

Hukuk Kavramı*

Ralf Dreier

Çeviren: Altan Heper

Bütün hukukçuların mesleklerinde olağan olarak gördükleri ve mesleklerine esas aldıkları pek açığa kavuşmamış bir hukuk kavramı vardır. Hukuk teorisinin görevi bu kavramı açıklığa kavuşturmak ve incelemektir. Aşağıdaki yazıda problemin aktüel durumuna bir genel bakış sunulmakta ve hukuk uygulamasına, özellikle yargıç uygulamalarına yönelik bir hukuk kavramı önerilmektedir.

I. Problemin Ortaya Konuluşu

Hukuk teorisinin ana problemleri hukuk kavramı konusundaki tartışmada odak noktasını bulmaktadır. Aşağıdaki açıklamalarda bu problemlerin bir kesimi ele alınmaktadır. Birinci bölümde pozitif hukuk kavramına bir bakışla konuya giriyorum. İkinci bölümde aktüel tartışmalarda

pozitif hukuk kavramına yöneltilen iki temel itirazı inceliyorum. Üçüncü ve son bölümde uygun bir hukuk kavramının bazı problemlerini açıklıyorum.

II. Pozitif Hukuk Kavramı

Hukuki (ve sosyolojik) pozitivistizmin bir çok çeşidi ve buna bağlı olarak pozitivist hukuk kavramının birçok tezahürü vardır. Burada bu kavramın sadece ana unsurlarını, kavramın farklı formları içerisinde açıklıyorum.¹

1. Bütün pozitivist hukuk teorilerinin genel tezi, ahlakla hukuk arasında zorunlu bir bağlılık bulunmadığı yolundadır. Burada "hukuk"la pozitif hukuk "ahlak"la geleneksel olarak "akli hukuk" ve –veya "adalet" olarak adlandırdıklarımız kastedilmektedir. Bu nedenle bu tez, herhangi bir içeriğin adaletin temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde dahi, bu içeriğin pozitif hukuka dahil edilebileceği şeklinde formüle edilebilir. Dİlbilimsel – kavramsal açıklığı sağlama amacı ile, olan hukukla olması gereken hukuku kesin bir biçimde ayırma postulanı bu tezle aynı bağlam içinde yer alır. Pozitivist görüşe göre hukuk bilimindeki kavram bulanıklığının temel kaynağını bu ayırımın farkına varıl-

* Yazarın, *Recht – Staat – Vernunft* (1. baskı, Frankfurt/m 1991, s. 95 – 119) adlı yapıtında Almanca olarak yer alan bu makalesi, 6.9.1984 tarihinde Cornell Law School İthaca N.Y.'da ve 5.6.1985 tarihinde Göttingen Hukuk Bilimi Topluluğunda verdiği konferansın gözden geçirilmiş ve notları düzeltilmiş metnidir. (Çev.)

maması veya ihmali oluşturmaktadır. Pozitif hukuk kavramı açısından bunun sonucu, hukuk kavramını olan hukukla, ya da pozitif hukukla sınırlandırması ve bu kavramın bir normun maddi açıdan doğruluğunu veya bir normlar hiyerarşisinin maddi açıdan doğruluğunun hukukun bir tanım unsuru olarak kapsamına almasıdır.

2. Pozitif teoriye göre hukuk kavramını tanımlamak için yukarıda anlatılanların ışığında iki temel unsur kalmaktadır: Bir otorite tarafından hukukun vazedilmesi ve bir normun veya bir norm sisteminin toplumsal etkinliği. Pozitif hukuk tanımlarının çeşitliliği bu iki unsurun farklı yorumlanabileceğini ve çeşitli biçimlerde bu unsurlar arasında bağlantı kurabileceğini göstermektedir. Bütün tanımları incelediğimizde iki ana grubu birbirinden ayırmak olanaklıdır. Birinci grup esas olarak etkinliğe yönelik tanımları, ikinci grup, esas olarak kural koymaya yönelik tanımları içermektedir. İkinci grup prensip olarak birinci grubu içine almaktadır.

a) Etkinliğe yönelik hukuk tanımlamaları özellikle sosyolojik hukuk teorileri çevresinde görülmektedir. Bu tanımlar birbirinden bir normun veya normlar sisteminin dışı veya içi yönelmesini temel almasına göre ayrılmaktadır. Bir normun dışı yönelik cephesi, normun fiili olarak uyulması ve –veya uygulanmasında, bir normun içi yönelik cephesi ise norma hangi motifle olursa olsun uyma veya uygulanmasında fiili rıza bulunmasında görülmektedir. Bu tanımlamalar için Max Weber'in ("hukuk... düzenin devamı için güvence altına alınması ve tecavüzleri önlemek için maddi veya manevi cebirin uygulanması imkanı olan bir düzen olarak

nitelendirilebilir. Cebir bu düzende bu iş için görevlendirilmiş insan grupları tarafından uygulanır.")² Ve Theodor Geiger'in (hukuk... "sosyal bir yaşam düzenidir. Bu düzen kendi özel organlarının monopolist olarak uygulanan müeyyide imkanına dayandığı ölçüde, merkezi örgütlenmiş toplumsal bir büyük yığının sosyal yaşamı düzenidir")³ tanımları örnek verilebilir. Oliver Wendel Holmes'un meşhur önceden tahmin tanımı bu gruba dahildir. Holmes "mahkemelelerin fiiliyatta ne yapacaklarının önceden tahmini, ulvi bir iş değildir ve hence bu hukuktur" demektir.⁴ İçe yönelik tanımlamalara Ernst Rudolf Bierling'in ("hukuk, hukuk bilimi açısından, genelde bir şeyi herhangi bir toplumda bir arada yaşayan insanların karşılıklı olarak bu ortak yaşamın kuralları veya normu olarak tanımlarıdır"⁵ ve Niklas Luhmann'ın ("hukuk... bir toplumsal sistemin normatif davranış beklentilerinin anlaşılabilir bir genelleştirmesine dayanan bir yapısı olarak tanımlayabiliriz"⁶) tanımlarını sayabiliriz.

b) Kural koymaya yönelik hukuk tanımlamaları ağırlıklı olarak hukuk bilimsel, özellikle analitik hukuk teorileri çevresinde görülmektedir. Bunun klasik örneği, John Austin'in hukuku, bir egemenin müeyyidelendirilmiş emirlerinin bir bütünü olarak tanımlamasıdır.⁷ Austin kural koyma unsuru ile etkinlik unsurunun bileşimini, egemeni emirlerine teamüli olarak uyulan bir kişi olarak tanımlamakla sağlamaktadır. Bu yüzyılın analitik hukuk teorisinin esas temsilcileri Herbert Hart ve Hans Kelsen'in hukuk kavramları da bileşimcidir. Kelsen hukuku, "insani davranışın normatif cebri düzeni", "bu düzenin normatifliğini ilk önce vazedilen te-

mel norma dayanması", bunun sonucu olarak insanların fiili olarak yürürlüğe girmiş, büyük ölçüde etkili Anayasa ve bu nedenle de Anayasaya uygun fiilen yürürlüğe girmiş, büyük ölçüde etkili normlara uygun hareket etmeleri zorunluluğu" olarak tanımlamaktadır.⁸ Tanımlayıcı bir formülasyondan feragat eden Hart'a göre gelişmiş hukuk sistemleri öncelikli olarak yükümlülük kuralı, tali olarak tanıma kuralı, değişme ve mahkeme kararlarının bir bileşimi olarak ortaya çıkar.⁹ Hart'ın konseptinde tanıma kuralı merkezi bir rol oynar. Tanıma kuralı sosyal tanıma sayesinde geçerlidir ve bir hukuk sisteminin sisteme ait normlarının teşhis edilme ve yürürlük ölçütlerini tanımlar. İngiliz hukuk sistemi için tanıma kuralını örneğin şu cümlede ifade eder: "Kraliçenin parlamentoda yürürlüğe koyduğu hukuktur."¹⁰

3. Konu büyük ölçüde basitleştirildiğinde etkinliğe yönelik tanımlamaların hukuku, izleyici perspektifi açısından tanımladıkları, kural koymaya yönelik tanımlamaların ise iştirak edenlerin perspektifini, özellikle hakim perspektifini esas aldıkları söylenebilir.¹¹

En fazla avukat perspektifi olarak sınıflandırılacak Holmes'un tahmin tanımı ilgi çekici bir ara tutum olarak gruplandırılır. Bu ayrım aşağıdaki sebeple de basitleştirilmiştir. Çünkü örneğin, Hart'ın hukuk teorisi özleştirme olarak geçerli tanıma sayesinde tanıma kuralının (rule of recognition) merkezi bir rol oynaması nedeniyle hukukun tanıma teorisi olarak değerlendirilmiş ve bu yüzden de Hart'ın hukuk kavramı etkinliğe yönelik tanımlamalar grubuna dahil edilmiştir. Buna rağmen bu ayrımı yapmak

uygun bir hukuk kavramının muhtemel ölçütlerine ait ilk belirtileri sağlaması itibarıyla akılcıca bir iştir.

4. Aşağıda pozitif hukuk kavramından bahsedildiğinden ve herhangi bir ekleme yapılmadığında hukuk bilimi açısından Kelsen ve Hart'ın analizlerinde en saf tezahürleri görülen hukuk kavramı kastedilmektedir. Bu tahliller öncelikle, gelişmiş, özellikle devlet olarak örgütlenmiş hukuk sistemleri modeline yöneliktir. Burada devletler hukukunun ve ilkel hukukun, hukuk karakteri nedeniyle problemler ortaya çıkmaktadır. Bu problemleri, gelişmiş ve gelişmemiş (embriyon halindeki) hukuk sistemleri arasındaki farklılık olarak görüp nispeten basit bir şekilde çözmek mümkündür. Model olarak gelişmiş olarak örgütlenmiş hukuk sistemlerinden yola çıkmak tahlilci amaçlar için sadece imkan dahilinde değil, pratik açıdan da yararlıdır.

III. Pozitivist Hukuk Kavramına İtirazlar

Pozitivist hukuk kavramına aktüel tartışmalarda asıl olarak iki tezle karşı çıkmaktadır: Haksızlık tezi ve prensipler tezi. Bu iki tez de esas olarak hukuk ve ahlak arasında pozitivist ayırım tezine karşı tutum almaktadır.

1. Haksızlık tezi, normların ve norm sistemlerinin, haksızlığının belirli bir ölçüye varması halinde hukuki geçerliliğin veya hukuk karakterinin inkar edilmesi gerektiğini ileri sürer. Bu tez esasında çeşitli biçimlerde, hukuk felsefesi tarihinde Tiranlık veya Rüşvet Yasası tezi olarak bilinmektedir. Bu tezin mevcut aktüelliği özel-

likle Hitler Almanyasında hukukun sapkınlığı nedeniyledir. Bu yüzden bu tez sapkınlık veya totaliterlik tezi olarak adlandırılır. Bu tezin formüle edilmesinde, tezin hukuk kavramına mı, yoksa hukukun geçerliliğine mi ilişkin olduğu ve hukuk kavramı ve hukukun geçerliliğinin birbiriyle ilişkisi konusunda sık sık bir karmaşıklık görülmektedir. Bu yüzden hukuki geçerliliğin pozitif hukuk kavramının bir unsuru olduğu, böylece hukukun geçerliliği konusundaki formülasyonların, hukuk kavramı konusundaki formülasyonu da kapsamına aldığı veya tersi olduğu yolundaki tezden hareket etmekteyiz. Bu tezin bir gerekçesini IV. bölümünde sunacağım. Aktüel olarak haksızlık tezi iki versiyonda ortaya çıkmaktadır. Birinci versiyon tek tek normlara, ikincisi de normlar sistemine dayanmaktadır.

a) Birinci versiyonun klasik bir ifadesini Gustav Radbruch ortaya atmıştır.¹² Bu versiyona göre, pozitif hukukla adalet arasındaki çelişki şu şekilde çözülecektir. Pozitif hukuk, özellikle de devletin yasa, muhteva açısından haksız olması halinde de önceliğe sahiptir. Ama bu yasanın adaletle çelişkinin çok dayanılmaz bir hale gelmesi halinde, yasa doğru olmayan hukuk olarak adalet karşısında boyun eğmek zorundadır.¹³ Doğru olmayan hukuk ve yasal haksızlık ifadesinin aynı anlama geldiği bu ifadelerin yer aldığı bağlamdan anlaşılmaktadır. Radbruch bu formülün uygulanışını sağlayan adalet kriterlerini, vatandaş ve insan hakları geleneğinden, özellikle de eşitlik prensibinden çıkarmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkeme Radbruch formülünü birçok ilke kararında kullanmıştır.¹⁴ Burada sadece Federal Anayasa Mahke-

mesi'nin 14.2.1968¹⁵ vatandaşlıkla ilgili kararını hatırlatacağım. Bu kararda, söz konusu olan, göçmen Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel olan İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına ilişkin 11. tüzüğün hukuk karakteri veya hukuki geçerliliği söz konusuydu. Bu kararda yer alan temel düşünceler (1-3) şöyledir: "Nasyonal Sosyalist 'hukuk' kuralları adaletin temel prensipleriyle çok açık bir şekilde çelişkiye düştüğünde, hakim bunları uygulaması veya bu kuralların hukuki sonuçlarını tanımak istemesi sonucu haklılık yerine haksızlığa karar vermesi durumunda, hukuk kurallarının hukuk olma geçerliliği inkar edilebilir. 2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası için çıkarılan 11.11.1941 tarihli 11. Tüzüğün (RGG 1, 772) adaletle çelişki o kadar büyük bir dereceye ulaşmıştır ki bu tüzük başından beri batıl olarak değerlendirilmelidir. 3. Hukukun temel prensiplerine açıkça aykırılık halinde, bir kez meriyete girmiş olan haksızlık, uygulanması ve uyulması suretiyle hukuk haline gelmez."

Uluslararası hukuk teorisi literatüründe Radbruch formülü çok tartışmalı. H.L.A. Hart bu formülü pozitivist ayırım bakış açısından kararlaştırarak reddetmiştir.¹⁶ Hart'a göre ahlaken kötü dayanılmaz sonuçları hakim hukuk kavramını tadil etmesi ile değil, yasa koyucunun geriye yönelik yasalar çıkarması ile bertaraf edebilir. Bu çözüm gerçekten çok önemli bir problemi formüle etmektedir. Bu problem, totaliter diktatörlükler dışında ve totaliter diktatörlüklerin yıkılışından sonra, hukukun sapkınlığının mümkün olduğunca düzeltilmesinin kimin yükümlülüğü olduğudur. Şüphesiz bunun için yasa koyucu görevlidir. Ama bu yasa koyucunun han-

gi nedenle olursa olsun görevini yapması halinde, hakim ne yapması gerektiği şeklindeki soruyu cevaplandırmamaktadır. Ben Alman mahkemelerinin 1945 sonrası içtihatlarında görüldüğü gibi, hakim böyle bir olayda pozitivist ayırım tezinde ısrarının dayanılmaz sonuçlara yol açtığını düşünmekteyim. Hukuk teorisinin bu sonuçlarını dikkate almalı, hukuk kavramı üzerindeki tartışmaların faturasını vatandaş ödememelidir.

b) İkinci bir haksızlık tezi Martin Kriele tarafından ortaya atılmıştır. Bu tez, tek tek normları değil, devlet olarak örgütlenmiş norm sistemlerini ele almaktadır. Kriele'nin tezi hukuki ve ahlaki yükümlülük arasında gerekli bir bağın aşığıdaki biçimde varlığıdır: Hukukun büyük ölçüde ahlaka uyum sağlaması koşuluyla, pozitif hukuka uymak bir yükümlülüktür.¹⁸ Bu koşul Kriele'ye göre hukukun bir sistemin parçası olması ve bu sistemin de demokratik anayasa devleti temellerine dayanmasıdır. Buna rağmen Kriele, totaliter diktatörlüklerin norm sistemlerinde, genel olarak hukukun bağlayıcılığını inkar eden bir sonuca ulaşmaktadır. Daha ziyade totaliter diktatörlükleri de doğrudan doğruya bir yasa meşruiyetinin, sisteme uygun düşmeyen ve kendi içinde ahlaki bakımdan haklı olan yasaların ve kurumların da bulunduğu görüşünü savunmaktadır. Bu açıdan Kriele'nin formülü sonuç olarak Radbruch'un formülü ile aynı işlevi görmektedir. Bu formül özgül totaliter normların ve kurumların hukuk niteliğini sadece inkar etmek imkanı vermemekte, bu normlara ve kurumlara karşı direnişi hukuken de haklı kılmaktadır. Konsepsiyon olarak Kriele'nin tezinin Radbruch'un tezinden farkı, Kriele'nin tartışmalı işlemlerin hu-

kuk karakterini, işlemin içinde vazedildiği veya icra edildiği sistemin niteliğine bağlı olması tezini, Radbruch'un tezine ilave etmesidir.

Bunun dışında Kriele'nin formülü kendisinin ele almadığı ve burada tali olarak ele alınacak bir problemi doğurmuştur. Bu konu devletlerin ve hükümetlerin devletler hukuku açısından tanınmasının hukuk kavramı yönünü ilgilendirmektedir. Devletler hukukuna temel teşkil edecek asgari olarak dolaylı bir biçimde hukuk kavramı üzerine açıklama yapan, devletler hukukunun hukuk sujesi olarak devlet olarak örgütlenmiş bir iktidar düzenini veya bir devletin hükümetini, o devletin yasal temsilcisi olarak devletler hukuku topluluğunda tanınmaya hazır olduğu şartlar, bu yönü oluşturur. Kuşkusuz bu açıklama ilk bakışta açıkça pozitivist karakter taşımaktadır. Çünkü tanımının teorisinde ve pratiğinde tesirlilik prensibi hakimdir. Bu prensip ama teorik ve pratik olarak yasallık prensibiyle, özellikle günümüzde çeşitli vesilelerle ve bağlamlarda geçerliliğini gösteren demokratik yasallık prensibiyle esaslı bir karşıtlık ilişkisi içinde bulunmaktadır. Bugün bütün devletlerin ve hükümetlerin kendilerini sunuşlarında demokratik ve yasal olduklarını söylediklerini düşündüğümüzde, devletler hukukunun hukuk kaynağı olarak, genel hukuk kaynağı olarak genel hukuk prensiplerinin meşruiyet gerekçesini ve muhtevasını bir kenara bırakırsak, devletler hukuku açısından hukuk kavramında da bir hukuki ahlaki değişikliğe açık olduğu söylenebilir. Şüphesiz böyle bir değişiklik, bu değişiklik hukuki ve politik uygulamanın uygun bir ifadesi olmak istediğinde, sadece zayıf bir biçimde gerçekleşir ve devletin örgütlenmiş iktidar

düzeni ve onun fiili dış temsilciliğinin hukukun tanınma kabiliyetinin olabilmesi için, asgari olarak etik bir hukuka uygunluk yeteneği göstermesi gerekliliği sonucuna varır.

2. Prensipler tezi, bütün gelişmiş hukuk sistemlerinin prensipler içerdiğini, bu prensiplerin yapıları ve –veya prensiplerin geçerlilik gerekçeleri nedeniyle pozitif hukuk kavramıyla bağdaşamayacağını ifade eder. Bu tez bu şekliyle bugün en fazla tartışılan tezdır ve önce Ronald Dworkin tarafından ileri sürülmüştür. Almanya’da Dworkin’in teorisini, özellikle Robert Alexy üstlenmiş, kısmen tamamlamış, kısmen de değiştirmiştir.²¹ Serbest hukuk okulunda ve Josef Esser’in önemli monografisi "Hakimin Özel Hukuku Geliştirmesinde Temel İlke ve Norm" adlı eserinde²² olduğu gibi, bu tez de konusu itibarıyla problem tarihinde birçok kez kendini göstermiştir. Prensiplerin yapısına veya meşruiyet gerekçesine dayanma kriterlerine göre bu tezin iki ayrı versiyonu birbirinden ayrılır: Birincisi yapısal teorik versiyon, ikincisi meşruiyet teorisi versiyonu olarak adlandırılır.

a) Yapısal teorik versiyon esas olan versiyondur. Bugün genel olarak fikir birliği bulunan bir noktayla başlamakla, yapısal teorik versiyonu anlamak kolaylaşır. Bu nokta Hart’ın dediği gibi bütün pozitif hukukta bir "boşluğa sahip metnin" olması gerçeğidir,²³ yani pozitif hukuk yargıca, esasında değerlere yönelmiş, değerlerin mukayesesini içeren değerlendirmeler görevini yükleyen norm çatışmaları ve muğlak alanlar içermektedir. Pozitif teori bu durumu pozitif hukukun yargıca bu bölümde hukuk dışı kriterlere, özellikle ahlaka başvurusu yetkisini vermesi

olarak yorumlamaktadır. Hakim hukuk "bulamadığında" hukuku o somut olay için karar öncesi bağlam çerçevesinden, gelecekteki kararlar için de "yaratır". Buradaki temel pozitivist temel tezi John Austin "hakimin takdir yetkisinin başlamasıyla beraber, hukuk yok olur"²⁴ şeklinde formüle etmiştir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmelerin karşılaştırılmasıyla hukuk biter.

Buna karşılık prensipler tezi, yapısal teorik versiyonunda hakimın takdir ve değerlendirmelerin karşılaştırılması alanında hukukun hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki kurmaya yükümlü olduğunu iddia eder. Bu tezin temeli prensipler ve kurallar arasındaki yapısal farklılıktır. Bu farklılık Dworkin’e göre, prensiplerin olayların çözümünde farklı yoğunlukla geçerliliğini kendi gösteren bir ağırlığın ölçüsüne sahip olmasından, kuralların ise hepsinin uygulanması veya hiçbirinin uygulanmaması biçiminde görülmesinden gelmektedir.²⁵ Farklı bir ifade ile kurallar unsurlardan ve hukuki sonuçtan oluşan normlardır. Unsur oluşmuşsa hukuki sonuç da doğar. Bundan farklı olarak prensiplerin, Alexy’nin tarif ettiği biçimiyle, farklı yoğunluklarda yerine getirilmesi mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmeye yönelik emirlerdir, yani bunlar bir şeyi (bir amacı veya bir değeri) mümkün olduğu kadar yüksek ölçüde gerçekleştirmeyi emreden normlardır.²⁶ Prensipler bu anlamda Federal Almanya pozitif hukukunda, örneğin devlet amaç hükümleri olarak adlandırılan hukuk devleti, demokrasi ve sosyal devlet prensipleri (Anayasanın 20, 28. md.leri) ve temel hak ve hükümleridir. Temel hak hükümleri, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yorumladığı gibi, bu hükümlerin, de-

ğerlendirmeye asıl teşkil eden ilke normlar olarak hukukun bütün alanlarında geçerliliği talep etmeleri ve her üç devlet erkini fiilen ve hukukun en yüksek ölçüde insan onurunun korunması, özgürlük ve eşitlik için çalışmaya yükümlü kalması halinde yukarıdaki prensiplere dahildir. (Anayasa md. 1–19, özellikle md. 1–3).

Bu prensip kavramı temelinde prensipler tezinin yapısal teorik versiyonunu hukukun geçerli prensiplerin yapıları nedeniyle pozitivist hukuk kavramıyla bağdaşmadıkları şeklinde formüle etmekle mümkündür. Çünkü bu prensipler bir ahlaki idealin mümkün olduğu ölçüde gerçekleşmesini, hukuki yükümlülük haline getirmektedir. Federal Almanya ve Almanya ile karşılaştırabilecek devletlerde bu ideal insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine yönelik hukuk ve devlet düzenidir. Aynı zamanda yeni çağın hukuk ve devlet ahlakının ana ilkeleri olan bu prensipleri, bu devletlerin anayasaları, pozitif hukuka, hukukun geçerli ilkeler olarak, prensipler teorisine göre, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yarattılar. Çünkü bu bağ sayesinde açık bir hüküm olmaması ve normların çatışması hallerinde, olan hukukun, olması gereken hukuka mümkün olduğunca yaklaşması hukukun gerekmektedir.

Şüphesiz yukarıda anılan prensipler, büyük ölçüde muğlak ve kendi aralarında karşıt ilişki içinde bulunmalarından ötürü de yorumu ve neye ağırlık verileceğinin zorunlu kalmaktadır. Bu prensipler, özellikle zor konularda nispi olarak prensibine yönelik değerlerin (korunan hukuki çıkarların –Ç.N.) kendi aralarında bir mukayesesini gerektirir. Bu konuy-

la ilgili problemler, ama –tezin can alıcı noktası– hukuki problemlerdir ve sadece ahlaki problemler değildir. Bu problemlerin nasıl bir işleme tabii tutulacağını ve çözüleceğini, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihadlarında örnek olarak görmek olanağı vardır. Alexy’nin gösterdiği gibi, içtihadlara esas teşkil eden, değerler düzeni teorisi, bir prensip teorisi ile aynı özelliklere sahiptir ve bu teori prensip teorisi olarak formüle edilebilir.²⁷ Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.²⁸ Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.

b) Dworkin’de bunların dışında prensipler tezinin meşruiyet teorisi versiyonunu görmek mümkündür. Bu teoriye göre kuralların hukuki geçerliliği "test of pedigree"ye (kurallar silsilesinin kontrolü –Ç.N.) tabi tutabilecekken, prensiplerin böyle bir kontrolü mümkün değildir.²⁸ "Kurallar silsilesinin kontrolü" ile Dworkin, Kelsen’de temel norm, Hart’da rule of recognition (tanınma kuralı) olarak tanımlanan, pozitif hukukun geçerlilik kriterini kastetmektedir. Açıklandığı gibi, Kelsen ve Hart, normların içeriğini değil, tamamen, yürürlüğe girmesinin ve/veya etkinliğinin yöntemini ve bu anlamda normların kökenini veya seceresini (pedigree) esas almaktadır.

Dworkin’e göre prensipler bu biçimde belirli muhtevalı halde olamazlar. Bu prensipler, Dworkin’e göre temel kural özelliğindeki bir özdeşleşme kriterinden uzaklaşırlar. Eğer doğru görüyorsam, daha dikkatli incelendiğinde, Dworkin’in tezinde geçerliliklerin gerekçesine göre bir-

düzeni ve onun fiili dış temsilciliğinin hukukun tanınma kabiliyetinin olabilmesi için, asgari olarak etik bir hukuka uygunluk yeteneği göstermesi gerekliliği sonucuna varır.

2. Prensipler tezi, bütün gelişmiş hukuk sistemlerinin prensipler içerdiğini, bu prensiplerin yapıları ve—veya prensiplerin geçerlilik gerekçeleri nedeniyle pozitif hukuk kavramıyla bağdaşamayacağını ifade eder. Bu tez bu şekliyle bugün en fazla tartışılan tezdır ve önce Ronald Dworkin tarafından ileri sürülmüştür. Almanya'da Dworkin'in teorisini, özellikle Robert Alexy üstlenmiş, kısmen tamamlamış, kısmen de değiştirmiştir.²¹ Serbest hukuk okulunda ve Josef Esser'in önemli monografisi "Hakimin Özel Hukuku Geliştirmesinde Temel İlke ve Norm" adlı eserinde²² olduğu gibi, bu tez de konusu itibarıyla problem tarihinde birçok kez kendini göstermiştir. Prensiplerin yapısına veya meşruiyet gerekçesine dayanma kriterlerine göre bu tezin iki ayrı versiyonu birbirinden ayrılır: Birincisi yapısal teorik versiyon, ikincisi meşruiyet teorisi versiyonu olarak adlandırılır.

a) Yapısal teorik versiyon esas olan versiyondur. Bugün genel olarak fikir birliği bulunan bir noktayla başlamakla, yapısal teorik versiyonu anlamak kolaylaşır. Bu nokta Hart'ın dediği gibi bütün pozitif hukukta bir "boşluğa sahip metnin" olması gerçektir,²³ yani pozitif hukuk yargıca, esasında değerlere yönelmiş, değerlerin mukayesesini içeren değerlendirmeler görevini yükleyen norm çatışmaları ve muğlak alanlar içermektedir. Pozitif teori bu durumu pozitif hukukun yargıca bu bölümde hukuk dışı kriterlere, özellikle ahlaka başvurusu yetkisini vermesi

olarak yorumlamaktadır. Hakim hukuk "bulamadığında" hukuku o somut olay için karar öncesi bağlam çerçevesinden, gelecekteki kararlar için de "yaratır". Buradaki temel pozitivist temel tezi John Austin "hakimin takdir yetkisinin başlamasıyla beraber, hukuk yok olur"²⁴ şeklinde formüle etmiştir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmelerin karşılaştırılmasıyla hukuk biter.

Buna karşılık prensipler tezi, yapısal teorik versiyonunda hakimin takdir ve değerlendirmelerin karşılaştırılması alanında hukukun hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki kurmaya yükümlü olduğunu iddia eder. Bu tezin temeli prensipler ve kurallar arasındaki yapısal farklılıktır. Bu farklılık Dworkin'e göre, prensiplerin olayların çözümünde farklı yoğunlukla geçerliliğini kendi gösteren bir ağırlığın ölçüsüne sahip olmasından, kuralların ise hepsinin uygulanması veya hiçbirinin uygulanmaması biçiminde görülmesinden gelmektedir.²⁵ Farklı bir ifade ile kurallar unsurlardan ve hukuki sonuçtan oluşan normlardır. Unsur oluşmuşsa hukuki sonuç da doğar. Bundan farklı olarak prensiplerin, Alexy'nin tarif ettiği biçimiyle, farklı yoğunluklarda yerine getirilmesi mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmeye yönelik emirlerdir, yani bunlar bir şeyi (bir amacı veya bir değeri) mümkün olduğu kadar yüksek ölçüde gerçekleştirmeye emreden normlardır.²⁶ Prensipler bu anlamda Federal Almanya pozitif hukukunda, örneğin devlet amaç hükümleri olarak adlandırılan hukuk devleti, demokrasi ve sosyal devlet prensipleri (Anayasanın 20, 28. md.leri) ve temel hak ve hükümleridir. Temel hak hükümleri, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yorumladığı gibi, bu hükümlerin, de-

ğerlendirmeye asıl teşkil eden ilke normlar olarak hukukun bütün alanlarında geçerliliği talep etmeleri ve her üç devlet erkini fiilen ve hukukun en yüksek ölçüde insan onurunun korunması, özgürlük ve eşitlik için çalışmaya yükümlü kalması halinde yukarıdaki prensiplere dahildir. (Anayasa md. 1—19, özellikle md. 1—3).

Bu prensip kavramı temelinde prensipler tezinin yapısal teorik versiyonunu hukukun geçerli prensiplerin yapıları nedeniyle pozitivist hukuk kavramıyla bağdaşmadıkları şeklinde formüle etmekle mümkündür. Çünkü bu prensipler bir ahlaki idealin mümkün olduğu ölçüde gerçekleşmesini, hukuki yükümlülük haline getirmektedir. Federal Almanya ve Almanya ile karşılaştırabilecek devletlerde bu ideal insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine yönelik hukuk ve devlet düzenidir. Aynı zamanda yeni çağın hukuk ve devlet ahlakının ana ilkeleri olan bu prensipleri, bu devletlerin anayasaları, pozitif hukuka, hukukun geçerli ilkeleri olarak, prensipler teorisine göre, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yarattılar. Çünkü bu bağ sayesinde açık bir hüküm olmaması ve normların çatışması halinde, olan hukukun, olması gereken hukuka mümkün olduğunca yaklaşması hukukun gerekmektedir.

Şüphesiz yukarıda anılan prensipler, büyük ölçüde muğlak ve kendi aralarında karşıt ilişki içinde bulunmalarından ötürü de yorumu ve neye ağırlık verileceğinin zorunlu kılınmaktadır. Bu prensipler, özellikle zor konularda nispiyet prensibine yönelik değerlerin (korunan hukuki çıkarların —Ç.N.) kendi aralarında bir mukayesesini gerektirir. Bu konuy-

la ilgili problemler, ama—tezin can alıcı noktası— hukuki problemlerdir ve sadece ahlaki problemler değildir. Bu problemlerin nasıl bir işleme tabii tutulacağını ve çözüleceğini, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihadlarında örnek olarak görmek olanağı vardır. Alexy'nin gösterdiği gibi, içtihadlara esas teşkil eden, değerler düzeni teorisi, bir prensip teorisi ile aynı özelliklere sahiptir ve bu teori prensip teorisi olarak formüle edilebilir.²⁷ Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.²⁷ Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.

b) Dworkin'de bunların dışında prensipler tezinin meşruiyet teorisi versiyonunu görmek mümkündür. Bu teoriye göre kuralların hukuki geçerliliği "test of pedigree"ye (kurallar silsilesinin kontrolü —Ç.N.) tabi tutabilecekken, prensiplerin böyle bir kontrolü mümkün değildir.²⁸ "Kurallar silsilesinin kontrolü" ile Dworkin, Kelsen'de temel norm, Hart'da rule of recognition (tanınma kuralı) olarak tanımlanan, pozitif hukukun geçerlilik kriterini kastetmektedir. Açıklandığı gibi, Kelsen ve Hart, normların içeriğini değil, tamamen, yürürlüğe girmesinin ve/veya etkinliğinin yöntemini ve bu anlamda normların kökenini veya seceresini (pedigree) esas almaktadır.

Dworkin'e göre prensipler bu biçimde belirli muhtevalı halde olamazlar. Bu prensipler, Dworkin'e göre temel kural özelliğindeki bir özdeşleşme kriterinden uzaklaşırlar. Eğer doğru görüyorsam, daha dikkatli incelendiğinde, Dworkin'in tezinde geçerliliklerin gerekçesine göre bir-

birinden ayrılan en az dört tür prensip tespit edilebilir: Birincisi anayasada veya bir hukuk sisteminin yasalarında açıkça konulmuş prensipler, ikincisi açıkça konulmamış, fakat "institutional support" (kurumsal destek – Ç.N.) sayesinde yasalarda, karar öncesinde; hukuki örf ve adette, hukuk doktrininde, hukuken geçerli olarak değerlendirilecek prensipler, üçüncüsü yeterli kanıtlanacak kurumsal desteği olmayan, ama "political" (siyasi) veya "community morality"nin (toplumsal ahlakın) bir parçası olan ve ön yargıların üstüne çıkabilecek bir kuvvete sahip ve böylece içerikleri nedeniyle hukuken geçerli prensipler, dördüncüsü anayasal sistem veya anayasal sistemin ahlaki ve politik temel prensipleri nedeniyle hakim kararlarının yasal nedenleri olarak düşünülemez ve böylece hukuki geçerlilikten uzak prensipler.

Özellikle 2. ve 3. grup prensipler arasında girift bağlantılar vardır. Kurumsal destek kavramını temel norm olarak ayırım kriteri olarak kullanmak akla yatkın bir iş olmasına rağmen, Dworkin bu konuyla ilgili önerileri şimdiye kadar hep reddetmiştir. Dworkin'e göre hangi tür ve ne kadar kurumsal desteğin bir prensip olacağına, böylelikle geçerli hukukun bir prensibi olarak tanınmasına dair genel bir ölçü yoktur. Dworkin'in teorisi bu yüzden bu noktada gerçekten sadece yapısal teorik açıdan değil, meşruiyet teorisi açısından da pozitif hukuk kavramıyla bağdaşmaz.

Anayasa pratikte önemli bütün ahlaki—siyasi prensipleri anayasa prensipleri olarak pozitif hukukun içine aldığı için, Federal Almanya'nın pozitif hukuku açısından tezin bu biçimi her halükarda bu noktada herhangi bir sonuca varmamak-

tadır. Ben "test of institutional support" (kurumsal desteğin) temel norm yeteneğinde bir ayırım kriteri olarak formüle etme çabalarını bir yana bırakırsak, bu tezin prensipler tezinin meşruiyet versiyonuna karşı genel bir itiraz sağlayacağını, düşünüyorum. Bu itiraz iki aşamada açıklanabilir. Birinci aşamada her gelişmiş hukuk sisteminde temel prensiplerden oluşan bir ilke, bu ilkeyle diğer prensipler arasında hiyerarşi ve türeme ilişkisinin bulunduğu gösterilir. Bir ikinci aşamada bu prensiplerin ait olduğu sistemlerde, anayasal geçerliliği olduğu, yani dolaylı ve dolaysız olarak sistemin yazılı veya yazısız olmayan anayasasına ait olduğu ispatlanır. Kelsen'in temel normunda olduğu gibi, sistemin anayasası, hukuken geçerli prensipler için özdeşleşme kriteri olarak adlandırılır.

Bu itiraz kabul edildiğinde prensipler tezi sadece yapısal teorik versiyonunda pozitif hukukla bağdaşmaz, ama meşruiyet teorisi versiyonunda pozitif hukukla bağdaşmaktadır. Ancak 3. ve 4. kategori prensipleri arasındaki fark, yani toplumsal moral içerisinde ve toplumsal ahlak dışındaki fark, sadece belirli bir hukuk sisteminin değil, aynı zamanda bir hukuk sorununu olarak kabul edildiği zaman, prensipler tezinin meşruiyet versiyonu, bu sınırları aşar, diğer bir ifadeyle belirli prensipler, örneğin ırk ayrımı, sadece belirli bir hukuk kavramı açısından değil, aynı zamanda hukuk açısından, hukuk kavramı dışında tutulursa, Dworkin'in ele aldığı bu konuyu Kriele ele almaktadır. Bu nedenle, prensipler tezinin meşruiyet versiyonu bu haksızlık tezine uygun düşmektedir.

IV. Uygun Bir Hukuk Kavramının Kriterleri

Hukuk kavramı hukuk sosyolojisinin ve hukuk felsefesinin sürekli konusunu oluşturmaktadır. Bu kavram üzerinde bir anlaşma henüz sağlanmış değildir ve öyle görünüyor ki sağlanacağı da yoktur. Bu durum uygun bir hukuk kavramının kriterlerini araştırmayı anlamlı bir hale getirmektedir.

1. Hukuk örneğin tarihi, sosyolojik, etik, mank, dogmatik, teolojik, ekonomik, dilbilimsel vs. gibi çeşitli farklı açılardan bilimsel araştırmanın konusu olabilecek kompleks bir olgudur.³⁰ Benim tezim: hukukla ilgilenen disiplinlerin özgül araştırmalarından elde edilecek kriterler uygun bir hukuk kavramını ortaya çıkartır. Bu tez aynı konuyu ele alan bilimsel disiplinlerin farklılığının bu dalları oluşturan araştırma açısı veya diğer bir ifade ile araştırma perspektifi veyahut araştırma menfaatine göre tanımlandığı görüşüne dayanır. Bu aynı derecede meşru ve uygun birden fazla hukuk kavramının varolabileceği anlamına gelir. Bu durum bir disiplin içerisinde birden fazla kısmi bakış açısı ve bakış açılarının birden fazla yorumunun ve bunlara bağlı yöntemlerin ve yöntem bilimlerinin birbiriyle rekabet edebileceği diğer bir tezi dışlamaz. Bu rekabet, çıkara bağlı olduğu için ve olduğu sürece sonu gelmeyen kavram tartışmaları yaratır.

Hukuk kavramının sorunları ile esas olarak hukuk felsefesi hukuk sosyolojisi ve hukuk teorisi uğraşır. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisine ve hukuk teorisine temel teşkil eden bakış açılarının farklı-

lığını bir kenara koyarsak, hukukun işgal alanını tanımlayan genel, semantik bir hukuk kavramı formüle edilebilir. Ama bu nispi olarak muhteva açısından zayıf ve fazla bir şey ifade etmeyen bir kavramdır. Bu kavram Kant ve Thomas-yus tarafından ortaya atılan geleneksel, şekliyle hukuku insan davranışlarının dışı yöneltik olanlarını düzenleyen ve potansiyel olarak cebirle uyulmasının sağlanabileceği normların tamamı olarak ifade edilir. Bu tanımın tek tek unsurları üzerine tartışılabilir. Ama hukuk kavramının esas problemleri bu alanda değil, hukuk teorisi, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi açısından bu dalların hukuk kavramları arasındaki özgül farklılık alanında bulunmaktadır. Buradaki hukuk felsefesi olarak, hukuk felsefesi genelinde doğal ve akli hukuk teorisi, hukuk ahlaki, yani ahlaki olarak gerekçelendirilen doğru hukuku ve bunun sonucu olarak toplumun ve devletin doğru tesisini anlıyorum. Hukuk felsefesinin hukuku, ahlaki geçerliliği açısından ve hukukun hukuki geçerlilik açısından incelediği söylenebilir.³¹ Bu, hukuk felsefesi hukuk sosyolojisi ve hukuk teorisinin hukuk kavramları arasındaki özgül fark meşruiyet teorisi alanında baş gösterir. Diğer bir ifade ile hukuk kavramının esas problemleri semantik düzeyde değil, meşruiyet teorisi alanında çoğalan hukuk kavramları ile ilgilidir.

Burada açıklamalarımı hukuk teorisinin hukuk kavramıyla sınırlandırıyorum. Hukuk teorisinin, doğuşuna ve ağır basan gelenegine göre felsefi bir disiplin olan hukuk felsefesinden ve bir sosyolojik disiplin olan hukuk sosyolojisinden farklı olarak, özgül hukuki araştırma açısını kendisine temel alan özgül hukuki bir disiplindir.³² Hukuk teorisi, kurumsal ola-

rak hukuk biliminin bir kısmı dalı olarak ve fonksiyonu itibarıyla, yani tek tek hukuk teorisyenlerinin tesadüfi menfaatlerinden bağımsız olarak, hukukun temel kavramlarının bir hukuki teorisini (hukuk biliminin bir teorisi dahil olmak üzere) elde etmeye yöneliktir. Hukuk teorisi onun eski ve bugün hâlâ yaygın bir adlandırılmasında olduğu gibi "genel hukuk öğretisi"dir ve hukuk teorisi hukuk teorisinin nesnel teorik kısmında, genel hukuk dogmatikliği olarak anlaşılabilir. Hukuk teorisinin özel hukuk dogmatikliğiyle olan bağlantısı ve özel hukuk dogmatikleri konusundaki pratik bağlantısı kurucu bir mahiyettedir. Hukuk teorisinin hukuk kavramı için anlamı hukuk dogmatikliği için ve hukuk uygulamasının da hukuk kavramının verimliliğinde, kavramın uygunluğunun kriterlerinin görülmesidir. Bundan çıkan sonuç, burada ayrıntılarına girilmeyecek dogmatikğin çeşitli fonksiyonları ve pratiğin farklı bölümlerinde ve ayrıntılarında burada girilmeyecek olan bölümlerin varlığıdır. Aşağıdaki kısımda itiraf etmek gerekir ki basitleştirilmiş bir tezden yola çıkıyorum. Hukuk dogmatikliği esas olarak yargıçlara yönelmiş bir disiplindir ve hukuk teorisinin görevi bu yüzden esas olarak yargıçlara yönelik bir hukuk teorisinin görevi bu yüzden esas olarak yargıçlara yönelik bir hukuk kavramının hazırlanmasıdır. Bu tezi (aynı zamanda verimlilik ölçütünü) üç noktada açıklayacağım.

a) Hukuk yargıç için normların bütünüdür. Bu bütüne göre yargıç karar vermek zorundadır. Bunun anlamı, yargıç için hukuk kavramının amprik değil, normatif bir kavram olmasıdır. Bu kavram ölçütleri tanımlamakta, yargıç bu ölçüde göre bir normu, norm olarak belirlemek-

te, norm yargıçın tabi olduğu hukuk sisteminde norm olarak hukuken geçerli olmamakta ve netice olarak hukuken bağlayıcı olmaktadır. Şüphesiz hakim, olan hukukla, olması gereken hukuk arasındaki farkı bilir. Ama bu fark yargıç için hukuken geçerli hukuk ile sadece ahlaken geçerli hukuk arasındaki farkla aynı anlama gelmektedir. Farklı bir ifadeyle hakim hukuk kavramı, hukuken geçerli hukuk kavramıdır. Yargıç ve hukukçu için, Kelsen'in söylediği gibi, bir normun özgül varlığı, hukuken geçerlilikte bulunmaktadır.³³ Varolan hukuk, pozitif hukuk ve hukuken geçerli hukuk deyimleri hukuk bilimi açısından anlamdaş ifadelerdir.

b) Bütün yargıçlar az ya da çok açıklığı olan bir hukuk kavramına sahiptir. Hukuk teorisinin görevi, bu hukuk kavramının bilincine varmak ve incelemektir. Hukuk teorisi bunu yaparken betimleyici ve ya normatif olarak işletmeler yapabilir. Betimleyici çalışmalarda, yargıçların genelinde hangi hukuk kavramına fiiliyata sahip oldukları araştırılır ve hukuk kavramının hangi yapısalıkları gösterdiği incelenir. Normatif çalışmada hukuk teorisi, yargıçın hangi hukuk kavramına, görevi nedeniyle sahip olma zorunluluğunu inceler. Benim anlayışına göre hukuk teorisi birçok boyutu bir disiplindir. Hukuk teorisinin hukuk bilimi açısından, hem amprik, hem de analitik ve normatif incelemeler yapma görevi vardır. Hukuk teorisinin dogmatikliğinden ve pratik bağından çıkan, kanıma hukuk teorisinin araştırmalarının sonucu olarak bir hukuk kavramının formüle edilmesi görevidir. Bu formüle edilen hukuk kavramını yargıçın yasal zorunluluk nedeniyle sahip olma yükümlülüğü vardır.

Bu noktada görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Kelsen'in ve Hart'ın analitik hukuk teorisini anladıkları biçimiyle, bu teori hukuka karşı en azından Kelsen'in ve Hart'ın şartlarına göre tam olarak betimleyici davranmaktadır.³⁴ Hukuk teorisi, hukuk kavramının hukuk dogmatikliğinde ve hukuk uygulanmasında hukuk dilinde görüldüğü gibi nasıl etkili olduğunu betimler ve tahlil eder. Hem Kelsen ve hem de Hart kendi şartları nedeniyle bir gelişmeye düşmektedir.³⁵ Hart ve Kelsen ahlak ve hukukun ayrılığı tezini savunurlar ve bu temelde hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğu yolundaki hukuk anlayışının çeşitli ifadelerini eleştirirler ve ama zorunlu bağ anlayışı yargıçların içtihatlarına yerleşmiş ve böylece pozitif hukukun bir parçası olmuştur. Netice olarak da, ayrılık tezinin şartlarına göre, bunu eleştirmek yerine, betimlemek ve tahlil etmek zorunluluğu doğmuştur. Hart'ın 1945'ten sonra Radbruch'un formülünü kabul eden Alman mahkemelerine yaptığı eleştiri bunun güzel bir örneğidir,³⁶ Kelsen ve Hart açıklayıcı ayrılık tezini normatif bir kullanıma tabi tutmaktalar. Onlar sadece hukuk ve ahlaki genel olarak, kavramsal açıklık nedenleriyle aralarında ayrım yapılması gerekli iki farklı normlar sistemi olarak tespit etmiyorlar, aynı zamanda, hukuk ve ahlak arasında, hukuk dogmatikliğinde ve hukuk pratiğinde fiilen gözlemlenen ve haklı nedenlerle savunulan kavramsal bağlantıyı reddediyorlar. Netice olarak Hart ve Kelsen teorilerinin tabiatına aykırı olarak yargıçların sahip olmaları gerektiğine inandıkları bir hukuk kavramını savunuyorlar.

c) Hukuk teorisinin görevi, yargıçlara yönelik bir hukuk kavramı formüle etmek olduğunda, bu hukuk teorisinin han-

gi yargıca veya hangi hukuk sistemine —aynı kapiya çıkar— sorusu sorulur. Hukuk teorisi belirli bir hukuk sistemleri grubuna veya bütün gerçek ve ihtimal dahilindeki hukuk sistemlerine yönelik olabilir. Hukuk teorisi, düşüncesi itibarıyla, evrensel bir geçerlilik talebi olan, yani bütün gerçek ve muhtemel hukuk düzenleri için geçerli olma talebini ileri süren, bir hukuk kavramını formüle etmeye yönelik hukukun bir genel teorisidir. Bir hukuk teorisinin çalışma biçimi normal olarak şu şekildedir: Hukuk teorisini tesadüfi olarak az veya çok tanıdığı, bildiği hukuk sistemlerinden tezlerini alır. Hukuk teorisini buna rağmen kendi hukuk kavramı için bir evrensel geçerlilik iddiası ileri sürerse, teorisyen ona buna izin verecek bir teoriye dayanmak zorundadır.

Bu yazı bu tür teorilerin sayılacağı bir yer değildir. Ben sadece Kant'ın hukuk ve tarih felsefesi esas alınarak veya hukuk ve tarih felsefesinin aşkın pragmatik veya evrensel pratiğinin devamı temeline bir teorisinin hazırlanabilme imkanı olduğunu açıklayacağım. Bu teorisinin temel tezi, demokratik anayasa devletinin hukuk kavramı, özgür devletlerin konfederasyon düşüncesi ile birlikte bir evrensel geçerlilik iddiasını içerir. Çünkü bu hukuk kavramı bir ilerleme tarihinin neticesi veya evrensel anlaşılabilir rasyonel yapıların bir açıklaması olarak kavranır. Bu sonuçlardan ve açıklamalardan yola çıktığında, bu talebe cevap veremeyen hukuk sistemleri daha önceki, eski haline dönüşmüş ve deforme olmuş sistemler olarak değerlendirilmek zorundadır.³⁷ Şüphesiz hukuk kavramının bir hukuki teorisine böyle yüksek seviyeli ve felsefi bakımdan tartışmalı bir iddiayla yüklenmek doğru mudur sorusu yöneltilebilir. Be-

nim için burada söz konusu olan hukuk kavramının bu kavramın bir evrensel geçerlilik talebi olup olmayacağı, olursa nasıl olacağı sorusundan bağımsız olarak, bir hukuk (sosyal) devletin hukuk kavramı olduğunu söylemekte bir zorluk çekmiyorum. Bu düşünceler aynı zamanda hukuk teorisinin kendi hukuk kavramını temel teşkil eden normatif kriterlerini nereden aldığı sorusunu cevaplandırıyor. Hukuk teorisi, hukuk sistemlerinin bir normatif teorisinden bu kriterleri çıkartır ve normatif teorisinin hukuk kavramı, hukuk sistemlerine dayanır. Hukuk teorisinin kavram oluşturmada verimli olabilmesi için, hukuk teorisinin yargıların genel olarak fiilen sahip oldukları hukuk kavramının ciddi bir analizinden hareket etmesi zorunluğa tabii bir olaydır.

2. Hukuki pozitivist hukuk kavramına önceki bölümde açıklanan itirazlara, yukarıda söylenenler temelinde bazı düşüncelerimi ilave etmek istiyorum. Haksızlık tezinin içeriği açık, fakat pratik önemi azdır. Haksızlık tezinin pratik önemi Alman mahkemelerinin 1945 sonrası ve nadiren içinde bulundukları durum gibi olağanüstü durumlarda görülür.³⁸ Niçin bu tezi ikna edici bulduğumu sezdim. Hukuk kavramı açısından haksızlık tezi, pozitivist hukukun, hukuk kavramına normlarla ilgili olarak Radbruch formülünün, norm sistemleriyle ilgili olarak Kriele'nin formülünün yumuşatılmış şekliyle ilave edilmesi ve böylece hukuk kavramının hukuk ahlaki açısından zenginleştirilmesi veya değişikliğe tabi tutulması bakımından dikkate alınır.

Prensipier tezinin içeriği ve uygulamadaki önemi daha az bilinen bir niteliğe sahiptir. Prensipier tezinin meşruiyet

versiyonu burada konu dışında bırakılmaktadır. Prensipier tezi, daha önce söylendiği gibi haksızlık tezi ile kısmen birbirine uygun düşmektedir. Meşruiyet versiyonu tahminime göre kısmen, kendi kendini geçerlilik gerekçesinde şüpheli prensipleri anayasa prensipleri olarak göstermeye çalışmasıyla çürütmektedir. Geriye yapısal teorik versiyon kalmaktadır. Bu tezin değindiği değerlerin karşılaştırılması problemi günlük mahkeme uygulamasında şüphesiz hiç de abartılmayacak bir önemde rol oynamaktadır. Buna rağmen tezin bu versiyonunda sadece birbiriyle rekabet eden, sonuç olarak yalnızca bir seçilen kelime sorununu içeren iki kavram stratejisinin söz konusu olup olmadığı sorulabilir. Pozitivist stratejiye göre yargıç pozitivist hukuk boşluğu durumunda kendi ahlaki değerlendirmesine yetkilidir. Prensipier teorisi stratejisine göre, yargıç boşluk durumunda da, mutlaka daha geniş, hukuken yani hukuken geçerli prensiplere bağımlıdır. Yargıların boşluk olan alanda mutlaka yönlerini tayin ettikleri değerleri ve amaçları ahlak veya hukuk olarak adlandırmaları bir seçilen kelime sorunudur. Bu konuda üç noktada dikkati çekmek istiyorum.

a) Yargıçın görevi, davalarda geçerli hukuka göre metodik olarak doğru olarak karar vermek ve kararlarını, taraflar ve ilgili kamuoyu için kabul edilir bir biçimde gerekçelendirmektir. Fakat bir yargıç kararı sadece ahlaken değil, hukuken de gerekçelendirdiği ölçüde karar kabul edilebilir niteliktedir. Prensipier teorisi hukuki gerekçelerin zor davalarda mümkün olduğunu ve nasıl mümkün olduğunu gösterir. Bu yüzden prensipier stratejisine karşı "yargıç kendi ahlaki değerlendirmesini gizliyor" itirazı yöneltilebilmesi

ne rağmen, bu strateji pozitivist stratejiye göre tercih edilir.

b) Federal Almanya'da, prensipier tezinin yapısal teorik versiyonu çoktan beri konu itibarıyla "değerler düzeni teorisi" adı altında tartışılmaktadır. Bu teoriye karşı ileri sürülecek esas itiraz, hukukun yumuşatılması ile bağlantılı olan bu tezin, ölçülü olma hukuk devleti ilkesini ve devletin iktidar ifadesi olan önceden görülebilecek ilkesini zayıflatması ve kuvvetler ayrılığı sisteminde yasa koyucu hacir altına alması ve mahkemelere aşırı yükler getiren bir yer değiştirme anlamına gelmesidir. Bu itiraz sebep ile etkiyi karıştırmaktadır. Hukukun yumuşatılması ve maddileştirilmesi değer teorisinden ve prensipier teorisinden daha eskidir ve yumuşatma ve maddileştirilmenin mutlaka esas olarak teori dışında nedenleri vardır. Yukarıda adlandırılan teoriler maddileştirilmeye ve yumuşatılmaya neden olmazlar, onlar buna tepkidirler ve maddileştirmeyi ve yumuşatılmayı hukuk bilimsel olarak işlenebilecek bir hale getirirler. Bu sürecin nedenleri açıkça hızlanan sosyal değişmeye ve bu değişmeye yasa koyucunun tepkisinde görülür. Bir yandan "genel hükümlere kaçma", diğer yandan, bir dönemin bantta üretilen, toplu bakışın olanaksız olduğu ve birbiriyle az uyum sağlayan tek tek kurallarda kendini gösteren yasa koymanın motorize edilmesi.³⁹ Buna devlet kararlarının kabul edilmesinde ve gerekçelendirilmesinde yüksek talepleri doğuran, hukuk bilincinde ve özellikle vatandaşların haklarının bilincindeki değişiklikler ilave olarak gelmektedir. Değer düzeni teorisi ve prensipier teorisi, teori içinde hem önlenemez hem de büyüyen bir kesimde hakimın kendi değerlendirmesine hukuki yapı verme çalışmasıyla

dikkati çekmektedir. Bu nedenle yukarıda açıklanan gizleme itirazı da reddedilmelidir.

c) Pozitivist strateji yargıca kendi ahlaki değerlendirmesini yaparır. Bu değerlendirme serbest veya bağımlı olabilir. Bu değerlendirmenin bağımlı olduğu koşulu ileri sürülürse, bu değerlere ve prensiplere bağımlılık demektir. Bu değerlerin ve prensiplerin esasen prensip stratejisinin dayandığı değerler ve prensiplerle konu itibarıyla aynı olduğundan hareket edilebilir. Uygulamanın gösterdiği gibi, bu bağımlılığın eksik olduğu bir hakim kararının, sadece ahlaken değil, aynı zamanda hukuken yanlış olduğu yukarıdaki görüşe ilave edildiğinde, bu durum prensipier stratejisinin lehinedir.

Yukarıda açıklanan düşüncelerin amacı, prensipier tezinin yapısal teorik versiyonunda sadece seçilen bir kelime farklılığı sorunun söz konusu olmadığı, aynı zamanda hukuk anlayışının en temel problemlerinin söz konusu olduğunu açık bir şekilde göstermektir. Sonuç olarak, özellikle yukarıda değinilen Federal Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihatlarının dikkate alınmasının, hukuk anlayışının en temel problemleri konusunda da pozitivist hukuk kavramının düzeltilmesi için lehine olduğunu düşünüyorum. Bu düzeltme hukukun yorumuna ilişkindir ve bu nedenle hukuk kavramı tanımında zorunlu olarak dile getirilmesi mecburiyeti yoktur.

V. Hukukbilimsel Hukuk Kavramının Tanımı

Hukuk kavramı üzerine bir yazıdan yazının bir hukuk tanımı ile bitmesi beklenir. Açıklanması gereken konuları açıklama-

ma rağmen, bu beklentiye cevap vereceğim. Hukukbilimsel hukuk kavramının uygun bir tanımı, kanımca, otoritenin hukuku vazetmesi, toplumsal etkenlik, bir normun veya bir normlar sisteminin içeriksel doğruluğu ve hukuki açıdan bu unsurların makul bir bağlamda birlikte yer almasıdır. Bu unsurlar içinde devlet tarafından organize edilmiş hukuk sistemleri içinde sisteme bağımlı normlar için, yetkilerin kural koymasının diğer unsurlara öncelik taşıması ve bu unsurun sosyal etkinlik ve içeriksel doğruluk unsurlarınca küçük değişikliklere tabi tutulması şüphe götürmez. Bu unsurlardan her birinin ve unsurların birbiriyle bağlantıları daha etrafıca incelenmeliydi. Ama burada zaman nedeniyle yapılamadı.⁴¹ Devletler hukukunun özellikleri hiç veya çok az söz konusu edildi. Bu sınırlamalarla aşağıdaki tanımlamayı öneriyorum: Hukuk devleti tarafından örgütlenmiş veya devletlerarası bir norm sisteminin anayasasına ait olan normların toplamıdır. Bu sistemin genelde toplumsal etkenlik ve asgari olarak etik açıdan hukuka uygunluk veya hukuka uygunluk yeteneği ve bu anayasaya göre konulmuş normların da asgari sosyal etkenlik ve etken olma şansı ve etik açıdan hukuka uygunluk ve hukuka uygun olma yeteneği özelliğini göstermesi gerekir.

Ek

1. Krş., bu makalenin eleştirisi için N. Hoerster, *Zu Verteidigung des Rechtspositivismus*; NJW 1986, s. 2480–2482; ve W. Krawietz, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine Kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster*,

Rechtstheorie, 18 (1987), s. 209–254; Krawietz'in eleştirisini ayrıntılı bir biçimde cevaplandırdım. R. Dreier, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Erwiderung auf Werner Krawietz*, Rechtstheorie 18 (1987), s. 368–385. Üstü kapalı bir biçimde bu cevapta, Hoerster'in eleştirisine de ilişkin fikirlerimi açıkladım. İlave olarak bu makalede s. 19'da Kelsen ve Hart'in pozisyonlarını yanlış anlaşılacak bir biçimde açıkladığımı itiraf etmek isterim. Gerçekten Hoerster'in doğru olarak işaret ettiği gibi, hukuk ve ahlak arasındaki ayrıma ilişkin pozitivist tezde söz konusu olan herhangi birinin fiiliyatta dili nasıl kullandığının amprik tespiti değil, söz konusu olan normatif olarak makul bir biçimde neyin hukuk olarak nitelendirileceğinin tayinidir. Ahlakı açıdan nötral ve nötral olmayan normatif tespitin taraftarı olan ve olmayan tezler tartışmalıdır.

2. Hukuki pozitivism konusundaki tartışma, Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Birliğinin Ban Alman Bölümünün 12–14 Ekim 1988 günlerinde Göttingen'de yapılan kongresinin gündemiydi. Bu kongrenin tebliğleri *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* adlı kitapta yayınlanmıştır (yayınlayan R. Dreier, Wiesbaden, 1990) (ARSP – Ek Nr. 37). Özellikle R. Alexy'nin "Hukuki Pozitivizmin Eleştirisi" (s. 9–23) ve N. Hoerster'in "Hukuki Pozitivist Ayrım Tezinin Savunması" isimli tebliğlere atıf yapmak istiyorum. Alexy'nin tebliği burada kısaca açıklanmak istenen bir dizi önemli ve geliştirilmiş farklılıkları içermektedir. Alexy öncelikle pozitivist tezin hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunmadığı yolundaki hukuki pozitivist tezin tartışmasında bu tezin ne tür bir bağı dü-

şündüğünü açıklığa kavuşturmadığına ve bir tanım önerisi mi ya da bir öneri için nedenlerin mi söz konusu edildiğinin anlaşılmadığına dikkat çeker. Alexy ayrım tezinin tanımı için şu öneriyi yapar. Hukuk kavramının tanımı öyle yapılmalıdır ki, hukuk kavramı ahlaki unsurları içermesin. Bağlantı tezine göre ise hukuk kavramının tanımı öyle yapılmalıdır ki, hukuk kavramı ahlaki unsurları içersin. Alexy'ye göre bu önerilerin gerekçelendirilmesi için üç grup tez ileri sürülebilir: Amprik, analitik ve normatif tezler. Bu tezler esas olarak ayrılık ve bağlantı tezlerinin her biri için üçer tez daha formüle etmek mümkündür. Bu durumda hukuk ile ahlak arasında ya bir amprik olarak zorunlu, ya da kavramsal olarak zorunlu, ya da normatif olarak zorunlu bir ilişkinin varlığı ve yokluğu söz konusu olur. Belirli ahlaki asgari koşulları yerine getiremeyen hukuk sistemlerinin yaşamayacağı ileri sürülürse amprik zorunlu ilişki söz konusudur. Kavramsal zorunlu ahlaki unsurlar hukuk kavramı –bütün tanımsal tespitlerden önce– bağlantı halinde ise, analitik ilişki söz konusudur. Normatif ilişkiden, amaçsal veya hukuk ahlaki açısından, hukuk kavramının tanımında, kavramın ahlaki unsurları içermesi zorunluluğu ileri sürülürse, bahsedilir. Alexy amprik ilişkiye ait sorunları ele almaz. (Krş. yenilerde E.J. Lampe, *Grenzen des Rechtspositivismus, Eine Rechtsantropologische Untersuchung*, Berlin 1987). Alexy hukuka ahlak arasındaki bir kavramsal gerekli bağı, bir seri farklılıklar temelinde, hukuk kavramı ile hukuken geçerli hukuk kavramı arasındaki ve norm sistemleri olarak hukuk sistemleri ile süreçlerin sistemleri arasındaki ve izleyici ve katılanların perspektifi arasındaki ve hukuka aha-

lak arasındaki bir sınıflandırıcı ve nitelendirici bağ temelinde evet der. Bu bağın reddedilmesi Alexy'ye göre permormatif gelişkilere yol açar. Bu güçlü tezler dışında Alexy'nin tezi herhalükarda normatif nedenlerle hukuk kavramını otoritenin yasa koyması ve toplumsal etkenlik unsurlarının yanında ahlaki doğruluk unsurunu içerecek şekilde tanımlaması amaca uygunluk gösterir. Krş. R. Dreier, "Zur gegenwertigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland", in: *Ton-Kak Suh'a Armağan*, Seul, 1990, s. 119–134. Özünde aynı görüşler F. Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1982, s. 299 vd.; aynı yazar *Fundamentale Rechtsgrundsätze, Zur rechtsethischer Verfassung der Sozietät*, Wien/New York 1988; W. Ott, "Die Radbruchsche Formel, Pro und contra", in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 107, (1988), s. 345–356; M. Kriele, *Recht-Vernunft-Wirklichkeit*, Berlin 1990, özellikle s. 453 vd.

3. Krş. tamamlayıcı olarak: R. Dreier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Aktualität für die gegenwärtige Diskussion*, Frankfurt/M. 1986; aynı yazar *Göttliches und menschliches Recht*, in: ZevKR 32 (1987) s. 289–316.

4. Her iki Alman devletinin 3 Ekim 1990'da birleşmesinden sonra, Alman hukuk biliminin önünde, tekrar 1945'de olduğu gibi, çok büyük bir görev, hukuki geçmişi aşma görevi durmaktadır. Burada haksızlık tezi bütün farklılığına rağmen büyük bir rol oynamaktadır. Bu tezin sistematik bir incelemesi, eski Demok-

ratik Alman Cumhuriyetinin hakimiyet sistemi açısından henüz yapılmış değildir. Federal Göçmenler ve Yurtlarını Terk edenler Yasasına ilişkin içtihatlar konusu, Krş. Açıklamalar için G. Scheidle, *Widerstand im Rechtsstaat*, Karlsruhe, 1969, 1969, s. 65 vd.; bkz. W. Schuler, *Geschichte und Struktur des politischen Strafrechts in der DDR bis 1968*, Ebelsbach, 1980, Materyal Derlemesi: Sistem Olarak Haksızlık. Sovyet İşgal Bölgesindeki Planlı Hukuki Tecavüzlere İlişkin Belgeler, 4 Kısım, (Alt Başlık Kısım II'den itibaren, Almanya'nın Sovyetler tarafından İşgal Edilen Kısımında Planlı Hukuki Tecavüzlere İlişkin Belgeler) yayımlanan Bütün Almanya Sorunları Federal Bakanlığı, Bonn, 1952-1962 (daha sonra yayımlanmadı).

NOTLAR

1. Bu kısım için genel olarak atıflar H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. baskı, 1960; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; aynı yazar *Recht und Moral*, Üç Makale, Almanca yayımı (1971); Ort, *Der Rechtspositivismus*, 1981, Bölüm 6.
2. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921), öğrenim baskısı, yayıma hazırlayan V. H. Winckelman, 1964; s. 24. Krş. Max Weber'de hukuki hukuk kavramı ve sosyolojik hukuk kavramı üzerine, Loos, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970, s. 93 vd.
3. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947, yayım 1964, s. 339.
4. Holmes (The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law", *The Path of Law*, 1897; in: aynı yazar, *Collected Papers*, New York, 1920, s. 167.
5. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre I*, 1894, s. 19.
6. Luhmann, *Rechtssoziologie I*, 1972, s. 105.
7. Krş. Austin, *Lectures on Jurisprudence II*,

4. baskı (Ed. Campbell, London 1873) s. 687.
8. Krş. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 45 vd., s. 219.
9. Hart "combination of primary rules of obligation and secondary rules of recognition, change and adjudication" Krş. H. L. A., *The Concept of Law*, s. 95.
10. Hart "What the Queen in Parliament enacts is Law", aynı yerde s. 104; krş. aynı eser, s. 92 vd., 97 vd.
11. Krş. Hart'ın hukuka karşı 'ekstern (dışarı)' ve 'intern (içsel)' bakış açıları arasındaki fark için görüşleri (The Concept of Law, s. 86 vd.) Bu farka ben Hart'dan daha farklı bir biçimde işliyorum. Bkz. IV. Bölüm.
12. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: aynı yazar, *Rechtsphilosophie*, 8. baskı (1973), s. 339-350.
13. a.g.e. s. 345.
14. Bkz. BGHZ 3,94 (107)+NJW 1951, s. 917; BGHZ 23, 1975 (181)=NJW 1957, s. 627; BGHSt 2, 173 (177); 2,234 (238); 3, 357 (362 ff.)=NJW 1953, s. 351; BVerfGE 3, 58 (119)=NJW 1954, s. 21; BVerfGE 3, 225 (233)=NJW 1954, s. 65; BVerfGE 6, 132 (138)=NJW 1957; s. 579; BVerfGE 6, 389 (414 vd.)=NJW 1957, s. 865; BVerfGE 23, 98 (106)=NJW 1988, 1036 L=RzW 1968, s. 381; BVerfGE 54, 53 (67 vd.) Krş. B. Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Doktora Tezi, Göttingen, 1985.
15. BVerfGE 23,98=NJW 1968, 1036 L=RzW 1968, s. 381.
16. H.L.A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral* (Dipnotu 1), s. 39 vd.
17. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, Bölüm 5.
18. a.g.e., s. 117
19. Krş. Örneğin Menzel-Ipsen, *Völker R.*, 3. Baskı, (1979), 22. Bölüm, çeşitli atıflarla.
20. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2. baskı, (London 1978)/Almanca baskısı *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984). Aşağıdaki bölümlerde Dworkin'in teorisinin sadece objektif haklar yönünü inceliyorum ve teorisinin subjektif haklara ilişkin içeriğini inceleme dışında tutuyorum.

21. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: *Rechtstheorie*, İlave I, 1979, s. 59-81; aynı yazar, *Theorie der Grundrechte*, 1985, özellikle Bölüm 3; aynı yazar, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: McCormick-Panau-Vallauri, (Yayımlayanlar), *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*, 1985, s. 13-29.
22. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. baskı (1974); Serbest Hukuk Okulu konusunda krş. Dreier'in yapıtları, *Zum Begriff der Natur der Sache*, 1965, s. 55 vd., Problemin Tarihi gelişmesi konusunda krş., Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Rechtsdenken im römischen Privatrecht*, in: ZRG Röm. Abt. 95 (1978), s. 187-231.
23. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 120, 124 vd., 233, 249.
24. Austin, "So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all."²⁴ (Dipnotu 7), Cilt 2, s. 338 vd.
25. Dworkin (Dipnotu 20), s. 22 vd., (Almanca basımı s. 54 vd.)
26. Krş. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Bölüm 3
27. Alexy, a.g.e.
28. Dworkin (dipnotu 20), özellikle s. 39 vd. (Almanca basımı s. 81 vd.)
29. Dworkin (dipnotu 20), s. 64 vd., (Almanca basımı s. 119 vd., 541 vd.)
30. Krş. R. Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, Bölüm 8, özellikle s. 242 vd.
31. Farklı geçerlilik kavramları konusunda Krş. Dreier, Bölüm 5, özellikle s. 194 vd.
32. Krş. Dreier, Giriş ve 1. Bölüm
33. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 9
34. Dipnotu 11'de açıklanan fark konusunda Hart ve Kelsen, kendi düşüncelerine uygun bir biçimde, hukuka karşı 'extern' bir bakış açısını savunurlar. Hart konusunda krş. Eckmann, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts*, 1969, s. 76.
35. Krş. Kriele (dipnotu 17), s. 16.
36. Krş. H.L.A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, s. 43 vd.
37. Kant'ın hukuk ve tarih felsefesi konusunda, Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, Bölüm 10; aynı yazar, in: Immenga (yayımlayan), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, s. 1-15, s. 2 vd.; Aşkın Pragmatik konusunda; Apel, *Transformation der Philosophie*, 2 cilt., özellikle 1. cilt, s. 9 vd., cilt 2, s. 155 vd.; Evrensel Pragmatik konusunda; Habermas in: aynı yazar, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, s. 1984, s. 353-440.
38. Uluslararası kanunlar ihtilafında Radbruch formülünün işlevi büyük ölçüde "ordre public" kuralı tarafından görülmektedir.
39. Krş. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933; C. Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft* (1943/44), in: aynı yazar, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2. baskı (1973), s. 386-429, 404 vd., ("motorize olmuş yasa koyucu"); bkz. Dreier JZ 1985, s. 353-359 (=yukarıda bölüm 3).
40. Prensipier tezinin doğurduğu hukuk kavramı sonuçları konusunda örnek formüller, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir temel kararı olan "Soraya" kararında görülmektedir. Bu kararda mahkeme kuvvetler ayrılığının bulunduğu hukuk devletine karşı, hakim hukuku geliştirmesinin serbest olduğuna karar vermiştir. BVerfGE 34, 269 (286 vd.)=NJW 1973, s. 1221-Soraya.
41. Common-Law bölümünde doğruluk unsurunun önemi konusunda krş. örneğin R.S. Summers, *Two Types of B Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification*, in: *Cornell Law Review* 63 (1978), s. 707-778. bkz. aynı yazar, *Working Conceptions of "The Law"*, in: *Law and Philosophy I* (1982), s. 263-289.