal.1998.

yadsımamaktadır. Böylece pozitivist hukukçuların ve tabii hukukçuların ahlâki değerlere hukukta yer verilebileceği konusunda uyuştukları belirtilebilir. Bu durumda, örneğin *Finnis*'i hukuki pozitivistlerden ayıran şeyin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. *Finnis*, ahlâki değerlendirmeler ve ahlâki ilkeler olmaksızın hukukun anlaşılamayacağını savunmaktadır. Diğer bir ifadeyle *Finnis*'e göre, hukuk, ahlâki amaçlardan ve değerlerden bağımsız olarak tasarlanamaz⁹⁰. Hukuki pozitivistler ise hukuk ile ahlâkın kavramsal olarak ayrı olduklarını ileri sürmektedirler.

Greenawalt'ın düşüncelerinden hareket edilirse, hukuki pozitivistler ile tabii hukukçular arasındaki fark veya farkların, günümüzde daha farklı bir şekilde dile getirildiği belirtilebilir. Bunun dışında, tabii hukukçular ile hukuki pozitivistler arasında önemli olarak görülebilecek başka farklılıklar da söz konusudur. Örneğin, tabii hukukçuların başlama noktaları ile hukuki pozitivistlerin başlama noktaları birbirinden farklıdır. Bunun yanında, kanımızca asıl önemli konu, tabii hukukçular ile hukuki pozitivistlerin ahlâkilikten anladıkları şeyin farklı olmasıdır. Gerçekte ahlâkilik teriminin, problemlili ve üzerinde anlaşılamayan bir terim olduğu belirtilebilir. Ancak hukuki pozitivistler, ahlâkilikten hem eleştirel ahlâkiliği hem de toplumsal ahlâkiliği anlamakta ve hukuk teorileri çerçevesinde, bunlar arasında ayırım yapmamaktadırlar; veya ayırım yapsalar bile yaptıkları bu ayırım, oluşturdukları hukuk teorisi çerçevesinde söz konusu olmamaktadır. Son söz olarak, günümüzde de, tabii hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki ayırımın devam ettiği ve hukuki pozitivizmin şekli özelliklerine bağlılığı devam ettikçe de bu ayırımın süreceği belirtilebilir.

⁹⁰ Waluchow 1998.

KAYNAKÇA

BIX, Brian. (1999), "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (Vol.XII No.1); s.17-33.

COLEMAN, Jules L. (1988), *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

COLEMAN, Jules L. (1991), "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, s.703-725.

COLEMAN, Jules L. (1996), "Authority and Reason", GEORGE, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, s. 287-319.

COLEMAN, Jules L. (1998), "Second Thoughts and Other First Impressions", BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, s.257-322.

COLEMAN, Jules L./LEITER, Brian. (2000), "Legal Positivism", PATTERSON, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, s.241-260.

COLEMAN, Jules L. (2001), "The Conventionality Thesis", *Philosophical Perspectives* 11, s.354-387.

DWORKIN, Ronald. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.

DWORKIN, Ronald. (2001), "A Reply by Ronald Dworkin", COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, s.247-300.

DWORKIN, Ronald. (2002), "Thirty Years On", *Harvard Law Review* (Vol.115), s.1655-1687.

FULLER, Lon L. (1958), "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* (Vol.71), s.630-672.

HART, H.L.A. (1993), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.

HART, H.L.A. (1997), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.

HART, H.L.A. (2000); *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*, Dost Kitabevi, Ankara, (Çev.E. Öz).

KATZ, Christopher. (2002), "Pragmatism Regained", *Michigan Law Review* (Vol.100), s.1639 -1661.

KERRUISH, Valerie. (1991), *Jurisprudence as Ideology*, Routledge, London.

LYONS, David. (1977), "Principles, Positivism and Legal Theory", *The Yale Law Journal* (Vol.87), s.415-435.

LYONS, David. (1984), "Founders and Foundations of Legal Positivism", *Michigan Law Review* (Vol.82), s.722-739.

LYONS, David. (2001), "Moral Aspects of Legal Theory", COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, s.49-69.

MACCORMICK, Neil. (1981), "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, s.131-145.

MACCORMICK, Neil. (1999), "My Philosophy of Law", WINTGENS, Luc J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, s.121-145.

RAZ, Joseph. (1972), "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal* (Vol.81), s.823-854.

RAZ, Joseph. (1990), *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford.

RAZ, Joseph (2002), *The Authority of Law-Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.

SCHAUER, Frederick. (1998), "Positivism Through Thick and Thin", BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, s.65-78.

SHAPIRO, Scott J. (1998), "The Difference That Rules Make", BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, s.33-62.

SHAPIRO, Scott J. (1999), "On Hart's Way Out", COLEMAN, Jules L. (ed.), *Readings in the Philosophy of Law*, Garland Publishing, New York, s.125-163.

WALUCHOW, W.J. (1992), "Law, Morality, and The Weak Social Thesis", PEDEN, Creighton / ROTH, John K. (eds.) *Rights, Justice and Community*, The Edwin Mellen Press, Lewiston, s.451-459.

WALUCHOW, W.J. (1998), "The Many Faces Of Legal Positivism", *University of Toronto Law Journal*.

[http://ehostvgw7.epnet.com/delivery.asp?deliveryoption=Citation+with+formatted+ful.\(17.07.2002\)](http://ehostvgw7.epnet.com/delivery.asp?deliveryoption=Citation+with+formatted+ful.(17.07.2002))

WELLMAN, Vincent A. (1998-1999), "Positivism, Emergent and Triumphant", *Michigan Law Review* (No.97), s.1722-1746.