

HART VE DWORKIN'E KARŞI OTORİTE OLARAK HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Sururi AKTAŞ*

*Abstract*This article examines the concept of authority, which is seen by Joseph Raz as a compulsory condition for a legal concept, and incorporation and coherence theses. The concept of authority leads Raz to an understanding that law is source-based. This can be articulated as "the source thesis". For this reason Raz takes a position against "the incorporation thesis" defended by H. L. A. Hart and "the coherence thesis" argued by Ronald Dworkin. The views (the source thesis) defended by Raz labeled him as a "exclusive positivist and the incorporation thesis claimed by Hart labeled him as "inclusive positivist.

Key Words: Joseph Raz, H. L. A. Hart, Ronald Dworkin, authority of law, inclusive positivism, exclusive positivism, coherence thesis, incorporation thesis, source thesis.

I. ÇALIŞMANIN KONUSU VE KAPSAMI

Bu makale çalışması, Joseph Raz'ın bir hukuk sistemi için önemli saydığı "otorite" kavramını ve Raz açısından bu kavramla uyumsuzluk içinde bulunan "dahil edici tez" (incorporation thesis) ile "tutarlılık tezi"ni (coherence thesis) incelemeyi amaçlamaktadır. Raz, otorite kavramına dayanarak, H. L. A. Hart tarafından savunulan "dahil edici tez" ile Ronald Dworkin tarafından savunulan "tutarlılık tezi"ne karşı gelmektedir. Çünkü Raz açısından söz konusu iki tez otorite kavramıyla bağdaşmamaktadır. Otorite kavramını kaynak temelli (source-based) teze bağdaştıran Raz, dışlayıcı pozitivist (exclusive positivist) olarak nitelendirilmektedir¹.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

¹ Himma, Kenneth E., "Inclusive vs. Exclusive Positivism" in "Legal Positivism", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.utm.edu/research/iep/l/legalpos.htm> (20.11.2003)

Çalışmamızda önce Raz'ın otorite kavramını ele alacağız. Daha sonra dahil edici tez ile tutarlılık tezini Raz'ın teorisi açısından değerlendireceğiz.

II. RAZ'DA OTORİTE KAVRAMI

Joseph Raz analitik hukuk bilimine katkı yapan önemli hukuk düşünürlerinden biridir. Raz'ın hukukun niteliğine ilişkin tartışması, hukuk için zorunlu olan nedir sorularıyla ilgilidir². Bu anlamda otorite kavramı Joseph Raz'ın hukuk sistemi için oldukça önemlidir. O, hukuk kavramını ve hukuksal geçerliliği otorite kavramı üzerine dayandırır. Raz'a göre otorite, meşru otorite ve fiili *-de facto-* otorite olmak üzere ikiye ayrılır. Meşru otorite ise pratik ve teorik otorite olarak ikiye ayrılır. Raz'ın ilgilendiği pratik otoritedir³. Pratik otorite eylemler için bir neden oluştururken, teorik otorite inançlar için bir neden teşkil edebilir. Raz bu konuya ilişkin olarak şunları söyler:

“Eylem için nedenler ile inanç için nedenler arasındaki ayrım, pratik otorite ile teorik otoriteyi birbirinden ayırt etmeye yetse de, söz konusu ayrım otorite ile diğer insanları birbirinden ayırt etmeye yetmez”⁴.

Raz için önemli olan, eylemler için diğer nedenleri dışarıda bırakan otoritenin üstünlük karakteridir. Bu anlamda otoritenin kabulü, bir kimsenin hukuk alanında moral özerkliğinin reddidir⁵. Bundan dolayı şunu söyleyebiliriz. Hukuk otoritesi, kendi öznelerine uygulanmak üzere eylemler için bazı haklı nedenleri yansıtır. Bu hukuksal nedenler, öznelerin kendi eylem nedenlerini ikame eder. Hukuk otoritesi bağlayıcı neden olarak kabul edildiği zaman, bir kimse kendi öznel nedenlerini takip etme yerine hukukun buyurduğu nedenlere göre davranacaktır. Raz, yürürlükte bulunan bir hukuk sisteminin zorunlu olarak fiili *-de facto-* otoriteye sahip olduğunu varsayar. Fiili otorite, ya meşru otoriteye sahiptir veya öyle olduğuna inanılır. Dolayısıyla Raz'ın ilgilendiği otorite, pratik meşru otorite veya öyle olduğu kabul edilen otoritedir. Raz'a göre bir hukuk sistemi, meşru otoriteye sahip olamamasına karşın veya kendisinin iddia ettiği ölçüde meşru otoriteye sahip olamamasına karşın, yine de meşru otoriteye sahip olduğunu iddia eder. Raz açısından, eğer otorite hukukun niteliğinin bir parçası ise, meşru otoriteye sahip olma

² Bix, Brian, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, vol. 22, issue 6, 2003, s. 537.

³ Raz, Joseph, *Ethics in The Public Domain*, Revised Edition, Clarendon Press-Oxford 1996, s. 211-212.

⁴ Raz, s. 212.

⁵ Raz, s. 212.

yeteneğini taşıması gerekir⁶. Hukukun otorite talebi, hukuksal kurumları resmi olarak otorite biçiminde dizayn edilmesi gerçeği ile kendini gösterir. Bu şekilde kurgulanan hukuksal kurumlar, öznelerine borç yüklenme hakkını kendilerinde görürler⁷.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Raz'ın hukuk kavramına ilişkin tezlerine baktığımızda ilk önce "otorite tezi" ile karşı karşıya kalırız. Otorite tezine göre, her hukuk sistemi gönülden meşru otorite olmayı talep eder⁸. Ancak otorite olmak için başka bir tez olan "yansıtma tezi"ne (instantiation thesis) gereksinim vardır. Bu teze göre, bir hukuk sistemi meşru otorite olmayı talep edebilmesi için, meşru otoriteye sahip olma yeteneğini taşıması gerekir. Eğer bir hukuk sistemi meşru otorite olma yeteneğine sahip değilse hukuk sistemi olarak nitelendirilemez⁹. Bir hukuk sisteminin meşru otorite olma yeteneğine sahip olabilmesi için de daha başka tezleri karşılaması gerekir. Bu tezler Raz'ı otorite kavramının temelini oluşturur. Söz konusu tezleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Bağımlılık tezi: Otoriteyle ilgili bütün direktifler, diğer faktörler yanında, bu direktiflerin öznelerine uygulanacak nedenlere¹⁰ (reasons) dayanması gerekir. Raz bu nedenleri "bağımlı nedenler" olarak nitelendirir.

Normal haklılaştırma tezi: Bir kimsenin diğeri üzerinde otorite olarak kabul edilmesinin normal ve başlıca yolu şunun gösterilmesine bağlıdır: Eğer bir kimse, iddia edilen otoritenin direktiflerini bağlayıcı olarak kabul edip kendine uygulanacak nedenleri doğrudan izleme yerine otoritenin nedenlerini izlediği zaman kendisine uygulanacak (haklı) nedenlere (veya pratik aklın gereklerine) daha büyük olasılıkla uymuş olacaksa, bir otoriteden söz edebiliriz.

Üstünlük tezi: Otoritenin bir eylemin yapılmasını gerektirmesi gerçeği, o eylem için bir nedendir. Bu neden diğer nedenleri ikame eder¹¹.

⁶ Raz, s. 215; Bix, *Raz on Necessity*..., s. 538.

⁷ Raz, s. 215-216.

⁸ Himma, Kenneth E., "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism", *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, vol. 20, issue 1, 2001, s. 62.

⁹ Himma, *The Instantiation Thesis*...s. 62.

¹⁰ Bu nedenleri, haklı nedenler veya haklı gerekçeler olarak anlayabiliriz.

¹¹ Raz, 214; Durning, Patrick, "Joseph Raz on The Instrumental Justification of a Duty to Obey The Law" *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, vol. 22, issue 6, 2003, s. 599; Aiyar, S., "The Problems of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal

Üstünlük tezinin kabul edilebilmesi için, bağımlılık tezi ile normal haklılaştırma tezinin karşılanması gerekir¹². Çünkü üstünlük tezi açısından, hukuk olarak otoritenin nedenleri, diğer nedenleri, yani öznelerin ne yapılmasına ilişkin kendi değerlendirmelerini dışarıda bırakmaktadır. Otoritenin yansıttığı nedenlerin bu tür bir üstünlüğe sahip olabilmesi, bağımlılık tezi ile normal haklılaştırma tezinin koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır. Bağımlılık tezi, otoritenin direktiflerine yol göstermesi gereken düşüncelerin genel karakteriyle ilgilidir¹³. Otorite olarak hukuk kuralları haklı nedenlere veya pratik aklın gereklerine dayanması gerekir. Normal haklılaştırma tezi açısından ise, bir kimse otoritenin direktiflerini bağlayıcı kabul edip bu nedenlere göre davrandığı zaman, kendi değerlendirmelerini izlemekten daha makul bir durum ortaya çıkıyorsa, hukuksal otoritenin varlığından söz edilir. Böyle bir otorite, üstünlük tezi açısından bir kimsenin kendi nedenlerine dayanmasının yerine geçer. Konunun daha iyi anlaşılması için bir örnek vermemiz yararlı olacaktır. Varsayalım ki A isimli bir kişi kendi taşıma aracı ile nakliyecilik yapmaktadır. A taşıma aracını ne kadar hızlı kullanırsa o kadar çok para kazanacaktır. Ancak trafik kuralları belirli bir hız sınırı getirmektedir. Bağımlılık tezi açısından baktığımızda trafik kurallarının sınırı öngörmesi belirli nedenlere (gerekçelere) dayanır. Bu nedenler trafik kazalarının engellenmesini amaçlar. A bu trafik kurallarına uymakla yükümlüdür. Çünkü normal haklılaştırma tezi açısından baktığımızda A daha çok para kazanmaya dönük kendi hız tercihi yerine trafik kurallarının öngördüğü hız sınırına uyduğu zaman kendisi dahil herkes için en tehlikesiz biçimde aracını kullanmış olacaktır. Dolayısıyla trafik kurallarının yansıttığı nedenler, üstünlük tezi açısından A'nın kişisel hız anlayışının dayandığı daha çok para kazanma nedenlerini dışlayacak ve onları ikame edecektir¹⁴. Ancak otorite kavramı Raz için mutlak değildir. Bazı durumlarda otorite kavramı yerine öznelerin kendi kişisel değerlendirmeleri geçebilir. Örneğin Raz açısından dünyanın yaşayan en iyi eczacısı, ilaçların kullanımı ile ilgili hukuksal düzenlemeleri yanlış veya yetersiz bulursa bu düzenlemelere ahlaken uyma yükümlülüğü yoktur.

"Obligation" *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands vol 19, issue 4, 2000, s. 471-472; Mian, Emran, "The Curious Case of Exclusionary Reasons", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XV, No. 1, (January 2002), s. 102-104.

¹² Aiyar, s. 472.

¹³ Bogg, Alan L., "In Defence of Correlativity: Authority, Autonomy and Mistaken Legal Directives", *Ratio Juris*, vol. 15, no. 1, 2002, s. 87.

¹⁴ Bkz. Durning, s. 600.

Burada söz konusu eczacının bilgisi üzerinde hukukun otoritesinden söz edilemez¹⁵.

Raz otorite kavramını daha iyi açıklayabilmek için tahkim kurumunu örnek gösterir. Varsayalım ki iki kişi bir uyuşmazlığın çözümü için bir hakeme başvurmuş olsunlar. Bu durumda hakemin uyuşmazlığın çözümünde otoritesi söz konusudur. Çünkü taraflar hakemin kararının bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir. Hakemin kararı eylem için bir nedendir. Raz bu nedeni "bağımlı neden" olarak nitelendirir. Ancak hakemin kararının dayandığı başka nedenler de vardır. Bu nedenler de bağımlı nedenlerdir. Hakem o şekilde davranmalıdır ki, kararı uyuşmazlığın taraflarına uygulanacak nedenleri yansıtın. Hakemin kararı gerçekte nedenler dengesini yansıtmayabilir; yansıtması gerektiği veya yansıttığı varsayılır. Uyuşmazlığın tarafları nedenler dengesine ilişkin kendi değerlendirmeleri yerine, hakemin kararını izlerler¹⁶. Çünkü hakemin kararı ve bu kararın dayandığı nedenler, tarafların kendi nedenlerinin yerini almıştır. Başka bir anlatımla, hakemin kararının taraflar üzerinde otoritesi söz konusudur. Ancak öyle durumlar olur ki, hakemin kararına itaatsizlik haklılaştırılabilir. Eğer hakemin kararının taraflara uygulanacak nedenler dengesini yansıtmadığı kanıtlanırsa, söz konusu karar otorite olma gücünü kaybeder¹⁷. Örneğin Raz'a göre hakem karar verirken rüşvet aldıysa veya aklı dengesi yerinde değildiyse, taraflar kararı tanımayabilirler¹⁸.

Raz'a göre bağımlılık tezi ile normal haklılaştırma tezi, otoritenin hizmet olarak tanımlaması (service conception of authority)'dır. Bu iki tez, otoriteyi, kişilerle haklı nedenler arasında arabuluculuk yapan bir kavram olarak görür. Üstünlük tezinde ise hizmet kavramı zımnen yer alır¹⁹. Dolayısıyla hukuk kuralları eylem için haklı nedenleri göstererek toplumlardaki koordinasyon problemini çözer.

15 Bkz. Raz, s. 348.

16 Raz, s. 212.

17 May, Thomas "On Raz and The Obligation to Obey The Law", *Law and Philosophy: An International Journal For Jurisprudence and Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, vol. 16, issue 1, 1997, s. 27.

18 Raz, s. 213.

19 Raz, s. 214.

III. OTORİTE KAVRAMI AÇISINDAN DAHİL EDİCİ (INCORPORATION) TEZ

Dahil edici tez H. L. A. Hart'ın tanıma normunun (rule of recognition) niteliği ile ilgilidir. Hart'ın hukuk felsefesinde bir hukuk sistemi primer ve sekonder normlardan oluşur. Primer normlar doğrudan insan davranışlarının nasıl olması gerektiği ile ilgili iken, sekonder normlar, primer normların kendileriyle ilgilidir²⁰. Sekonder normlar, tanıma normu, değiştirme normu ve yargılama normu olarak üçe ayrılır. Konumuz bakımından önemli olan tanıma normu, primer normların hangi koşullarda geçerli olacağını ve uyumsuzluk durumunda primer normların içeriğini ne olduğunu belirlememize yarar²¹. Hart, hukuksal geçerlilik ile ahlaksal geçerliliği birbirinden ayırt eden bir hukuksal sistemden yanadır. Hart açısından böyle bir sistem, her iki alanın karmaşıklığını ve değişebilirliğini fark etmemize yardımcı olur²². Ancak Hart bir taraftan hukuksal geçerlilik ile ahlakı birbirinden ayırarak "ayrılabilirlik" tezine bağlı kalmakta, diğer taraftan da kapsayıcı pozitivizmi kabul ederek tanıma normunun, hukuksal geçerlilik için bazı ahlaksal standartları hukuk sistemine dahil edebileceğini söyler. Örneğin ABD Anayasasına yapılan XIX. ekin, cins ayrımına dayanarak oy hakkını ortadan kaldıran yasaları yasaklaması gibi²³. Söz konusu ek, yasalara ahlaksal bir standart getirmektedir. Ancak, ahlakın tanıma normunda hukuksallık kriteri olması iki biçimde olur; zorunlu koşul biçimi (necessary condition), yeterli koşul biçimi (sufficient condition). Ahlak hukuksal geçerlilik için zorunlu koşuldur

20 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Second Edition, (with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994, s. 94.

21 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 3. baskı, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yayını, Ankara 1992, s. 121; Hart, tanıma normunun üstünde başka bir geçerlilik kuralının sözkonusu olmadığını söyler. Tanıma normunun varlığı bir gerçeklik sorunudur. (Sartorius, Rolf, "The Concept of Law", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, vol. 1996, Wiesbaden, Germany, s. 179). Sekonder normlardan değiştirme normu, yeni primer normların kimler tarafından ve nasıl konulacağı ve eskilerinin kimler tarafından kaldırılacağı ile ilgili hükümler getirir. (Hart, *The Concept of....*, s. 95). Yargılama normu, davranış kuralının ihlali halinde yargılamanın nasıl ve hangi usullerde yapılacağı ile ilgilidir. (Güriz, s. 122)

22 Hart, *The Concept of....*, s. 210-211.

23 Himma, Kenneth E., "Inclusive vs. Exclusive Positivism" in "*Legal Positivism*", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.utm.edu/research/iep/l/legalpos.htm>. (20. 11. 2003). Yine Hart'a göre bir hukuk sisteminin hukuksal geçerlilik için öngördüğü ölçüt, bazı adalet ilkelerini hukuksal sisteme dahil etmiş olabilir. Hart açısından bir hukuk sisteminin istikrarı kısmen bazı moral ilkelere bağlı olabilir. Eğer bu, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğu anlamına geliyorsa, bu anlamda bir bağın olduğu kabul edilmelidir. (Hart, *The Concept of....*, s. 204).

demek, bir normun hukuksal geçerlilik kazanması için asgari bazı ahlaksal gerekleri karşılaması gerektiğini kabul etmek anlamına gelir. Ahlak hukuksal geçerlilik için yeterli bir koşuldur demek, bazı ahlaksal gereklerin karşılanması hukuksal geçerlilik için yeterlidir düşüncesini kabul etmek demektir²⁴. Dahil edici tezin iki versiyonunu oluşturan iki koşul arasında önemli fark vardır. Dahil edici tezin zorunlu koşul versiyonu, yasaların belirli ahlaksal ilkelere göre çıkarılmaları gerektiğini buyurarak yasamanın iradesini sınırlar. Yeterli koşul versiyonu açısından, parlamento tarafından biçimsel olarak kabul edilip ilan edilmemiş bir norm dahi içerik olarak bazı ahlaksal kriterleri karşılamasından dolayı hukuksal geçerliliğe sahiptir. Hart'ın hangi tanıma normu versiyonunu kabul ettiği ile ilgili tartışmalara geldiğimizde şunları söyleyebiliriz: Hart'ın, tanıma normunun zorunlu koşul versiyonunu kabul ettiği ile ilgili bir kuşku yoktur. Hart, Dworkin'in kendisine yönelttiği "basit-olgu pozitivizm" (plain-fact positivism) eleştirisine yanıt olarak şunları söyler: Bu eleştiri, hukuksal geçerlilik için moral prensipleri veya tözel değerleri kriter olarak içeren bir tanıma normunu açıkça kabul ettiğimi görmezden gelmektedir. Yasama işleminin içeriğine sınırlama getiren ABD Anayasasının XVI. ve XIX. eklerini örnek gösteren Hart'ın, tanıma normunun zorunlu koşul versiyonunu kabul ettiği açıktır²⁵. Ancak Hart'ın, tanıma normunun yeterli koşul versiyonunu kabul edip etmediği tartışmaya açıktır. Hart'ın yeterli koşul versiyonunu bazı şartlarla kabul ettiğini gösteren yorumlar yapılabilir. Hart'ın bu düşünceleri Dworkin'in kendisine yönelik eleştirilerini yanıtlarken ortaya çıkar. Dworkin'e göre yargıcın zor davalarda prensiplere başvurması, Hart'ın pozitivizmiyle izah edilemez²⁶. David Lyons'un analizine göre Hart açısından tanıma normu resmi görevlilerin (officials) aktüel pratikleriyle de var olabilir. Yine Lyons'a göre Hart, sosyal pratiklerin (resmi görevlilerin pratiklerinin), tanıma normunun ortaya çıkmasına neden olmasına karşı gelmemektedir²⁷. Dolayısıyla Hart'la ilgili yukarıdaki analiz-

²⁴ Smith, Dale, "Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism", *Modern Law Review*, vol. 64, issue 5, 2001, s. 797.

²⁵ Bkz Hart, *The Concept of...*, s. 250.

²⁶ Bix, Brian, "Patrolling The Boundaries: Inclusive Legal Positivism and The Nature of Jurisprudential Debate" *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, no. 1, 1999, s. 18

²⁷ Lyons, David, "Principles, Positivism and Legal Theory" *The Yale Law Journal*, vol. 87, no. 2, Dec 1997, s. 423-424; Hart'a göre tanıma kuralı sosyal bir kuraldır. Bu sosyal kural, yargıçların birbiriyle örtüşen davranışlarının geleneksel bir pratiği tarafından oluşturulur. Dolayısıyla özgül bir toplumun tanıma kuralı, hangi kuralların geçerli olacağına karar veren resmi görevlilerin aktüel pratikleriyle meydana gelir. (Leiter, Brian, "Beyond

lere bakıldığında, *Riggs. v. Palmer* davasında yargıcın, “hiç kimse kendi hileli davranışından menfaat elde edemez” prensibine dayanarak büyükbabasını öldüren torunu yasada açık hüküm olmamasına karşın büyükbabasının mirasından yararlandırmaması Hart açısından hakkaniyetin gereği sayılmakta ve bu yüzden Dworkin’in Hart’a yönelttiği eleştirinin tabanı ortadan kalkmaktadır²⁸. Dolayısıyla buradaki prensip, salt moral değerlerin bir gereği olduğu için yargı kararıyla hukuk sistemine dahil edilmiştir. Söz konusu prensibin dayandığı tanıma normu, konvansiyonel olarak veya sosyal pratik olarak vardır. Bu örneğin ortaya çıkardığı durum, tanıma normunun yeterli koşul versiyonu olarak yorumlanabilir. Çünkü sözkonusu prensip, salt moral gerekleri karşıladığı için yargı kararına temel teşkil etmiştir. Buradaki tanıma normunun sosyal pratik olarak var olması da Hart açısından bir şeyi değiştirmez. Ancak çok önemli bir noktayı belirtelim ki **Hart’ın teorisinde parlamentodan geçmemiş bir norm, salt tanıma kuralındaki kriterleri karşıladığı için kendiliğinden hukuk sistemine dahil olamaz.** Hiç değilse bir normun tanıma kuralındaki kriterleri karşıladığının bir yargı kararıyla saptanması gerekir. Bu açıdan Hart’ın kapsayıcı pozitivisminin tam olarak tanıma normunun yeterli koşul versiyonunu karşılamadığı yorumu da yapılabilir.

Hart’a göre tanıma normunun içeriği üzerinde mantıksal sınırlamalar olamaz²⁹. Tanıma normunun kompleks bir yapıya sahip olabileceğini kabul eden Hart’a göre modern toplumlarda birden çok tanıma normu olabilir. İngiliz hukuk sistemini örnek gösteren düşünür, bu hukuk sisteminde hukukun hem yargısal kararlarla ve hem de parlamentonun yasama işlemiyle belirlendiğini söyler. Yine Hart’a göre öyle durumlar olabilir ki tanıma normuyla ilgili kriterler, mahkeme bir karar verinceye kadar belirsizliklerini sürdürebilirler³⁰. Yukarıdaki bilgilerin ışığında baktığımızda görürüz ki Hart, sosyal pratiklerle de tanıma normunun var olabileceğini benimsemiş ve salt bu tanıma normundaki ahlaksal gerekleri karşılayan normların da yargı kararlarıyla saptanması koşuluyla hukuk kuralı sayılacağını kabul etmiştir. Ancak hemen şunu belirtelim ki, Hart açısından bazı ahlaksal standartla-

The Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence” *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, (2003), s. 24.

28 Tartışmalar için daha geniş bilgi için bkz. Himma, Kenneth Einar, “Inclusive Legal Positivism” in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. by Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press 2002, s. 125-165.

29 Hart, H. L. A, “Book Review of ‘The Morality of Law’ (1964) by Lon L. Fuller, *Harvard Law Review*, vol. 78, issue 6, 1965, s. 1294.

30 Hart, Book Review of Morality.... s. 1293.

rın hukuksal geçerlilik için yeterli olabilmesi için tanıma normunda yer almaları gerekir. Tanıma normunun yasama işlemiyle veya mahkeme kararıyla ortaya çıkması farklılık arz etmez. Dolayısıyla Hart'ın *soft* pozitivizmi tanıma normunun oluşumunda konvansiyonların ve mahkeme pratiklerinin rolüne izin vermektedir. Başka bir anlatımla, eğer bir yasanın geçerliliği ile ilgili bir belirsizlik varsa, bu sorun Hart açısından mahkemenin bir tanıma normu kabul etmesiyle çözülebilir.

Jules Coleman da Hart gibi kapsayıcı hukuksal pozitivizmi savunan önemli bir yazardır. Coleman'a göre bütün pozitivistler hukuksal geçerlilik konusunda "sosyal gerçeklik" tezine bağlıdırlar. Sosyal gerçeklik tezi açısından bir şeyin hukuksallık kriteri olup olmaması, ilgili toplumdaki konvansiyon ve geleneklere bağlıdır. Ancak Coleman'ın da içinde bulunduğu kapsayıcı pozitivistler, özel ahlaksal gerekçelerin de aynı zamanda hukuksal geçerlilik kriteri olabileceğini ileri sürerler. Coleman'a göre, konvansiyonel ve pratik olarak kabul edilmiş tanıma normunda yer alması koşuluyla, bir normun ahlaksal liyakati, onun hukuksallığı için bir koşul olabilir³¹. Coleman, tanıma normunun bir hukuk sisteminde değişik amaçlara hizmet edebileceğini söyler. Bunlardan birincisi tanıma normunun metafizik fonksiyonudur. Tanıma normunun bu fonksiyonu, bir normun, bir hukuk sisteminin geçerli bir üyesi olup olmadığını belirlemede önemli bir rol oynar. İkincisi tanıma normunun semantik fonksiyonudur. Bu açıdan tanıma normu, hukukun genel ilkeleri için doğruluk koşullarının belirlenmesine yardımcı olur. Son olarak tanıma normunun epistemik fonksiyonu, hangi resmi eylemlerin geçerli olduğunun belirlenmesinde yargıçlara yol gösterirler³². Wilfrid J. Waluchow da Hart'ın kapsayıcı pozitivizmine destek veren bir düşünürdür. Waluchow, dışlayıcı pozitivizmin hukukla ahlak arasında sert bir ayrım yaptığını ve tanımlayıcı-açıklayıcı hukuk teorisi olarak, ahlakın hukuksal karar vermede oynadığı rolü açıklayamadığını söyler. Bu yazara göre kapsayıcı hukuksal pozitivizm, politik ahlak standartlarının sosyal kurumları ve onların aktivitelerini haklılaştırma ve eleştirmede rol oynadığını ve geçerli yasaların içeriğinin, anlamının ve varlığının belirlenmesinde değişik şekillerde etkili olabileceğini ileri sürer. Bundan dolayı, Waluchow'a göre kapsayıcı hukuksal pozitivizm, en iyi tanımlayıcı-açıklayıcı hukuk teorisidir³³. Waluchow, kapsayıcı hukuksal pozitivizmin diğer pozitivist teorilere üstünlüğünü ortaya koyarken

31 Smith, s. 796.

32 Bix, *Patrolling The Boundaries*.... s. 21 vd.

33 Shiner, Roger A., "Book Review of 'Inclusive Legal Positivism' (1994) by Wilfrid J. Waluchow", *Utilitas*, vol. 10, issue. 2, 1998, s. 249. Bix, *Patrolling The Boundaries*.... s. 18.

“charter toplumlar”dan örnek verir. *Charter* toplumlar, hakların biçimsel ve anayasal olarak garantiye bağlandığı toplumlardır. *Charter* toplum olarak Kanada’yı örnek gösteren yazar, böyle toplumlarda bir *charter* hakkını ihlal eden yasaların geçersiz olduğunu söyler. Kanada Yüksek Mahkemesi, kürtaji cezalandıran Kanada Ceza Kanununun ilgili maddesini, Kanada Charter’ının 7. bölümünün garantiye bağladığı yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği ile ilgili hükümleriyle çeliştiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Waluchow’a göre mahkeme burada yasaların tanımlanmasında moral gerekçeyi kullanmıştır³⁴. Yazar bu örnekte olduğu gibi temel hakların ihlalinin önlenmesinde kapsayıcı hukuksal pozitivizmin önemine işaret etmektedir.

Raz’a göre H. L. A. Hart tarafından savunulan dahil edici tez³⁵, otorite kavramıyla bağdaşmaz³⁶. Ancak Raz, otorite kavramıyla uyuşması açısından dahil edici tezi Dworkin’in savunduğu tutarlılık tezine göre daha avantajlı görür. Çünkü tutarlılık tezi, hukuk ile yönetme iddiasında olanların özneleri için sunduğu haklı eylem görüşleri arasındaki bağı koparmıştır. Dahil edici tez, hukuku, kaynak temelli hukuk (source-based) ve kaynak temelli hukukun bağlayıcı olarak kabul ettiği standartlar olarak görür. Dahil edici tez açısından bir yönetimin hukuk devleti olabilmesinin ön koşulu, yönetme hakkı talebinde bulunanların onaylanması ile olanaklıdır. Bu açıdan bakıldığında hukukun otorite olma talebi dahil edici tez ile uyuşur görünür. Ancak Raz açısından dahil edici tezi savunanlar bu gerekçeye dayanmazlar. Çünkü onlar, kendi hukuk kavramları için kaynak temelli hukukun merkeziliğini (yeterince) yorumlamazlar³⁷. Raz açısından dahil edici tez, otorite kavramının ilgili bulunduğu üstünlük tezi ile normal haklılaştırma tezine aykırı düşer. Dahil edici tezin geçerlilik ölçütleri ahlaksal normları hukuk sistemine dahil ederse, bir kişi ahlakın gereğini anlamada kendi moral değerlendirmelerine başvurmadan hukukun ne olduğunu anlayamaz. Bu da üstünlük tezi ile normal haklılaştırma tezinin tatmin edilmemesi anlamına gelir. Çünkü bir yasa öznenin kendi değerlendirmesine başvurulmadan tanımlanamıyorsa, böyle bir yasanın öznenin kendi değerlendirmelerine üstün olmadığı anlamı çıkar. Raz’ın yaklaşımı açısından böyle bir sonuç üstünlük tezinin karşılanmadığını gösterir. Yine aynı şekilde bir kimse hukukun öngördüğü nedenler yerine kendi moral değerlendirmelerini izlediğinde haklı nedenlere uymuş olacağına inanırsa, bu durumda da normal haklılaştırma tezi karşılanmamış

34 Shiner, s. 250.

35 Raz, s. 211.

36 Raz, s. 227 vd.; Himma, Kenneth Einar, “H. L. A. Hart and The Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 6 (2000), s. 1.

37 Raz, s. 226.

olur³⁸. Kısaca özetlersek, Raz açısından eğer hukuk geçerlilik kriteri olarak ahlaki içine alırsa eylemler için münhasır nedenler³⁹ ortaya koyamaz. Çünkü bu tür bir hukuk, eylemde bulunmanın “ilk düzen ahlaksal nedenleri”ni ikame edemez; sadece eylemde bulunan için “ilk düzen ahlaksal nedenler”e göre davranması gerektiğini söyleyebilir. Bu nedenlerden ötürü tanıma normuyla ahlaki içine alan hukuk, otorite olma niteliğine sahip değildir. Dolayısıyla Raz’a göre böyle bir normatif sistem otoriteye sahip olamayacağından hukuk sistemi sayılmaz⁴⁰.

Jules Coleman Raz’ın yukarıdaki düşüncelerine karşı gelerek otorite kavramının dahil edici tezle bağdaşabileceğini söyler. Coleman’ın, düşüncelerini desteklemek için öne sürdüğü en önemli gerekçe “örtüşmezlik” gerekçesidir. Buna göre bir yasayı haklılaştıran bağımlı nedenler, kapsayıcı tanıma normuna göre hukuku geçerli kılan moral nedenlerle örtüşmesi gerekmez. Parlamentonun çıkardığı açık ve tarafsız yasaları yalnızca geçerli hukuk sayan bir tanıma normu düşünelim. Buna göre, parlamentonun kasıtlı adam öldürmeleri genel olarak yasaklayan bir norm çıkardığını varsayalım. Böyle bir norm açık ve tarafsızdır ve dolayısıyla geçerlidir. Coleman’a göre böyle bir normun geçerliliği, kasıtlı adam öldürmelerin yasaklanmasını haklılaştıran bağımlı nedenlere başvurulmadan doğrulanabilir⁴¹. Coleman’a göre, mahkeme cinayetin yasaklanmasının geçerliliğini belirlerken, yasanın çıkarılma biçimine ve usulüne bakacaktır. Aynı zamanda, mahkeme söz konusu yasama işleminin eşit koruma, haklı prosedür ve açık ve tarafsızlığın gereklerini karşılayıp karşılamadığını araştıracaktır. Mahkeme hiçbir zaman kasıtlı adam öldürmeleri yasaklayan mevcut moral düşünceleri araştırmak zorunda değildir. Bu anlamda moral kriterleri hukuk sistemine dahil eden bir tanıma normu, mevcut haklılaştırıcı nedenlerin araştırılmasına gereksinim duymaz. Coleman’ın örtüşmezlik gerekçesine dayanan bu düşünceleri, bağımlı haklılaştırma nedenlerine başvurmadan, bir hukuk normunu tanıma normuna göre

38 Himma, Kenneth E., “Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman’s Compatibility Thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies*; vol. 21, no: 4, 2001, s. 610; Ancak Raz otoriteyi mutlak olarak görmediğinden, istisnai olarak bir yasanın otoritesi yerine öznenin kendi değerlendirmesinin geçmesi bir bütün olarak hukuk sisteminin otoriteye sahip olamayacağı anlamına gelmez.

39 Münhasır nedenler, akla uygun davranmanın dolaylı bir yaklaşımının olasılığını sağlarlar. Bu nedenler, moral hatadan kaçınmanın dolaylı araçları olarak bir otoritenin sahip olabileceği moral uzmanlıktan kaynaklanırlar. (Mian, s. 103-104).

40 Priel, Danny, “Farewell to The Exclusive-Inclusive Debate” <http://www.law.ox.ac.uk/jurisprudence/jdg/index/.shtml>. (06. 04. 2004), s. 4.

41 Himma, *Bringing Hart and Raz....*, s. 610.

geçerli kılmayı olanaklı hale getirmektedir⁴². Coleman'ın ikinci gerekçesi hukuk normlarının içeriğinin tanımlanmasına ilişkindir. Raz'a göre hukuk kurallarının varlığı ve içeriği, hukuku haklılaştıran bağımlı nedenlere başvurmadan her zaman tanımlanabilmelidir⁴³. Kenneth Einar Himma buna "tanımlama veya kimlikleştirme tezi" demektedir. Coleman'a göre tanımlama tezi bazı belirsizlikler taşımaktadır. Coleman açısından eğer tanımlama teziyle, "bütün hukuk özneleri, hukukun içeriğini bağımlı nedenlere başvurmadan tanımlamalıdır", düşüncesi kastedilirse, bu yaklaşım kapsayıcı pozitivismle bağdaşmaz. Ama bu, hukukun meşru otorite olma yeteneğine zarar vermez. Çünkü dahil edici tanıma normunun bulunduğu bir hukuk sisteminde herkesin moral nedenlere başvurmadan hukukun içeriğini tanımlamaları olanaksızdır; buna gerek de yoktur. Eğer tanımlama teziyle, sadece bazı kimselerin bağımlı moral yargılara başvurmadan hukukun içeriğini tanımlamaları gerektiği anlaşılırsa, bu kapsayıcı pozitivismle bağdaşır. Çünkü bazı kimseler ahlakla ilgili uzmanlara danışarak bağımlı moral değerlendirmelere başvurmadan hukukun içeriğine vakıf olabilirler. Ahlak konusunda uzman olanlar ise, ancak bağımlı moral değerlendirmelere başvurarak hukukun içeriğini tanımlayabilirler. Coleman bunu, dahil edici tezin otoriteyle bağdaşabilirliğine engel olarak görmez⁴⁴. Diğer yandan Coleman, Raz'ın, neden tanıma normunu, hukukun tanımlanması kuralı olarak gördüğünü ve buna aşırı önem verdiğini sorgular. Coleman'a göre, hukuk uzmanı olmayan sıradan halk, hukukun bir çok meselede ne dediğini öğrenmek isteyebilir; ancak onlardan çok azı tanıma normunu formüle edebilir. Yine aynı yazara göre, sıradan insanlar tanıma normuna başvurmadan hukukun varlığını ve içeriğini belirleyebilirler. Bazı kural ve pratikler hukukun ne olduğunun güvenilir göstergeleridir. Ama bunların tanıma normu olması gerekmez. Örneğin sıradan bir İsveçli için İsveç hukukun ne olduğu, İsveçli bir hukuk uzmanın söylediklerine göre belirlenebilir. Coleman'a göre pozitif hukukun öğrenilmesiyle, bu hukukun otorite olması başka şeylerdir. Bir kuralın otorite olması, sözkonusu kuralın bir kimsenin düşüncelerini nasıl etkilediğine bağlıdır; o kimsenin sözkonusu kuralı nasıl öğrendiğine bağlı değildir⁴⁵. Ancak hemen şunu belirtelim ki hukukun içeriğinin bireyler tarafından bilinmesi ile hukukun bireyler için otorite olması arasında yakın ilişki vardır. Hukuk eylemler

⁴² Himma, *Bringing Hart and Raz...*, s. 610-611.

⁴³ Himma, H. L. A. Hart and....., s. 1.

⁴⁴ Himma, *Bringing Hart and Raz...*, s. 613-614.

⁴⁵ Bu tartışmalara ilişkin olarak daha geniş bilgi için bkz. Breslin, Jonathan M., "Making Inclusive Positivism Compatible With Razian Authority", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, no. 1, 2001, s. 134-137.

için epistemik yol göstericidir. İçeriğini bilmediğimiz kurallar, eylemlerimiz için nasıl rehberlik edebilir? Uzmanlara danışarak hukuku tanımlayabiliriz. Ancak gündelik yaşamda her zaman uzmanlara danışılmadığı bir gerçektir. Bazen insanlar hukuku bilmedikleri için hukuka aykırı eylemlerde bulunabilirler. Ancak mevzuatın bireyler tarafından bilinmemesi ve dolayısıyla hukuka aykırı eylemlerin ortaya çıkması Raz'ın bize sunduğu otorite kavramıyla çelişmez. Raz'ın otorite kavramı açısından önemli olan, hukukun içeriğinin nasıl tanımlandığıdır. Hukukun içeriğini kendi moral değerlendirmelerimize baş vurarak tanımlamak zorundaysak veya başvurduğumuz uzman da kendi moral değerlendirmelerine göre bir tanım vermek durumunda ise bu durum Raz'ın otorite kavramıyla bağdaşmaz. Hukukçu olmayanların başvurusu üzerine hukuk uzmanlarının formel kaynaklardan (mevzuattan veya mahkeme kararlarından) yararlanarak var olan hukuksal bilgiyi ilgililere vermesi Raz'cı otorite kavramına aykırı bulunmaz.

Ahlaksal kriterleri hukuk sistemine dahil eden kapsayıcı pozitivizmin ya da dahil edici tezin otorite kavramıyla bağdaşıp bağdaşmadığı tanıma normunun içeriğine ve ifade ediliş biçimine bağlıdır. Örneğin tanıma normumuz "moral değerlere aykırı sözleşmeler geçersizdir" biçiminde bir kural ise, hangi sözleşmelerin moral değerlere aykırı olacağı bağımlı moral değerlendirmelere başvurulmadan saptanamayacağından böyle bir tanıma normunun yol açacağı hukuksal sistem Raz'ın otorite kavramıyla ve dolayısıyla dışlayıcı pozitivizmiyle bağdaşmaz. Çünkü bireyler sözleşme yaparken hangi sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğunu hukukun otoritesi yoluyla değil, kendi moral gerekçelerine baş vurarak çözeceklerdir. Biçimsel kaynak olarak mahkemeler bu konuda bir karar vereceklerdir ama, kriter olarak emsal kararlar ortaya çıkıncaya kadar bireyler hukukun otoritesi yerine kendi moral değerlendirmelerine baş vurmaya devam edeceklerdir. Kaldı ki bütün kriterlerin mahkeme kararlarıyla tüketici olarak belirlenmesi de zordur. Tanıma normunun "Cins ayırımına olanak veren yasalar geçersizdir" biçiminde yazılı bir kural olduğunu varsayalım. Ayrıca parlamentonun "kadınlar sosyal haklardan yararlanamaz" biçiminde bir yasa çıkardığını varsayalım. Bu yasa tanıma normu açısından geçersizdir. Biz bu yasanın geçersizliğini bağımlı moral değerlendirmelere başvurarak saptamamıza gerek yoktur. Çünkü zaten ahlaksal kriter olarak tanıma normu bu geçersizliği öngörmektedir. Buradaki tanıma normunun ahlaksal standardı hukuk sistemine dahil etmesi Raz'ın otorite kavramına ters düşmez. Çünkü buradaki ahlaksal kriter somut olarak tanıma normuyla pozitif hale gelmiştir. Çıkarılan yasanın içerik olarak geçersizliği, moral yargılara başvurulmadan tanıma normuna göre belirlenebilir. Biçimsel kaynaklar dışında moral değerlere başvurmadan bir hukuk kuralının geçerliliğini veya geçersizliğini belirleyemiyorsak, ahlaka göndermede

bulunan tanıma normumuz Raz'ın otorite kavramıyla bağdaşmaz. Mahkemelerin, tanıma normu gereği hukuku, pozitif hukuk dışı moral değerlere başvurarak tanımlamaları, otorite kavramıyla bağdaşıp bağdaşmadığı önemli bir konudur. Raz açısından burada bir bağdaşmazlık söz konusu değildir. Çünkü yargı, kaynak-temelli hukukun dayandığı bir tabandır. Coleman açısından da burada bir sorun söz konusu değildir. Çünkü Coleman'ın ikinci gerekçesi buna olanak vermektedir.

Raz, hukukun tanımlanması (kimlikleştirilmesi) konusunda kaynak-temelli teze bağlı kalmasına karşın, hukukun uygulanması konusunda bu teze bağlı değildir. Raz bu konuya ilişkin düşüncelerini şu şekilde temellendirir:

“Ben hukuksal akıl yürütmeyi, *hukuk hakkında akıl yürütme* (reasoning about law) ve *hukuka göre akıl yürütme* (reasoning according to law) biçiminde ikiye ayırıyorum. Hukuk hakkında akıl yürütme kaynak tezi tarafından yönlendirilirken, hukuka göre akıl yürütme moral akıl yürütme tarafından yönlendirilir. Kaynaklar tezine bağlı olmak formalizme bağlı olmak değildir. ...”⁴⁶. *Hukuk hakkında akıl yürütme*, hukukun ne olduğuna yönelik iken, *hukuka göre akıl yürütme*, uyumsuzlukların nasıl çözülmesi gerektiğine ilişkindir⁴⁷. Raz'ın formüle ettiği *hukuka göre akıl yürütme*, yargıçlara, hukuk kurallarını değiştirme, uygulamalarında istisnalar getirme biçiminde takdir yetkisi tanımaktadır. Bu da, karar verirken yargıçlara moral gerekçelere başvurabilmeleri sonucunu doğurur⁴⁸. Jose Juan Moreso'ya göre Raz'ın bu yaklaşımı, onun kaynak teorisi (veya otorite teorisi) ile hüküm (adjudication) teorisi arasında kavramsal bir gerilime yol açmaktadır. Moreso açısından bu gerilim, hukukun tanımlanması sorunlarıyla hukukta hüküm sorunlarının açık bir biçimde birbirinden ayrılmasıyla ortadan kaldırılabılır⁴⁹. Gerçekten de Raz'ın hukuk teorisinin temel nitelikleri ayrıntılarında gizlidir. Analitik karakteri göz önünde tutulmadığında ince ayrıntılar fark edilmeyebilir. Hukuksal geçerliliğin tanımlanması ile hüküm kurma

⁴⁶ Raz, s. 332-333; Raz, hukuksal akıl yürütmenin özel mantık yasalarına bağlı olduğuna dair önerileri reddeder. Yazar açısından mantık kuralları evrenselidir. Hukuksal akıl yürütmeyi diğerlerinden ayırt eden, hukukun konusudur; hukuksal akıl yürütmenin mantığı değildir. Bu bağlamda hukuksal akıl yürütme, normatif akıl yürütmenin bir türü olarak, normlarla, eylemin nedenleriyle, haklar ve görevlerle ilgilidir. (Raz, s. 326).

⁴⁷ Raz, s. 327.

⁴⁸ Raz, s. 335; bkz. Moreso, Jose Juan, “In Defence of Inclusive Legal Positivism”, *The Legal Ought*, edited by Pierluigi Chiassoni, Proceedings of The IVR Mid-Term Congress in Genoa, (June 19-20, 2000). s. 57.

⁴⁹ Moreso, s. 57-58.

birbirinden ayırt edilmiştir. Yüzeysel bir değerlendirme ile bakıldığında, Moreso'nun dediği gibi, Raz'ın kaynak veya otorite teorisi ile hüküm teorisi arasında bir gerilim görülebilir. Ancak daha yakından baktığımızda mahkemenin verdiği hükümler de resmi bir kaynağın ürünüdür. Dolayısıyla yargıçların ahlaka gönderme yaparak verdiği kararlar otorite kavramıyla çelişmemelidir. Ancak hemen şunu söyleyebiliriz ki yargıçların bu şekilde hüküm kurması yazılı kaynak otoritesini (mevzuatın otoritesini) sarsmaktadır⁵⁰; buna rağmen bir bütün olarak hukukun otoritesini sarsacak nitelikte görünmüyor.

IV. OTORİTE KAVRAMI AÇISINDAN TUTARLILIK TEZİ

Tutarlılık tezinin atf edildiği Ronald Dworkin pozitivism'e karşı genel bir saldırı başlatmak istediğini, hedef olarak da Hart'ın pozitivist hukuk kavramını seçtiğini söyler. Dworkin açısından pozitivism, bir kurallar modelidir ve kural niteliğinde olmayan standartların önemli rolünün görmezden gelinmesine neden olur. Standartların en önemlileri "prensipler" (ilkeler) ve "politika"lardır. Dworkin genellikle prensipleri diğer standartları anlatmak için de kullanır⁵¹. Politika, topluluğun ekonomik, politik ve sosyal durumunda bir gelişmişliği amaçlayan bir standarttır. Prensip ise, izlenmesi gereken adalet ve diğer ahlaksal gereklerle ilgilidirler⁵². Örneğin, ulusal güvenlik kaygılarıyla uçak ücretlerine sübvansiyon desteği vermek bir politika iken, "hiç kimse kendi hatası ve hilesinden dolayı bir kazanç sağlayamayacağı" düşüncesi bir prensiptir⁵³. Yargıç, formel kuralların uygulanamadığı veya yetersiz kaldığı zor davalarda (hard-cases) prensiplere başvuracaktır⁵⁴

⁵⁰ Moreso da hukuk normlarının istisna içermeyen bir otorite oluşturabilmelerine şüphe ile bakmaktadır. Yazara göre hukuk normlarının münhasır neden oluşturması makul değildir. Meşru savunmada belirli davranışları haklılaştıran bir norm, bazı bağımlı nedenleri (örneğin, bir davranışı haklı gösteren nedenleri) dışlayabilir; ancak korunan "iyi" ile kurban edilen "iyi"nin eşit olarak aynı değerde olup olmadığına ilişkin özel bir akıl yürütmeyi dışlayamaz. (Moreso s. 58).

⁵¹ Dworkin, Ronald M., "Is Law A System of Rules", in *The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin, Oxford University Press 1977, s. 43.

⁵² Dworkin, *Is Law A System....*, s. 43.

⁵³ Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. LXI, S. 1-2, 2003, s. 61.

⁵⁴ Bkz. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 16 th printing, Harvard University Press 1997, s. 22 vd. Dworkin'in *Taking Rights Seriously* eserinin üzerine bir inceleme yapmış olan David Lyons'a göre, "Dworkin teorisi açısından zor davalarda 'politikalar'dan daha ziyade 'prensipler'e dayanılarak karar verilmesi gerektiği düşüncesi akla gelse bile, bu yanlış bir yorum olacaktır. Çünkü Dworkin, hem prensiplerin ve hem de politikaların

Dworkin açısından prensipler ve politikalar formel kurallardan farklı olmalarına karşın hukuk sisteminin parçalarıdır. Prensipler, topluluğun ahlakında içkin olarak bulunur⁵⁵. Yargıçlar yorum faaliyetlerinde paylaşılan (ortak) ahlak ve politik ilkelere başvurmak zorundadırlar. Hukuksal sistemler, hukuk düzenlerinde yerleşik bulunan moral değerlere başvurulmaksızın doğru bir biçimde anlaşılabilirler⁵⁶. Ancak hemen şunu belirtelim ki prensipler, topluluğun politik ahlakında içkin bulunmalarına ve ahlakla ilgileri bulunmalarına karşın pür ahlaksal ilkeler değildirler; hukuk kurallarıyla ahlak kuralları arasında yer alırlar ve her ikisiyle de ilgilidirler⁵⁷.

Dworkin'e göre formel kuralların uygulanamadığı zor (hard-cases) davalarda hukuksal haklar ve görevler, ilgili topluluğun hukuksal pratikleri ve hukuksal kurumlarının moral arka planlarıyla belirlenir⁵⁸. Dworkin'in zor davalara ilişkin akıl yürütmesinde bir topluluğun politik ahlakı ve hukuksal geçmişi önem arz etmektedir. Yorumda bulunan yargıç uygunluk ve bütünlük düşüncesine dikkat edecektir. Dworkin'inin yorum yönteminin birinci boyutu olan uygunluk, yargısal kararların ve hukuksal pratiklerin tutarlı bir

haklar için gerekçe olarak ileri sürülebileceğini öngörmüştür. Prensipler, haklarla doğrudan ilgiliyken, prensipler dolaylı olarak ilgilidir; politikalar daha çok amaçlarla ilgilidirler. Ancak yine de politikalar haklar için temel oluşturabilirler. Dworkin'in örneğini kullandığımızda, şayet yasama organı uçak üreticileri için sübvansiyon sağlayan bir yasa çıkarırsa, uçak üreticileri belirli haklar kazanırlar. Böylece politik kararlar için gerekçe sağlayan politikalar, böyle haklar yaratırlar. Bu bakımdan, politikaların zor davalardaki işlevi, prensiplerden farklı değildir". (Lyons, s. 431). Dworkin, "zor davalarda" yargıca yol gösteren "prensipler" in niteliğinin Hart'ın geçerlilik kavramıyla bağdaşmadığı söyler. Çünkü Dworkin, Hart'ın kaynak-temelli geçerlilik anlayışına taraftar olduğu kanısındadır. Hart, Dworkin'in bu eleştirisini kabul etmez. Hart'a göre "tanıma kuralı", hukuksal geçerlilik için moral prensipleri kapsayabilir. Bu anlamda Hart'ın dahil edici tezi, Dworkin'e yanıt niteliğindedir. (Himma, *H. L. A. Hart and....*, s. 3-4). Oysa Raz, Hart'ı kaynak-temelli geçerlilik anlayışını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirmişti.

55 Barry, Norman, "Dworkin's Unbounded Legalism", *Ideas on Liberty*, Nov. 2002, vol. 52, issue 11, s. 34.

56 Barry, Norman P., *An Introduction to Modern Political Theory*, Third Edition, 1995, s. 51; Dworkin'e göre bir hukuk sisteminin prensipleri içermesi demek, bu prensiplerin uygulanmasının bu hukuk sistemindeki bir "sosyal kural"ın kriterine uygun düştüğünü kabul etmek demektir. Yani, yargıçlar bu prensipleri gerçekten uygulayacaklardır; bu konuda sorgulandıklarında veya itirazla karşı karşıya kaldıklarında, bu prensipleri uygulamanın kendi görevleri icabı olduğunu göstererek durumu haklılaştıracaklardır. Dworkin açısından bu prensiplerin bağlayıcılığı ve uygulanması, Hart'ın pozitivizmle veya herhangi bir pozitivizmin terimiyle açıklanamaz. (Bix, *Patrolling The Boundaries.....*s. 18)

57 Bkz. Marmor, Andrei, "The Condition of Legal validity" in "The Nature of law", (<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature>).

58 R., Joaquin/Muniz, Tubes, "Legal Principles and Legal Theory" *Ratio Juris*, vol. 10, No: 3, 1997, s. 284.

bütün oluşturmasıyla ilgilidir⁵⁹. Bütünlük ise, zor davalarda yargıcın ilgili topluluğun politik yapısı ve hukuksal doktrinine en uygun olan tutarlı prensipleri bulması gereği ile ilgilidir⁶⁰. Kısaca bütünlük düşüncesi, hukukun tutarlı bir bütün olarak ele alınıp uygulanmasıyla ilgilidir⁶¹.

Dworkin'in tutarlılık tezi prensipler bakımından aşağıdaki önerileri içermektedir.

- a) Resmi devlet (yönetim) eylemlerinin temelini teşkil eden prensipler, tekil olarak tutarlı ve açık olmalıdırlar.
- b) Tekil prensipler, benzer noktalardaki aynı öneme sahip konularda, belirli bir zamanda ve bütün bu zaman boyunca uygulanabilir diğer prensiplerle tutarlı bir biçimde uygulanmalıdırlar.
- c) Prensipler arasındaki uyumsuzluklar, belirli bir zamanda ve bütün bu zaman boyunca benzer uyumsuzlukların çözümüyle tutarlı olacak şekilde çözülmelidirler.
- d) Prensipler, adaletin kapsayıcı vizyonuyla, tarafsızlık ve haklı prosedürlerle uyumlu olmalıdırlar⁶².

Dworkin'in tutarlılık tezi, geçmiş kurumsal eylemlerde saklı olan prensipleri tutarlı bir biçimde şimdiye taşımaktadır⁶³. Raz, Ronald Dworkin'in tutarlılık tezi açısından hukuk kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: Hukuk, kaynak-temelli hukuk ile kaynak-temelli hukukun ahlaken en iyi haklılaştırmasından oluşur. Bundan dolayı tutarlılık tezi, dahil edici tez gibi hukuku, kaynak-temelli olmayan hukukla zenginleştirmektedir⁶⁴. Zenginleştirme iki biçimde olmaktadır. Birincisi politik ahlak bakımından, ikincisi hukuk tarihi bakımından. Birden çok politik ahlakın varlığı durumunda, Dworkin en iyi politik ahlakı, yani ideal doğru ahlaka en yakın politik ahlakı tercih eder.

⁵⁹ Metin, s. 53.

⁶⁰ Metin, s. 54; Dworkin'in yorumla ilgili metodolojisi için ayrıca bkz. Furtun, Ayşen, "A Note on Dworkin's Interpretive Stages", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt. 47, S. 1-4, 1998, s. 137-144; Yorumdaki bütünlük kavramı için bkz. Schelly, Judith M., "Interpretation in Law: The Dworkin Fish-Debate (or, Scosser Amongst the Gahuku-Gama)", *California Law Review*, Jan 85, vol. 73, issue 1, s. 158-180.

⁶¹ Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Perspektifi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 9. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 92.

⁶² Kress, Ken, "Why No Judge Should be Dworkinian Coherentist", *Texas Law Review*, vol. 77, No: 6, 1999, s. 1386.

⁶³ Kress, s. 1387.

⁶⁴ Raz, s. 211.

Hukuk tarihi bakımından da şöyle düşünülür: Doğru ve sağlam politik ahlakta en az değişikliği nasıl yapalım ki, bir ülkenin hukuk tarihindeki birçok şeyi açıklayabilen mükemmel politik ahlak teorisinden en sapan bir politik ahlak teorisi (possibly less than perfect political moral theory) oluşturabilelim. Birinci zenginleştirme ideal politik ahlaka (veya ideal politik ahlaka en yakın olana) uygunluğu gerektirirken, ikincisi bir ülkenin hukuk tarihine uygunluğu gerektirir⁶⁵. Birincisi bakımından yargıç zor davalarda kararlarını politik ahlak üzerine dayandırır. Raz'a göre Dworkin'in bu yaklaşımı kabul edilebilir. Ancak Raz'a göre kabul edilemeyecek olan, Dworkin'in bunu sıradan davalara da (ordinary cases) yaymak istemesidir. Çünkü Dworkin'e göre yargıçların kendi ülkelerinin politik ahlakını yayma ve ona saygı gösterme gibi bir profesyonel sorumluluk görevi vardır. Politik ahlaka dayanan böyle bir görev, yargıçlara kendi ülkelerinin kaynak-temelli hukukunu uygulama gereğini buyurur. Bu yaklaşım içeriklerine bakılmaksızın her hukuk sistemine uygulanır. Raz'a göre bir de kaynak temelli hukukun belirsiz olduğu durumları düşünelim ki, burada kararlar aynı zamanda söz konusu hukuk sisteminin arkasındaki egemen ruha göre verilir. Raz açısından böyle bir durum, Güney Afrika yargıcının kendi gücünü kullanarak ırk ayrımının yayılmasına neden olmasını doğurur⁶⁶. Ancak Aldo Schiavello'ya göre Dworkin'in *Law's Empire*'daki düşünceleri bile onun tutarlılık konusunda nötr olmadığını gösterir. Çünkü Schiavello'ya göre, Dworkin açısından, hukuk belli adalet kriterlerine uyduğu müddetçe tutarlı bir usavurma standardı olarak kullanılabilir⁶⁷. Raz'ın diğer bir itirazı Dworkin'in hukuk tarihine verdiği aşım önemdir. Dworkin'e göre bir ülkenin hukukunun çoğu bilinemeyebilir; daha önce hukuksal bağlayıcılığı olan hukuk keşfedilmeyi bekleyebilir. Bu, yargıçların daha önce geçerli hukuktan yararlanabilecekleri anlamına gelir⁶⁸. Raz'a göre Dworkin'in teorisi, otorite kavramı ile ilgili aşağıdaki koşulları ihlal etmektedir: a) Otoriteler, nedenlere (haklı gerekçelere) göre davranmalıdırlar ve otoritenin direktiflerinin geçerliliği bunu başarmelerinin derecesine bağlıdır. b) Hukuk, haklı nedenlere dayalı olan yasa koyucunun (veya yargıçların) görüşleridir. c) Bir yasanın geçerliliği, tamamen diğer yasaların varlığına göre arzu edilir olmasından kaynaklanmaz⁶⁹. Raz'ın teorisi açısından bu koşulların ihlali otorite olarak hukuk kav-

65 Raz, s. 222.

66 Raz, s. 223-224.

67 Schiavello, Aldo, "On 'Coherence' and 'Law': An Analysis of Different Models", *Ratio Juris*, vol. 14, issue 2, 2001, s. 239 vd.

68 Raz, s. 224-225.

69 Raz, s. 225.

ramının gücünü zayıflatmaktadır. Çünkü Dworkin, kaynak-temelli hukukla yetinmek yerine, bu hukuk kavramını gerek politik ahlak ve gerekse hukuk tarihiyle desteklemek istemektedir. Böyle bir destek kaynak-temelli hukukla tutarlı olarak verilse bile, bu yine de Raz açısından kaynak-temelli hukukun belirsiz bir biçimde genişletilmesidir.

Ancak hemen şunu hatırlatalım ki Raz, kaynak-temelli hukuksal geçerlilik ile hüküm teorisini birbirinden ayırt ederek yargıçların hüküm kurarak moral gerekçelere başvurabileceklerini ve hukuku normlarını değiştirebilecek kadar takdir yetkisine sahip olabilmelerine izin vermektedir. Çünkü Raz, hüküm teorisinin, kaynak temelli teze dayanan *hukuk hakkında akıl yürütme*'den farklı olan *hukuka göre akıl yürütme* biçiminde bir moral akıl yürütme olduğunu söyler. Matthew H. Kramer bu düşüncelere dayanarak Raz'ı yargıcının Dworkin'in yargıcından pratikte farklılık göstermeyeceğinin imkansız olmadığını söyler⁷⁰. Gerçekten de gerek Raz'ın yargıcı ve gerekse Dworkin'n yargıcı zaman zaman pozitif kurallardan ayrılabilirler. Ancak Raz, yargıcın karar verirken haklı nedenlere göre davranması gerektiğini söylerken, Dworkin daha çok topluluğun politik ahlakı ve hukuk tarihine vurgu yapmaktadır. Yani Dworkin'in yargıcı karar verirken bütünsel bir yaklaşımla kendi toplumunun politik ahlakı ve hukuk tarihini göz önünde tutacaktır. Raz'ın endişesi de bu noktada yoğunlaşmaktadır. Çünkü bir toplumun politik ahlakı haklı nedenleri yansıtmayabilir. Çünkü Raz'da hukuk, ya yasa koyucunun haklı nedenlere dayalı görüşleridir, ya da yargıçların haklı nedenlere dayalı kararlarıdır; başka bir anlatımla Raz açısından hukuk, resmi otoritelerin haklı nedenleri yansıtan iradeleridir. Ancak Dworkin'in politik ahlakını "ideal doğru ahlaka en yakın politik ahlak" olarak düşünür ve Schiavello'nun yukarıdaki Dworkin ile ilgili kabulünü göz önünde tutarsak, Raz'la Dworkin arasındaki hüküm (adjudication) teorisine ilişkin fark azalmaktadır. Bu fark da Dworkin'in, topluluğun politik ahlakına daha çok vurgu yapmasından kaynaklanmaktadır.

SONUÇ

Yukarıdan da anlaşılacağı gibi, otorite kavramını hukukun temeline yerleştiren Raz, kaynak-temelli hukukun moral ve politik düşüncelerle genişletilmesine karşı gelerek gerek Hart ve gerekse Dworkin'den farklı bir hukuk kavramı geliştirmeye çalışmıştır. Raz'a göre hukuk, davranışlara ve davra-

⁷⁰ Bkz. Kramer, Matthew H., "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended A Reply to David Dyzenhaus", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, No: 4 (2001), s. 682.

nışlarla ilgili yargılara yön veren standartlar setidir. Bu standartlar otorite olan kurumların aktivitelerinden kaynaklanır⁷¹. Raz'ın üzerinde durduğu hukuk kavramı, hukuksal geçerliliği biçimsel kaynaklar dışındaki kriterlere bağlamayı reddettiği için geçerlilik bakımından formel bir tutum sergilemiştir. Raz'ın bu tutumu Hart'a göre daha pozitivist bir karakterdedir.

Raz'ın itirazı, Hart ve Dworkin'in hukuk teorilerinin "otorite" kavramıyla uyummadığı noktasındadır. Hukuksal geçerliliğe ilişkin Hart'ın "tanıma kuralı"nın otorite kavramıyla uyuşup uyumadığının tanıma kuralının ifade edilmiş biçimine ve kapsamına bağlı bulunduğunu göstermeye çalıştık. Eğer tanıma kuralı "ahlaka aykırı sözleşmeler geçersizdir" biçiminde bir norm ise, bunun otorite kavramıyla uyumadığı ortadadır. Çünkü hukuksal kaynaklar teker teker hangi sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğunu saymamışsa, bunun değerlendirilmesi çoğunlukla formel hukuk dışına bırakılmış demektir. Böyle bir durumda hangi sözleşmelerin ahlaka aykırı bulunduğunu, hukuka değil, ahlaka başvurarak değerlendiririz. Gerçi otorite olarak yargının bu konuda bir karara vararak kriterleri belirlemesi, Raz açısından otorite kavramıyla bağdaşır görünür. Çünkü yargı Raz açısından da biçimsel bir kaynaktır. Ancak Hukuksal öznelerin hangi sözleşmelerin hukuken geçerli olacağına ilişkin değerlendirmeleri ise, tamamen formel kaynaklar dışında bir değerlendirme olacağı için, Raz'ın otorite kavramıyla bağdaşmaz. Çünkü bu halde hukuk, eylemde bulunanlar için nedenler sunmadığı için yol gösterici olmaktan uzaktır. Eğer tanıma kuralı geçerlilik için yeniden ahlaksal normlara başvurmayı gerektirmeyen somut bir ahlaksal geçerlilik kriteri getiriyorsa, böyle bir durumda otorite kavramı zayıflatılmış olmaz. Çünkü bu olasılıkta tanıma kuralı ahlaksal geçerliliği tamamen ve somut olarak hukuksal kaynaklar içine taşımış olmaktadır. Bir normu salt bazı ahlaksal kriterleri karşıladığı için geçerli hukuk kuralı sayan tanıma normunun yeterli koşul versiyonu da genel olarak Raz'ın otorite kavramıyla bağdaşır görünmemektedir. Ancak geçerlilik kriterlerini yargı tesbit ettiği sürece bir bağdaşmazlık durumu söz konusu olamaz. Çünkü Raz açısından yargıların pratiği moral akıl yürütme olduğu için, hüküm kurulurken ahlaka başvurmak yazarın teorisi açısından sorun teşkil etmez. Hart açısından da bir norm salt tanıma kuralındaki kriterleri karşıladığı için **kendiliğinden** hukuk sistemine üye olamaz. Yargıcın bu konuda bir karar vermesi gerekir. Dolayısıyla Hart'da tanıma kuralının yeterli koşul versiyonunun kabul edilebilmesi şarta bağlıdır. Parlamentodan geçmemiş herhangi bir normun, tanıma kuralındaki koşulları karşıladığı ve dolayısıyla hukuk sisteminin bir parçası sayıldığının bir yargı kararıyla ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu açıdan Hart'ın teorisi Raz'a yaklaşıp.

⁷¹ Hage, Jaap, "Law and Coherence", *Ratio Juris*, vol. 17, issue 1, 2004, s. 101.

Dworkin'in hukuk kavramı ise genel olarak Raz'ın teorisiyle tutarlı görünmüyor. Çünkü Dworkin'in hukuk teorisi, kaynak temelli hukuku, topluluğun politik ahlakı, hukuk tarihi ve buralarda yerleşik bulunan prensiplerle genişletmektedir. Hukukun bu şekilde belirsiz olarak genişletilmesi, Raz bakımından geçerli hukukun belirlenmesinde ve hukukun eylemlere yol göstermesinde belirsizliklere yol açacaktır. Önceki emsal kararları biçimsel kaynak olmaları dolayısıyla bir yana bırakırsak, hukuk tarihi ve bir toplumun politik ahlakı bireyler için yol gösterici olmaktan ve dolayısıyla otorite olmaktan uzak görünüyor. Mahkeme kararları yoluyla politik ahlaktan bir hukuk kuralı çıkıncaya kadar, bireyler bakımından hukukun ne olduğu belirsizliğini sürdürecektir ve dolayısıyla hukuk haklı nedenlerle bireyler arasında gördüğü hizmeti yapamayarak otoritesini kaybetmeye başlayacaktır. Bireyler açısından hukuka uygun davranışın ne olduğu konusu, bireylerin kendi değerlendirmelerine bağlı kalacağı için Raz'ın düşüncesine göre hukuk otorite olmaktan çıkacaktır. Fakat, Raz'da "hukukun ne olduğuna" ilişkin akıl yürütmeyle, "hukukun nasıl uygulanması gerektiğine" ilişkin akıl yürütme birbirinden farklıdır. Birincisi kaynak temelli teze bağlı iken, ikincisi *moral akıl yürütme* olduğu için kaynak temelli tez gibi formalist bir yaklaşıma dayanmaz. Dolayısıyla Raz'ın yargıcı hüküm tesis ederken moral argümanlara başvuracaktır. Bu da Dworkin'in yargıcıyla Raz'ın yargıcı arasındaki mesafeyi kısaltmaktadır. Aralarındaki en önemli fark, Dworkin kararlara temel teşkil etmesi açısından daha çok topluluğun politik ahlakına vurgu yaparken, Raz haklı nedenler üzerinde durmaktadır. Bize göre Dworkin'in bu yaklaşımı, Raz'ın otorite kavramına zarar vermesi yerine adalet ve hakkaniyet gibi tözel ahlaksal değerlere zarar verebilir. Ancak Dworkin'in topluluğun politik ahlakını, ideal doğru ahlaka en uygun politik ahlak olarak ele alması söz konusu kaygıları giderecek niteliktedir. Dworkin'in teorisinin Raz'ın otorite kavramına ters düşen en önemli yanı, pozitif hukuk normlarının topluluğun politik ahlakının kontrolüne sokulmak istenmesidir. Raz'ın ifade ettiği gibi Dworkin'de hukuk, kaynak-temelli hukuk ile kaynak-temelli hukukun ahlaken en iyi haklılaştırılmasıdır. Ahlakla veya politik ahlakla haklılaştırılan pozitif hukuk, Raz'ın otorite kavramıyla uyumsuzluk içerisinde görünüyor. Çünkü, hüküm teorisini dışarıda bırakırsak, Raz hukukun tanımlanması konusunda hukuk kurallarının biçimsel otoritesini ön planda tutmaktadır.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Raz, itaat yükümlülüğü bakımından otorite kavramını mutlak olarak kabul etmemesine karşın, hukukun tanımlanması bakımından bu kavramdan ödün vermemektedir. Onun "dışlayıcı pozitivist" olarak nitelendirilmesine neden olan da, otorite kavramına hukuksal geçerlilik için verdiği değerdir.

