

Formalist Olmayan, Lafzi Yorumu Benimsemeyen ve Hukuka İtaat Yükümlülüğüne Temkinli Yaklaşan Bir Kuram Olarak Hukuki Pozitivizm

Engin ARIKAN¹

Özet

Türkiye'deki hukukçular hukuki pozitivizmi, "hukuk hukuktur" formülü ile özdeşleştirmekte, lafzi yorum taraftarı olarak görmekte veya muhafazakâr bir devlete itaat ideolojisi olarak algılamaktadır. Ancak hukuki pozitivizmin takdir açısından hâkimleri sadece yasalar ile kısıtlı tuttuğu ve hâkimlerin ahlâki endişelere dayanarak onu genişletmekten imtina etmesi gerektiği görüşünde olduğu iddiası yanlıştır. Hatta tam tersine hukuki pozitivist kuramlar hukukun açık dokulu yapısı sebebiyle takdirin kaçınılmaz olduğunu belirtir ve hâkimlerin burada takdir kullandıklarını savunurlar. Hukukun yorumlanması konusunda da hukuki pozitivistlerin ağırlıklı kısmı yenilikçi yorum yöntemlerine açıktır. Son olarak, modern hukuki pozitivizm hukuka itaat ve mevcut hukukun devamı konusunda muhafazakâr değildir. Hukuki pozitivistler, hukuka itaat sistemin kendi varlığı veya sistem içi geçerlilik bağlantıları ile temellendirilemeyeceğini, bunun ancak hukuktan bağımsız siyasi ahlâk değerlendirmeleri ile gerçekleştirilebileceği görüşündedirler. Siyasi kimlik açısından da hukuki pozitivistler genel itibarıyla ilerlemeci olma eğilimindedirler.

Anahtar kelimeler: hukuki pozitivizm, formalizm, lafzi yorum, hukuka itaat yükümlülüğü

GİRİŞ

Hukuki pozitivizm, pozitivist düşüncenin hukuk alanındaki görünümü olmuştur. Pozitivizm, gözleme dayanan metotlarla veya akılcı mantıksal çıkarımlarla temellendirilen bilgilerin geçerliliğini kabul eden, metafiziği ve teizmi reddeden bir felsefe sistemidir. Hukuki pozitivizm, hukuku bir insan ürünü olarak görür ve toplumsal olgu temelli bir yaklaşımla hukuku ele alır. Hukuki pozitivizm, hukuk felsefesindeki bir diğer ana akım olan doğal hukuk kuramının metafizik ve teolojik temellendirmelerini reddeder; çünkü bunlar ampirik kanıtlara ve mantıksal çıkarımlara dayanmaz.

Hukuki pozitivizm, betimleyici ve açıklayıcı bir kuramdır. Ancak ülkemizde hukuki pozitivizm, hukukun nasıl uygulanması gerektiğine dair bir hukuk doktrini veya devlet odaklı, muhafazakâr bir hukuka itaat ideolojisi olarak anlaşılmaktadır. Bu çalışmanın hedefi, John Austin, Hans Kelsen, H. L. A. Hart ve Joseph Raz gibi önde gelen hukuki pozitivist yazarların bu konulardaki görüşlerini teker teker

1 Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, E-posta: arikan@tau.edu.tr

açıklayarak bu algının hatalı olduğunu göstermek ve hukuki pozitivismeye dair daha doğru bir tespit yapmaktır.

Bu kapsamda ilk olarak hukuki pozitivistlere atfedilen “hukuk hukuktur” veya “hukukçular hukuku olduğu gibi uygulamalıdır” anlayışı ele alınacak ve hukuki pozitivistlerin formalist olmadığı iddia edilecektir. İkinci olarak, hukuki pozitivistlerin yorum konusundaki yaklaşımları incelenecek ve bu kuramcılarının lafzi yorum veya muhafazakâr yorum yöntemlerine ilişkin bir bağlılıklarının olmadığı öne sürülecektir. Üçüncü olarak hukuki pozitivistlerin hukuka itaat yükümlülüğüne ilişkin görüşlerine bakılacak ve sanıldığı aksine hukuki pozitivistlerin hukuka itaat konusunda oldukça eleştirel bir pozisyonu benimsedikleri gösterilecektir. Dördüncü ve son olarak da hukuki pozitivismeye ilişkin hatalı algının kaynakları açıklanacaktır.

1. Hukuki Pozitivistlerin Formalizm Anlayışı

Hukuki pozitivism, pek çok hukukçu tarafından “hukuk hukuktur” ifadesiyle formalist bir kuram olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda hukuki pozitivismin hukuki faaliyeti veya hukuki akıl yürütmeyi yalnızca hukuk normlarının tespiti ve uygulanmasından ibaret olarak kabul ettiği düşünülmektedir. Ancak hukuki pozitivist kuramın önde gelen düşünürleri böyle bir

yaklaşım benimsememektedir. Hukuki pozitivistler her ne kadar hukukun ne olduğu konusunda toplumsal olgu temelli ölçütlere başvurursa da hukuki faaliyet veya yargılama sürecinde bu normların dışındaki öğelerin oynadığı rolü reddetmemişlerdir. Aşağıda sırasıyla Austin, Kelsen, Hart ve Raz’ın formalizme ilişkin görüşleri sunulacaktır.

Austin, hukuku egemenin yaptırımlarla desteklenmiş emirleri olarak ele almaktadır. Düşününürün bu hukuk tanımını onu hukuki faaliyetin veya yargı sürecinin sadece egemenin koyduğu kuralların uygulanması olarak ele alması sonucuna götürmemektedir. Austin, *Common Law* sisteminde hâkim tarafından yaratılan hukukun varlığını kabul etmenin yanı sıra bunu faydalı ve hatta zorunlu olarak da niteler. Egemenin her somut olaya uygun şekilde yasa koyma kapasitesi ve yetkinliği kısıtlıdır. Hâkimler ise uygulama sürecinde somut sorunlara ve ihtiyaçlara uygun bir biçimde hukuku biçimlendirebilir.² Austin, hâkimlerin hukuk yaratmasını teslim etmekle beraber, bu faaliyetin egemenin açık veya zımni yetkilendirmesiyle gerçekleştirildiğinin de altını çizer³. Bu sebeple Austin’in formalist olmayan yargı süreci anlayışı nihayetinde tekrar egemenin iradesine bağlandığı için onun hukuk tanımını ile çelişmez.

2 John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Editör: Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 165. (Austin’in bu görüşünü ifade ettiği pasaj, eserinin Türkçe çevirisinde yer almamaktadır.)

3 John AUSTIN, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Tekin Yayınları, İstanbul 2015, s. 49.

Kelsen, hukuku bir normlar sistemi olarak ele almıştır. Bu normlar geçerliliklerini bir üst normdan aldığı bir sistemin parçalarıdır ve bir bütün olarak etkili olmaları halinde bir hukuk sistemi oluşur. Düşünürü göre hiyerarşik olarak altta olan bir norm geçerliliğini üst normundan alır. Ancak buradaki bağlantı bir geçerlilik ilişkisidir, üstteki norm alttaki normun içeriğini kendiliğinden belirlemez. Kelsen'e göre yasama organının anayasadaki geçerlilik normuna uygun olarak yeni bir yasa oluşturması halinde bu yasa geçerliliğini anayasadan alır; ancak içeriğinin kendisi anayasadan gelmez. Kelsen, bu faaliyetin mantıksal olarak gerçekleşmeyeceğini ve sistemdeki oluşturulan normların bir irade ürünü olarak "yaratılmaları" gerektiğini söyler. Örneğin bir mahkeme bir davada karar verirken bir taraftan mevcut hukuku uygular, diğer yandan ise yeni bir norm yaratır. Bir ceza davasında hüküm veren mahkeme verdiği cezanın geçerliliğini yasalara dayandırır ancak belli bir kişinin cezalandırılmasına hükmettiği için zorunlu olarak yeni bir birel norm oluşturur. Bu birel norm *her* vakada zorunlu olarak mahkemenin iradesinin sonucu oluşur. Kelsen'e göre üst norm ile alt norm arasında bir ilişki vardır ancak bu ilişki bir tümdengelim faaliyeti değildir. Hiçbir hâkim hüküm verirken o vakaya uygun hukuku "bulmaz"; hâkimler

tüm hükümlerinde yeni hukuk normları yaratırlar.⁴ Görüldüğü üzere Kelsen'in kuramı, hukuki faaliyeti formalist bir modele indirgemez.

Hart, kuramında hukuku bir kurallar sistemi olarak ele alır. Bu sistemde kurallar geçerliliklerini tanıma kuralından alırlar. Tanıma kuralının resmi devlet görevlileri tarafından kabul edilmesi ve hukuk süjelerinin sistemin kurallarına genel itibarıyla itaat etmesi ile bir hukuk sistemi oluşur. Hart hukuku bir kurallar sistemi olarak ele alsada bu kuralların tüm vakaları hükme bağlamadığını ifade eder. Hukuk, dilin belirsizliği, kullandığı kavramların genel nitelikte olması, tercih edilebilecek emsal kararların ve kullanılacak yorum yöntemlerinin çeşitliliği nedeniyle ancak sınırlı sayıda hukuki vakayı belirleyici bir şekilde hükme bağlayabilir. Bu sebeple Hart, hukukun "açık dokulu" bir yapısının olduğunu savunur ve formalizmin bu açıdan hatalı bir kuram olduğu sonucuna varır. Düşünür, Amerikan Hukuki Realizmi'nin iddiası olarak gördüğü hukuk kurallarının hiçbir vakada belirleyici olmadığı iddiasını reddederek formalizmin belli bir ağırlığı olduğunu teslim eder. Ancak Hart'a göre formalizm de "tüm" vakaların hukuk kuralları tarafından hükme bağlandığını iddia ederken hatalıdır. Yazara göre hâkimler, mevcut hukuk kurallarının hükme bağladığı vakalarda bu kural-

4 Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizce'ye çeviren: Michael Hartney, Oxford University Press, New York 2011, ss. 211-226; *Ibid.*, ss. 250-269.

ları hükümleri için eylem sebebi olarak alarak hüküm verirler, dolayısıyla hukuku uygulurlar. Ancak bunun ötesinde hukuk kurallarının hükme bağlamadığı birçok vakada hâkimler takdirlerini kullanarak hukuk yaratırlar, hukuku uygulamazlar.⁵ Sonuç olarak Hart'a göre yargılama faaliyeti, hukukun uygulanması ve yaratılması ile gerçekleşir; sadece mevcut hukukun uygulanmasından ibaret değildir.

Raz da Hart gibi hâkimlerin pek çok vakada hukuku uygulamanın ötesinde faaliyetlerde bulunduğu görüşündedir. Raz'ın Hart'tan farkı bu faaliyetlerin kapsamına ilişkindir. Düşünürü göre hukuk ile ahlâk arasında kavramsal bir ayırım olduğundan dolayı mahkemelerin uygulamakla yükümlü oldukları ahlâki ilkelere başvurulması halinde zorunlu olarak hukuk yaratılır, hukuk uygulanmaz. Düşünür, hukukun meşru otorite iddiasından dolayı zorunlu olarak otoriteyi haiz olmanın gerektirdiği kavramsal şartları taşıması gerekliliğine işaret eder. Buna göre bir hukuk kuralının, zorunlu olarak bir kişinin veya kişilerin görüşü olarak sunulması gerekir ve içeriği toplumsal olgular ile teşhis edilebilmelidir. Aksi takdirde otorite kavramının özelliklerini sağlayamaz. Ahlâki ilkeler bu nitelikleri haiz olmadığından dolayı hukuk statüsünde olamazlar.⁶ Raz'a

göre hukukun atıfta bulunduğu ahlâki ilkeler zorunlu olarak hâkimlerin takdirde bulunmalarını, yani hukuk yaratmalarını gerektirir. Örneğin bir hâkim “dürüstlük kuralına” veya “ifade özgürlüğü ilkesine” başvurduğunda zorunlu olarak bu ahlâki öğelerin kapsadığı ahlâki eylem sebeplerini değerlendirmeli ve hükme bağlamalıdır. Bu da hâkimin hukuk yaratmasını gerektirir.⁷ Hart, kuramında ahlâki olguların varlığının kabul edilmesi halinde ahlâki ilkelerin uygulandığı vakalarda hâkimlerin hukuku uyguladıklarını ifade eder.⁸ Raz ise ahlâki olguların varlığından bağımsız olarak ahlâki ilkelerin kapsadığı ahlâki sebeplerin hükme bağlanması gerektiğinden dolayı bunun zorunlu olarak hukukun uygulanmasından ziyade hukukun yaratılması faaliyeti olduğunu savunur.⁹ Raz'a göre tanıma kurallarının atıfta bulunduğu ahlâki ilkelerin kullanıldığı her hükümde hukukun yaratılması söz konusudur. Sonuç olarak tıpkı Hart gibi Raz da yargılama faaliyetini, yalnızca mevcut hukukun uygulanmasından ibaret görmez.

2. Hukuki Pozitivistlerin Hukukun Yorumlanmasına Dair Görüşleri

Hukuki pozitivism, hukukun yorumlanması konusunda lafzi yorumu destekleyen bağlı bir kuram olarak

5 H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford 1994, ss. 124-136.

6 Joseph RAZ, “Authority, Law, and Morality”, *The Monist*, Cilt 68 (1985), Sayı 3, ss. 300-305.

7 Joseph RAZ, *The Authority of Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2011, ss. 49-50.

8 HART, 1994, s. 254.

9 Engin ARIKAN, *Sert Pozitivism*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 100.

anlaşılmaktadır. Bu kapsamda hukuki pozitivizm, mevcut yasaların lafzına bağlı kalınmasına yönelik bir yargılama doktrini olarak düşünülmektedir; ancak hukuki pozitivist kuramın önde gelen düşünürlerinin lafzi yoruma ilişkin böylesi bir bağlılıkları yoktur. Hukuki pozitivistler, yasaların ne olduğu konusunda toplumsal olgu temelli açıklamalar getirirler dahi yorum aşamasında belli bir metodun uygulanması “gerektiğine” ilişkin bir iddia öne sürmezler. Aşağıda sırasıyla Austin, Kelsen, Hart ve Raz’ın hukukun yorumlanmasına dair görüşleri sunulacaktır.

Austin’in hukukun yorumlanması konusunda savunduğu bir teknik yoktur. Düşünürün yorum konusundaki görüşleri bu konunun hatalı bir biçimde anlaşılmasına yöneliktir. Austin’e göre yorum, pek çok hukukçu tarafından mevcut hukukun açıklanması olarak nitelenir. Hâlbuki düşünüre göre yorum, zorunlu olarak yorumcunun katkısıyla, yorumlanan şeye belli şeyler katılarak yapılır. Bu sebeple yorum faaliyetleri yeni hukuk yaratma faaliyetidir. Austin yorum konusundaki analizleri bu mevcut hatalı algıya karşıdır.¹⁰

Hart’ın da hukukun yorumlanmasıyla ilişkin bir doktrini yoktur. Hart yo-

rum tartışmalarını hukukun belirsizliği ve dolayısıyla açık dokulu yapısına ilişkin bir öge olarak görür. Düşünür, belli bir yorum yönteminin tercih edilmesine ilişkin hukuki veya ahlâki bir sebep öne sürmez. Hangi yorum yönteminin tercih edileceği veya edilmesi gerektiği hukuk tarafından çoğu vaka da hükme bağlanmamıştır, bu sebeple yorum takdiri bir meseledir.¹¹

Kelsen de hukukun yorumlanması konusunda bir taraf almaz. Kelsen’e göre hukukun nasıl yorumlanması gerektiği meselesi hukukun içinden bir çözüm getirilemeyeceğinden dolayı bir hukuk bilimi sorunu değildir. Hukukun nasıl yorumlanacağı takdiri bir mesele olduğundan Kelsen’in betimleyici saf hukuk bilimi bu konuda buyurucu bir önermede bulunmaz. Düşünür hukuk biliminin yorum konusunda sadece hukuk normlarının nasıl yorumlanabileceğine dair “olasılıkları” betimleyebileceğini ve bu sayede yasa koyuculara hukuk güvenliği hedeflerini gerçekleştirmeleri için öngörülerde bulunmalarına yardımcı olunabileceğini ifade eder.¹²

Raz, diğer önde gelen hukuki pozitivistlere kıyasla yorum konusunda daha fazla analiz sunmuştur. Bununla beraber Raz’ın yorum konusundaki analizleri de belli bir tekniğin veya

10 AUSTIN, 2015, s. 46.

11 HART, 1994, ss. 126-130; Ibid., ss. 204-205; Ibid., ss. 263-265.

12 Hans KELSEN, *Pure Theory of Law*, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, University of California Press, Berkeley 1967, ss. 348-356.

yaklaşımın benimsenmesi gerektiği yönünde bir önermede bulunmaz, yalnızca betimleyicidir. Raz'a göre ister sanat ister hukuk ister tarih alanındaki yorum faaliyetini anlamak ve onu iyi bir şekilde yapmak için yorumun nesnesine toplumsal bağlam dâhilinde ilgi duyma ve değer verme sebeplerine eğilmek gerekir. Bu sebepler, yorum konusu olan nesnelere türüne bağlı olarak değişir. Örneğin bir sanat eserinin yorumu ile bir kanun metninin yorumunda farklı dinamikler söz konusudur; çünkü bu farklı nesnelere dair ilgi duyma ve değer verme sebepleri farklıdır. Raz, hukukta ilk değer verilen unsurun devamlılık olduğuna işaret eder. Hukuk belli kamusal davranış standartları oluşturarak toplumsal yaşantıda istikrar ve düzen sağlar. Hukuk, bu devamlılığı temsil eder. İkinci olarak, otoriteyi haiz olma niteliğinden dolayı hukuka değer verilir. İlgili kamusal davranış standartları sadece var oldukları için değil, aynı zamanda hukuk tarafından, yasa çıkartma otoritesine sahip olduğu kabul edilen hukuki kurumlar vasıtası ile oluşturulduğu için kabul edilir ve kıymetli bulunur. Üçüncü olarak, hukuka toplumsal hayatın ihtiyaçlarını karşıladığı için değer verilir. Yazar bunu, hukuki gelişim olarak niteler. Dördüncü ve son olarak, hukuk, adil olmasıyla, özellikle de uygulama aşamasında adil olmasıyla

değerli görülür. Raz, bunu hakkaniyet olarak niteler. Hukukta yorum yapılırken, bu kültürel nesneye ilgi duyma ve değer verme sebeplerinden işte bu dört temel unsur ele alınır.¹³

Hukukun nasıl yorumlanması gerektiği sorusunda da Raz, işte bu dört unsura dikkat çeker. Devamlılık ve otorite unsurları, yapılacak yorumun yenilikçilikten ziyade muhafazakâr sınırlar içinde kalmaya yöneltir. Aşırı yenilikçi bir yorum, hukukun devamlılığını bozacak ve hukuku olağan yasa koyma otoritesi sahibi kurumlardan koparacaktır. Diğer yandan yazar, hukuki gelişim ve hakkaniyet unsurlarının da belli durumlarda yenilikçi yorumları destekleyebileceğini vurgular. Pekâlâ, aşırı muhafazakâr bir yorum da hukukun toplum ihtiyaçlarını karşılayamamasına, âtil kalmasına ve ciddi adaletsizliklere sebep olabilir. Bu nedenle Raz, yorumun bu unsurların somut olay özelinde değerlendirilmesi zorunluluğuna işaret eder. Belli hallerde yorumcunun, hukukun uygulanmasından doğan kısmi adaletsizlikleri, hukukun devamlılığını ve otorite yapısını korumak için kabul edilmesi icap edebilir. Başka durumlarda ise yorumcunun, büyük toplumsal ihtiyaçlara cevap vermek veya belli kişiler açısından gerçekleşebilecek büyük adaletsizlikleri engellemek için hukukun mevcut yapısını değiştirmesi

13 Jeffrey GOLDSWORTHY, "Raz on Constitutional Interpretation", *Law and Philosophy*, Cilt 22 (2003), Sayı 2, ss. 187-188.

ve değişimi de kendi eliyle sağlaması gerekebilir. Düşünür bu farklı ve belli vakalarda çatışan değer sebeplerinden dolayı yorumun nasıl yapılmasına dair genel bir kuramın ya da yaklaşımın doğru olmayacağını savunur.¹⁴ Her zaman muhafazakâr veya her zaman yenilikçi yorum yapılması hatalı olur. Bu yaklaşımlar ile ilişkilendirilen lafzi, sistematik, tarihsel veya amaçsal yorum yöntemlerinden sadece birinin her zaman her vakada uygulanması gerektiği de söylenemez.

Bununla beraber Raz, yorum faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceğine dair hukuki düzenlemelerin de olabileceğini belirtir. Belli hukuk sistemleri, yorumda kullanılacak bazı unsurlara izin verirken (örneğin meclis tutanakları, doktrin görüşleri gibi), başka sistemler buna imkân vermez. Ancak yazar, bu tip düzenlemelerin fazla ayrıntılı ve geniş kapsamlı olarak oluşturulmadığını veya oluşturulmadığını ifade eder. Bunun nedeni, bu kadar somut ve tekil olaylar ile ilişkili olan yorum faaliyetinin genel kurallar ile düzenlenmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıdır.¹⁵ Raz'a göre yorum, genel itibarıyla mevcut hukuk kuralları ile hükme bağlanmamış ve dolayısıyla takdiri bir meseledir. Yorum faaliyetinde hangi öğelerin önem arz ettiği anlaşılabilir; ancak tek tip bir yorum

tekniki veya yaklaşımı tüm yargılama süreci için savunulamaz.

3. Hukuki Pozitivistlerin Hukuka İtaat Yükümlülüğüne Dair Görüşleri

Hukuki pozitivizm, hukuka itaat yükümlülüğü konusunda muhafazakâr bir kuram olarak anlaşılmaktadır. Bu kapsamda hukuki pozitivizm, hâkimler başta olmak üzere resmi devlet görevlilerinin ve vatandaşların hukuka koşulsuz bir şekilde itaat etmelerini öğütleyen bir ideoloji olarak düşünülmektedir. Ancak hukuki pozitivist kuramın önde gelen düşünürlerinin hukuka itaat yükümlülüğü konusunda böylesi bir yaklaşımları yoktur. Hukuki pozitivistler, yasaların ne olduğu konusunda bu yasaların ahlâki niteliklerinden bağımsız betimleyici tespitler yapmakla beraber, hukuka itaat yükümlülüğü değerlendirmelerini bu betimlemelerden ayrı bir şekilde ele alırlar. Aşağıda sırasıyla Austin, Kelsen, Hart ve Raz'ın hukuka itaat yükümlülüğüne dair görüşleri sunulacaktır.

Austin'in hukuka itaate ilişkin görüşleri onun faydacı felsefesi ile şekillenmiştir. Faydacı felsefeye göre bir eylemin ahlâki değeri onun sonuçlarına bağlıdır. Buna göre Austin, hukuka itaatsizliğin genel itibarıyla

14 Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2009, ss. 233-239.

15 Joseph RAZ, "On the Authority & Interpretation of Constitutions", *Constitutionalism: Philosophical Foundations* içinde (Editör: Lawrence A. Alexander), Cambridge University Press, Cambridge 1998, ss. 279-280.

güvensizliği ve istikrarsızlığı arttırdığı için toplam hazzı azalttığına işaret ederek belli bir zararının olduğunu kabul eder. Ancak bununla beraber eğer söz konusu itaatsizlik daha iyi bir yönetimin ortaya çıkmasına yol açacak ise toplam faydanın artma olasılığı da vardır. Düşünür, hukuka itaatsizlik değerlendirilirken işte bu zarar ve faydalar çerçevesinde hedeflerin ve olasılıkların tartılması gerektiğini belirtir. Bu açıdan her koşulda itaat veya itaatsizlik yönünde bir kural düşünülemez; yalnızca sonuçlar doğrultusunda bu eylemin ahlâkiliği belirlenebilir. Austin bu konu özelinde hukuka itaatin koşulsuz bir şekilde benimsenmesi ve beklenmesinin oldukça olumsuz sonuçlara yol açtığını da ifade eder. Austin'e göre İngiliz İmparatorluğu, Amerikan Kolonileri için öngördüğü vergilere karşı çıkan bağımsızlık savaşında uzlaşma yönünde bir tavır alsa idi sorun barışçıl ve makul bir şekilde çözümlenebilirdi. Ancak dönemin politikacıları itaatsizliği asla kabul edilemez olarak niteledikleri için muazzam zararlara yol açan bir savaş çıkmış ve nihayetinde de İngiliz İmparatorluğu büyük bir kolonisini kaybetmiştir. Hukuka itaat konusunda faydacı bir anlayış tarafları makul olmaya yönelirken, köktenci bir yaklaşım tarafları tüm makul menfaatleri gözden çıkararak çatışmaya götürür.¹⁶

Kelsen, saf hukuk kuramının hiçbir şekilde devlet otoritesini des-

tekleyen bir ideoloji olmadığını ve hukuki normların ahlâki geçerlilik ve itaat yükümlülüğünden bağımsız olduğunu belirtir. Düşünüre göre hukuk normlarına itaatin gerekçesi onlara geçerlilik sağlayan bir üst normdan gelir. Tüm hukuk normları, söz konusu hukuk sisteminin maddi anlamda anayasasının geçerlilik ölçütünden geçerliliklerini alırlar. Bu anayasanın geçerliliği ise pozitif bir hukuk normu ile gerekçelendirilemez, varsayılması gerekir. Kelsen anayasaların geçerliliğini *Grundnorm* kavramı ile açıklar. *Grundnorm*, anayasasının geçerliliğini varsayan normdur. Bu norm bir varsayımdır, herhangi bir ahlâki veya pozitif temeli yoktur. Hukukçular, yasaların geçerliliklerini bu varsayım dayandırarak hukuki akıl yürütme yapar. Ancak bu hukuki akıl yürütme, mutlak anlamda geçerli değildir. Bu sadece "hukukun bakış açısından" geçerlidir. Kelsen, ahlâki bir görecelilik taraftarı olarak hukukun itaat talebinin mutlak anlamda geçerli olamayacağı görüşündedir. Hukuk sadece hukukun bakış açısını benimseyenler açısından bağlayıcıdır ve itaat yükümlülüğü doğurur. Hukukun bakış açısını benimsemeyenler açısından böyle bir yükümlülük yoktur. Hukukçular, hukukun bakış açısının geçerli olduğunu "varsayarak" mesleki faaliyetlerini yürütürler, mutlak bir geçerlilik iddiasının temeli olamaz.¹⁷ Kelsen'in saf hukuk kuramı hukuk normlarının ve sistem-

16 AUSTIN, 2015, ss. 63-66.

17 Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, Transaction Publishers, New Brunswick 2005, ss. 58-60; *Ibid.*, ss. 392-397.

lerinin betimlenmesinden ibarettir; bu sebeple mevcut hukuku benimsemeye ve muhafaza etmeye yönelik ideolojik bir tutumdan uzaktır¹⁸.

Hart, hukuk sisteminin var olmasından kaynaklı koşulsuz bir hukuka itaat yükümlülüğü anlayışını kabul etmez. Düşünür hukuka itaat yükümlülüğü konusunda toplumsal yaşamın getirdiği karşılıklı sınırlamalara işaret eder. Bu bağlamda Hart, kişilerin toplumsal işbirliğinden faydalanmalarından dolayı bu yapının gereklerine uygun davranmalarına ilişkin belli ödevleri olduğunu belirtir. Buna karşılık da resmi devlet görevlilerinin otoritesi oluşur. Ancak bu model, içerikten bağımsız bir şekilde vatandaşların koşulsuz bir itaat yükümlülüğü altında olduğu veya resmi devlet görevlilerinin otoritesinin mutlak olduğu iddiasında değildir.¹⁹ Bu çerçevede Hart, hukuka itaat yükümlülüğünün vatandaşlar arasında karşılıklı saygı, rıza ve iş birliğine dayanan bir nevi “*fair-play*” koşullarında söz konusu olabileceği görüşündedir²⁰.

Raz ise hiçbir koşulda hukuka itaat yükümlülüğünün olmadığı görüşündedir. Düşünür, hukuka itaat yükümlülüğünü hukuka “hukuk olduğu için” itaat edilmesini ifade eden bir yükümlülük olarak ele alır. Raz bu görüşü ile iyi,

adil yasaların öngördüğü şekilde eylemlerde bulunmanın yanlış olduğunu savunmaz. Bu açıdan hırsızlığı, tecavüzü, cinayeti yasaklayan hukuk kurallarının öngördüğü şekilde doğal olarak hırsızlık yapılmamalı, tecavüz edilmeli, cinayet işlenmemelidir. Ancak bu eylemlerin yapılmaması gerektiğine dair ahlâki sebepler zaten mevcuttur, hukukun varlığından kaynaklanan sebepler gerekli veya belirleyici değildir. Diğer taraftan adil olmayan yasalara itaatsizliğin, toplumsal kargaşaya yaratabileceği veya başkalarına kötü örnek oluşturabileceği endişelerine karşı ise Raz bu olasılıkları değerlendirilmesi gereken unsurlar olarak niteler, mutlak olarak itaati gerektiren zorunluluklar olarak değil. Örneğin belli hallerde itaatsizlik söz konusu hukuk sisteminin iyileştirilmesi ve böylece toplumsal düzenin uzun vadede daha iyi bir şekilde tesis edilmesi için olumlu bir etki de yaratabilir. Öte yandan Raz adil ve meşru kurumları koruma ve geliştirme yönünde vatandaşların ahlâki yükümlülükleri olduğunu savunur. Ancak bu yükümlülüklerin gerektirdikleri mutlak yasal olmayabilir. Örneğin kimi zaman yozlaşmış yönetimleri değiştirmek veya engellemek için bazı hallerde yasaklanmış siyasi eylemlerin ger-

18 Hans KELSEN, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çeviren: Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016, ss. 17-19.

19 H. L. A. HART, “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, Cilt 64 (1955), Sayı 2, ss. 185-186.

20 Sercan GÜRLER, “Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72 (2014), Sayı 1, ss. 278-280.

çekleştirilmesi gerektirebilir. Ancak hukuka uygun tüm eylemler de adil ve meşru kurumları koruma ve geliştirme yükümlülüğünü her zaman sağlamaz. Kışkırtıcı söylemler, eylemler, grevler gibi siyasi hareketler her ne kadar yasal olsalar dahi adil ve meşru kurumlara yasadışı eylemlerden daha fazla zarar verebilir. Bu yükümlülük, hukuka itaatten bağımsız olarak siyasi ve ahlâki değerlendirmelere bağlıdır, sadece yasaların ne talep ettiğine bakılarak açıklanamaz.²¹

Bu başlık altında hukuki pozitivistlerin aldığı siyasi pozisyonlara da bakmak gerekir. Hukuki pozitivizm mevcut hukuk kurallarının oluşturduğu siyasi statükoyu muhafaza etme gayesinde olan bir kuram olarak da anlaşılmaktadır. Buna karşın hukuki pozitivism, statükonun betimlemesini sunmakla beraber mevcut sistemin sırf var olmasından dolayı ahlâki veya siyasi olarak benimsenmesi gerektiği fikrini de reddeder. Hukuki pozitivistler açısından hukuk, bir insan ürünüdür. Birçok hukuk sistemi, kendisini üstün bir değerden (mesela Tanrı'dan) veya siyasi bir idealden (örneğin kutsal bir hanedandan, tarihsel bir ülküden veya milletin yanılmaz iradesini temsil eden bir parlamentodan) geldiğini ileri sürer. Ancak hukuki pozitivism, hu-

kukun geçerli olması ile onun ahlâken meşru olması arasında bir ayırım olduğunun altını çizer. Örneğin, Hart'ın kuramındaki resmi devlet görevlilerinin tanıma kuralını kabul etmeleri, toplumsal bir olgu olarak ele alınmaktadır. Bu bir betimlemedir. Pekâlâ, resmi devlet görevlileri söz konusu toplumsal pratikleri ahlâken yanlış bir şekilde benimseyip bunları gayriahlâki bir kural haline getiriyor da olabilir. Raz da hukukun meşru otorite iddiasında bulunduğu tespitinde hukuk sistemlerinin bir olgu olarak meşru olduklarını ifade etmez. Bu sistemler iddialarında haksız da olabilirler. Vatandaşlar da arzu etmeseler de zorunluluktan bu iddiayı kabul ediyor veya ahlâken yanlış bir yargıda bulunarak hukuk sisteminin meşruluk iddiasına hak veriyor olabilirler.²²

Hukuki pozitivistlerin kariyerlerine bakıldığında da bu eleştirilerin gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkar. Austin, ülkesi Britanya İmparatorluğu'nun kolonizasyon politikalarını sert bir şekilde eleştirmiştir²³. Kelsen, Avusturya'da anayasa mahkemesinin kuruluş çalışmalarında rol almış ve anayasa mahkemesinde görev yapmıştır. Kelsen, bu görevinden siyasi sebeplerden dolayı azledilmiştir. İktidara gelen Sosyal Hristiyan Parti, Kelsen'in dini

21 Joseph RAZ, *Özgürlük Ahlakı*, Çeviren: Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya 2016, ss. 95-96.

22 Brian LEITER, "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, Cilt 66 (2009), Sayı 3, ss. 165-169.

23 Bakınız: AUSTIN, 2015, ss. 65-66.

hassasiyetlere ters gelen özgürlükçü kararlarından ötürü onu görevinden uzaklaştırmıştır²⁴. Kelsen aynı zamanda uluslararası hukukun kurumsallaşması için çalışmış ve hukuk sayesinde savaşların engellenmesini hedeflemiştir²⁵. Hart, Birleşik Krallık'ta eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması için önemli bir gayret göstermiş ve bu konudaki ilerlemeci yasama faaliyetlerine destek olmuştur²⁶. Raz bir İsraili olarak İsrail devletinin Filistinliler üzerinde kurduğu tahakküm konusunda muhalif bir pozisyondadır²⁷. Düşünür aynı zamanda İsrail ordusundaki askerlerin vicdani ret haklarını savunmaktadır²⁸. Görüldüğü üzere, hukuki pozitivizmin önde gelen temsilcileri hukuka itaat yükümlülüğü konusunda muhafazakâr bir çizgi benimsemedikleri gibi mevcut hukuka karşı oldukça eleştirel bir tutum takınmaktadırlar.

4. Hukuki Pozitivizme Dair Mevcut Algının Kaynakları

Yukarıda verilen açıklamalar karşısında hukuki pozitivizmin neden aslına aykırı bir şekilde anlaşıldığı sorusu akla gelecektir. Bu soruya cevap vermek için ilk önce Kıta Avrupası'ndaki hukuk öğretisine bakmak gere-

kir. Fransa'daki Egzejetik Okul, Almanya'daki Tarihçi Hukuk Okulu ve Pandekt Bilimi, "pozitivizm" kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Bu yaklaşımlar mahkemelerin hukuk yaratıcılığından kaçınarak mevcut yasaları uygulamasını ve hukuka itaati savunmuşlardır. Bu kuramlar, doğal hukuk tezlerini eleştirdikleri ve yasalar gibi toplumsal olgulara odaklandıkları için hukuki pozitivizm çerçevesine yerleştirilmeleri anlaşılır bir durumdur. Bu akımlar gerçekten de kendi dönemlerinin (ağırlıklı olarak 19. yüzyıl) şartları itkisiyle yeni ortaya çıkan yasaların yeknesak şekilde uygulanması ve hukukun birliğinin sağlanması amacıyla hâkimlerin takdirlerini kısıtlamaya, hukukun kısıtlı bir şekilde yorumlanmasına ve mevcut hukuk sisteminin muhafazasına odaklanmıştır. Arka planlarındaki siyasi güdüler de bu yöndedir. Bu sebeple devleti önceleyen ve mutlakiyet eğilimli taraflar da mevcuttur. Ancak kodifikasyon tartışmalarının yaşandığı Fransa ve Almanya'da etki yaratan bu akımlar, Anglosakson hukuk felsefesinde bir iz bırakmadığı gibi günümüzde Kıta Avrupası ülkelerinde de ağırlığını yitirmiştir. Demolombe (Egzejetik Okul), Savigny (Tarihçi Hukuk Okulu), Windscheid (Pandekt Bilimi) gibi düşünürler bu akımların temsilci-

24 Nicoletta B. LADAVAC, "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", *European Journal of International Law*, Cilt 9 (1998), Sayı 1, s. 392.

25 Bakınız: Hans KELSEN, *Peace Through Law*, New York, 1944.

26 Bakınız: H. L. A. HART, *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, Magnes Press, Oxford 1965; H. L. A. HART, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, 4. Baskı, Çeviren: Erol Öz, Dost Kitabevi, İstanbul 2015.

27 LEITER, 2009, s. 168.

28 Bakınız: Joseph RAZ, "Bound By Their Conscience", *Haaretz*, 31.12.2003, (Son erişim tarihi: 1.1.2020)

leridir. Fakat bu temsilcilerin eserleri ve kuramsal iddiaları artık günümüz hukuk felsefesi eğitimi ve araştırmalarının merkezinden uzaklaşmıştır.²⁹

Bu farklılaşma Kıta Avrupası hukuk felsefesi yazınında da artık kabul edilmiştir. Hukukun teşhis ve tespiti ile ona sadakat ve itaati bir tutan “kanuni pozitivizm” (*Gesetzespositivismus*) ile modern “hukuki pozitivizm” (*Rechtspositivismus*) birbirinden ayrı değerlendirilmektedir³⁰.

Anglosakson hukuk felsefesinde de bu hatalı algının oluşmasına katkıda bulunabilecek bir hukuki pozitivist mevcuttur: Jeremy Bentham. Bentham, Kıta Avrupası’ndaki yaşanan kodifikasyon hareketinin Britanya’da da gerçekleşmesini desteklemektedir. Düşünür, yargıda kodifikasyon sayesinde sağlanacak yeknesaklığın hukuk güvenliğini getireceğini ve böylece faydacı felsefenin hedefi olan toplam faydayı arttıracaklarını savunur. Bu sebeple Bentham, hâkimlerin geniş takdir yetkilerine ve serbest yorum metotlarına temkinli yaklaşır.³¹ Ancak belirtmek gerekir ki Bentham bu konuda bir hukuk reformu önerisi getirmektedir; hukuka dair kavramsal bir iddiada bulunmaz.

Yukarıda ifade edilen istisnalar mevcut algıyı açıklasa da bu algının doğru olduğunu göstermez. Önceki başlıklarda ifade edildiği üzere hukuki pozitivistin önde gelen temsilcileri, formalizm, lafzi yorum veya hukuka itaat yükümlülüğü konularında hukuki pozitivizm ile ilişkilendirilen bu görüşleri taşımamaktadır.

SONUÇ

Modern hukuki pozitivist kuramın esas temsilcileri olan Austin, Kelsen, Hart ve Raz’ın formalizm, yorum ve hukuka itaat yükümlülüğüne ilişkin görüşleri ile Türkiye’deki hukukçuların hukuki pozitivistlere dair algısı uyumsuzdur. Modern hukuki pozitivistler formalist bir hukuk anlayışını kabul etmemektedir, lafzi yorumu benimsememektedir ve hukuka itaat yükümlülüğüne temkinli yaklaşmaktadır. Mevcut hatalı algının sebepleri arasında 19. yüzyıl Kıta Avrupası hukuki pozitivist yazını ile Bentham’ın kodifikasyon savunusu sayılabilir. Türkiye, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiştir ve bu sebeple de Türk akademisinin ağırlıklı bir kısmı, başta Almanya ve Fransa olmak üzere Kıta Avrupası ülkelerindeki öğretiyi takip etmiştir. Ancak günümüz hukuk

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

30 Nikolaus FORGO/Alexander SOMEK, “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, *Neue Theorien des Rechts* içinde (Editörler: S. Buckel ve diğerleri), 2. Baskı, Lucius & Lucius, Stuttgart 2009, ss. 254-260.

31 Jeremy BENTHAM, *Of Laws in General*, Editör: H. L. A. Hart, Continuum International Publishing, Londra 1970, ss. 156-183.

felsefesindeki ağırlık merkezi Kıta Avrupası akımlarından uzaklaşmıştır. Modern yaklaşımların eğildiği sorular ve bu sorulara verdikleri cevaplar farklıdır. Hukuk felsefesindeki kuramsal çalışmalarda ve hukuk felsefesinden yararlanan diğer hukuk çalışmalarında bu farklılığın gözden kaçırılması sebebiyle bu kuramdan tam manasıyla yararlanılamamaktadır. Bu hatalı algının kalkması ile hukukçular bu kuramın tespit ve çıkarımlarını asıllarına uygun bir şekilde anlayabilir ve çalışmalarında kullanabilir.

KAYNAKÇA

- ARIKAN, Engin: *Sert Pozitivizm*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- AUSTIN, John: *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Tekin Yayınları, İstanbul 2015.
- AUSTIN, John: *The Province of Jurisprudence Determined*, Editör: Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- BARATTA, Alessandro: “Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer ‘naturechtliche’ Apologie des Rechtspositivismus”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt 54 (1968), Sayı 3, ss. 325-349.
- BENTHAM, Jeremy: *Of Laws in General*, Editör: H. L. A. Hart, Continuum International Publishing, Londra 1970.
- FORGO, Nikolaus/SOMEK, Alexander: “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, *Neue Theorien des Rechts* içinde (Editörler: Sonya Buckel ve diğerleri), 2. Baskı, Lucius & Lucius, Stuttgart 2009, ss. 254-260.
- GOLDWORTHY, Jeffrey: “Raz on Constitutional Interpretation”, *Law and Philosophy*, Cilt 22 (2003), Sayı 2, ss. 167-193.
- GÜRLER, Sercan: “Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72 (2014), Sayı 1, ss. 265-292.
- HART, H. L. A.: “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, Cilt 64 (1955), Sayı 2, ss. 175-191.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford 1994.
- KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, Transaction Publishers, New Brunswick 2005.
- KELSEN, Hans: *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye çeviren: Michael Hartney, Oxford University Press, New York 2011.
- KELSEN, Hans: *Pure Theory of Law*, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, University of California Press, Berkeley 1967.
- KELSEN, Hans: *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çeviren: Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016.
- LADAVAC, Nicoletta B.: “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, *European Journal of International Law*, Cilt 9 (1998), Sayı 1, ss. 391-400.
- LEITER, Brian: “The Radicalism of Legal Positivism”, *National Lawyers Guild Review*, Cilt 66 (2009), Sayı 3, ss. 165-172.
- RAZ, Joseph: “Authority, Law, and Morality”, *The Monist*, Cilt 68 (1985), Sayı 3, ss. 295-324.
- RAZ, Joseph: *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, New York 2009.
- RAZ, Joseph: “On the Authority & Interpretation of Constitutions”, *Constitutionalism: Philosophical Foundations* içinde (Editör: Lawrence A. Alexander), Cambridge University Press, Cambridge 1998, ss. 152-193.
- RAZ, Joseph: *The Authority of Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2011.
- RAZ, Joseph: *Özgürlük Ahlakı*, Çeviren: Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya 2016.