

# Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti<sup>(\*)</sup>

## Normative Legal Positivism or the Value of Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi **Hüseyin GÜNAL**<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Bu makalenin amacı hukuki pozitivizm geleneği içerisinde yer alan normatif pozitivizmin genel ilkelerini açıklamaktır. Normatif pozitivizmin savunucuları öncelikle hukuki pozitivizm öğretisi içerisinde baskın olan hukukbilim yapma anlayışını önemli bir sorun olarak ortaya koyarlar. Metodolojik pozitivizm olarak nitelendirilen bu anlayışa göre, hukukbilimle ahlaki muhakeme arasında bir bağlantı yoktur. Hukukbilim yapma öncelikle betimsel ve ahlaki olarak nötr bir faaliyettir. Kavramsal pozitivizm olarak adlandırabileceğimiz bu anlayış, normatif pozitivistlere göre hukuki pozitivist gelenekten bir kopma oluşturur. Normatif pozitivistlerin kendi öncülleri olarak gördüğü ilk hukuki pozitivistler, kavramsal pozitivistlerin aksine hukuki pozitivizmi kendi radikal ajandalarının bir parçası olarak görmüşlerdir. Thomas Hobbes ve Jeremy Bentham farklı amaçlarla da olsa olan hukukla olması gereken hukukun birbirinden ayrılmasını ve hukukun vatandaşlar için belirli ve ulaşılabilir olmasını savunurken, hukukçuların toplumun geri kalanı üzerinde hegemonya oluşturmasını eleştirirler. Hukuki pozitivizmin entelektüel dip akıntısını yeniden üste taşıdıklarını belirten çağdaş normatif pozitivistler, hukuki pozitivizm içerisindeki yumuşak pozitivizm-sert pozitivizm ayrımını temel alarak, sert pozitivizmi betimsel olarak değil kurallandırıcı-buyurucu bir program olarak benimserler. Çağdaş normatif pozitivistler hukuki pozitivizmi günümüzün hukuki ahlaki politik sorunları karşısında, bu sorunlara yanıt verebilecek değerli, kıymetli, kullanışlı bir öğreti olarak benimserler.

### Anahtar Kelimeler:

Normatif Pozitivizm, Etik Pozitivizm, Jeremy Bentham, Tom Campbell, Jeremy Waldron.

### Abstract:

The aim of this article is to explain the basic tenets of normative positivism within the tradition of legal positivism. Advocates of normative positivism initially raise the predominant conception of jurisprudence within the doctrine of legal positivism as an important problem. According to this understanding which is characterized as methodological positivism, there is no connection between jurisprudence and moral reasoning. Jurisprudence is primarily a descriptive and morally neutral activity. This approach, which we can call conceptual positivism, constitutes a break with the core legal positivist tradition according to

<sup>(\*)</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 09.11.2023 - Makalenin kabul tarihi: 14.11.2023.

<sup>(\*\*)</sup> Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, E-posta: huseyin.gunal@altinbas.edu.tr, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3671-4622>.

normative positivists. Unlike the conceptual positivists, the early legal positivists, whom the normative positivists saw as their forerunners, regarded legal positivism as part of their radical agenda. While Thomas Hobbes and Jeremy Bentham advocated, albeit for different purposes, the separation of the law as it is from the law as it ought to be, and that the law should be determinate and accessible to citizens, they criticized the hegemony of the lawyers over the rest of society. Contemporary normative positivists, who state that they carry the intellectual undercurrent of legal positivism back to the top, relying on the soft positivism-hard positivism distinction within legal positivism and adopted hard positivism not descriptively but as a prescriptive-normative program. Contemporary normative positivists embrace legal positivism as a valuable and useful doctrine that can respond to today's legal, moral and political problems.

### Keywords:

Normative Positivism, Ethical Positivism, Jeremy Bentham, Tom Campbell, Jeremy Waldron.

## GİRİŞ

Hukukun doğasının açıklanmasıyla ilgili görüşler arasında günümüzde en geçerli olanlardan biri hukuki pozitivistizmdir. Hukuki pozitivistizmin uzun süredir mevcut olan egemenliği sık sık karşıtları tarafından sorgulansa bile, bu sorgulamaların hukuki pozitivistizmi tahtından etmek konusunda başarıya ulaştığını öne süremeyiz. Hukuki pozitivistler genellikle karşıtlarının argümanlarına yanıt vererek, diyalektik bir süreç sonunda kendi pozisyonlarını tahkim etmekte oldukça mahirler. Hukuki pozitivistizm tüm bu baskın karakterine rağmen, hukukbilim camiasında halen daha önyargılarla ele alınmaktadır. Bu önerme sadece ülkemizde bulunan az sayıdaki hukuk felsefesiyle ilgilenenler açısından değil hukukbiliminin ve dolayısıyla hukuki pozitivistizmin kalbinin attığı Anglo-Sakson dünyası için de geçerlidir<sup>1</sup>. Hukuki pozitivistizme karşı önyargıların kökeni gerçekten uzun ve derin bir entelektüel soy bilimi araştırmasını gerektiriyor ve makalemizin odak noktasını bu konu oluşturmuyor fakat tarihin bize öğretti önemli bir ders var; önyargıların kökeninin büyük oranda eksik bilgidir yahut bilgisizlikten kaynaklandığı.

<sup>1</sup> Schauer, hukuki pozitivistizmin aslında hukuk ve ahlak arasında yaptığı ayrımın ahlaki olarak iyi bir şey olmasına karşın, muarızları tarafından çarpıtılarak diğer hukuk teorilerine kıyasla parya muamelesi görmesinin sağlandığını belirtir. Frederick Schauer, "Positivism as Pariah", Robert P. George (der.), *Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 31-55. Gardner, hukuki pozitivistizmle ilgili yanlış anlamaları ele aldığı makalesine oldukça sert bir soruyla başlar: "Herhangi bir düşünce geleneğinin mensuplarının gerçek felsefi görüşleri, hukuki pozitivistler kadar kapsamlı bir şekilde hırpalanmış, çarpıtılmış, yanlış değerlendirilmiş, kabaca psikanalize tabi tutulmuş ve kötü niyetli dedikodu ve kulaktan dolma bilgilerle saçma bir şekilde yeniden icat edilmiş midir? Felsefe tarihinde başka herhangi bir tez, hukuki pozitivistizm kadar yaygın ve bu kadar aşağılayıcı bir şekilde yanlış ifade edilmiş, yanlış yorumlanmış, yanlış uygulanmış ve istismar edilmiş midir?" John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 22-23. Hart, 1958 yılında yazdığı makalede hukuki pozitivistizmle ilgili önyargılara değinir: "Esasen aşağılayıcı bir isim olmayan 'Hukuki Pozitivistizm', entelektüel savaşlarda silah olarak kullanılan pek çok kavram gibi, karmaşık, farklı günahlar yığınının yerine geçiyor". H.L.A. Hart, "Pozitivistizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (çev. E. Uzun), Sercan Gürler (der.), H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 103.

Hukuki pozitivizmle ilgili önyargıları dağıtmanın en kestirme yolu tek bir hukuki pozitivizmin olmadığını belirtmesidir. Tıpkı hukuki pozitivizmin karşıtı olarak konumlanan doğal hukukçu öğretinin birbirinden farklı hatta birbirine karşıt bir sürü pozisyonu kendi içinde barındırması gibi hukuki pozitivizm de kendi içinde birbirinden farklı ve birbirine karşıt bir sürü pozisyonu barındırır. Hukuki pozitivizmin, hukukun doğasına ilişkin açıklamalarını sadece kavramsal bir mesele olarak görmekle yetinmeyen, hukuki pozitivizmin gerçekleştirilmesi gereken bir ideal olduğunu savunan normatif pozitivistlerin önemli temsilcileri arasında, Tom Campbell, Jeremy Waldron, Frederick Schauer, Neil MacCormick, Gerald Postema, Jeffrey Goldsworthy sayılabilir. Bu düşünürler arasında belki sıkı bir fikri birlik olduğu öne sürülemez fakat belirli ilkeler temelinde benzer görüşleri savundukları söylenebiler. Bunların içerisinde normatif pozitivizmi tutarlı, anlaşılabilir ve ayrı bir teori olarak sunmaya çalışanlar Tom Campbell ve Jeremy Waldron'dur. Dolayısıyla bu makalede öne sürülen argümanlarda, daha çok bu iki düşünürün fikirleri merkeze alınacaktır. Normatif pozitivizmin önemli unsurlarının anlatılacağı bu makale üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, hukukbilimi içerisindeki metodolojik tartışmalara da değinilerek normatif pozitivizmin, çağdaş hukuki pozitivizm tartışmaları içerisinde nerede konumlandığı anlatılacaktır. Söz konusu tanımlama yapıldıktan sonra, ikinci bölümde normatif pozitivizmin, hukuki pozitivizm tartışmaları içerisinde yeni ortaya çıkmış bir anlayış olmadığı, tarihsel süreç içerisinde üstü kapalı kalmış fakat önemli bir geleneğin devamı olduğu öne sürülecektir. Tarihsel olarak hukuki pozitivizm geleneği içerisindeki yeri belirlendikten sonra ise hukuki pozitivizmi faydalı bir araç olarak gören çağdaş normatif pozitivistlerden Tom Campbell ve Jeremy Waldron'un temel iddiaları ve öne sürdükleri argümanları nasıl gerekçelendirdikleri özet şeklinde sunulacaktır.

Metodolojik olarak normatif pozitivizmin hukukbilimi içerisindeki yerini haritalandırmadan önce, bir terim olarak normatif pozitivizm tabirinin üstünde durulması ve önemli bir kayıt düşülmesi gerekir. Bu makalenin açıklama iddiasında olduğu "normatif pozitivizm" olarak isimlendirilen ekol, hukuki pozitivizm içerisinde var olan ve hukukun doğasının normlarla temellendiğini belirten anlayıştan farklıdır<sup>2</sup>. Aşına olanların bildiği gibi John Austin'in hukukbiliminin bilimsel anahtarını içerdiğini söylediği hukuka dair tanımı: Toplumun geri kalanının alışkanlıktan hareketle itaat ettiği, üstün bir egemenin, yaptırımla desteklenmiş buyruklardır. Austin'in hukukla ilgili tanımında, hukuki söylem içerisinde önemli bir yeri olan hukukun normatif yönüne dair açıklamalar eksiktir. Örneğin Austin'de hukukun otoritesi, hukuki yükümlü-

<sup>2</sup> Türkçe literatürde bu anlayış, John Austin'in "İradeci Pozitivizminin" aksine "Normcu Pozitivizm" olarak adlandırılmaktadır. "Normatif hukuki pozitivizm" ise, söz konusu iki hukuki pozitivist açıklamadan da farklıdır.

lük, hukuki ödevlerin doğasıyla ilişkili olması gereken açıklamaların tamamı dışsal bir bakış açısıyla ele alınmış, davranışsalçı açıklamalardır. Roger Shiner'in basit pozitivizm olarak adlandırdığı bu bakış açısı hukuku tamamen kaba toplumsal olgulara indirger<sup>3</sup>. Oysa çağdaş pozitivistlerin çok azı günümüzde hukukun doğasının açıklanmasına ilişkin bu basit anlayışı kabul eder. Bugün bir klasik haline gelmiş *The Concept of Law* kitabının başında Herbert Hart, Austin'in hukukun doğasına dair öne sürdüğü tezlere tamı tamına bu nedenle yani hukukun pratik yanını ve hukukla ilişkili aktörlerin perspektifini değerlendirmekten uzak olduğu için karşı çıkar<sup>4</sup>. Hukuk sistemlerinin zorunlu olarak birincil ve ikincil kuralların birleşiminden oluştuğunu belirten Hart, hukukun normatifiğini resmi görevlilerin toplumsal pratiği olan tanıma kuralından hareketle açıklar<sup>5</sup>. Aynı şekilde, Hans Kelsen saf hukuk kuramında, hukukun bütün toplumsal olgulardan bağımsız olarak normatif bir sistem olmasına vurgu yapar<sup>6</sup>. Çağdaş hukuki pozitivistlerin artık neredeyse tamamı bu iki düşünürün ileri sürdüğü gibi, hukukun normlarla temellenen, pratik bir faaliyet olduğunu kabul etmektedir. Fakat hukukun normlarla temellendiğini kabul ederken, Hart ve Kelsen hukukun doğasıyla ilişkili bu açıklamalarının normatif olduğunu yani politik veya etik bir değer taşıdığını düşünmezler. Oysa bizim burada ele alacağımız normatif pozitivistler, hukukun pozitivist açıklamasının normatif olarak iyi, değerli bir şey olduğunu savunurlar.

Hukukun normlardan oluştuğunu belirten anlayışın ve normatif pozitivizmin aynı şekilde isimlendirilmesi dilsel bir sorun ortaya çıkardığı için normatif pozitivizmin temsilcilerinden Tom Campbell normatif pozitivizm terimi yerine etik pozitivizm terimini kullanır<sup>7</sup>. Campbell, ahlaki yerine etik tabirini kullanmasının nedenini, etik pozitivizm teriminin, kurumsallaşmış uygulamaların tasvirini ve kurumsal roller üstlenenlerin davranış biçimlerini etkileyen

<sup>3</sup> Roger Shiner, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford, 2011, s. 19-39. Shiner'e göre: "Basit pozitivizm, hukuk teorisyeninin tüm hukuka ve tüm hukuk sistemine dışsal bir bakış açısıyla yaklaşmasının sadece mümkün değil aynı zamanda gerekli olduğunu iddia eder". Shiner, s. 25.

<sup>4</sup> Hart'ın Austin eleştirisi için bkz. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 18-78.

<sup>5</sup> Hart, *The Concept of Law*, s. 100.

<sup>6</sup> Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 10-15.

<sup>7</sup> Tom Campbell, bilimsel yöntem olarak insan davranışlarını madden gözlemlenebilir şeylere indirgeyen empirik sosyal bilimsel yönetime karşı olarak Dilthey, Weber ve Schutz'un hermenötik yöntemini kullandıkları için övdüğü yeni pozitivistlerin, hukuku, empirik pozitivizmde olduğu gibi yaptırımların kestirimsel uygulanmasına yahut hukuki realizmde olduğu gibi mahkemelerin kararlarına yani tamamen maddi fenomenlere indirgemediklerini belirtir. Yeni pozitivistler arasında Hart'ı, Kelsen'i ve Neil MacCormick'in isimlerini zikreden Campbell, yeni pozitivizmin zaman zaman "normatif pozitivizm" olarak adlandırıldığını bu nedenle kendi savunduğu kuram için alternatif olarak bu tabiri kullanmadığını belirtir. Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, New York, 2016, s. 79.

ikinci dereceden ahlaki sebepler sistemini daha iyi ifade etmesi olarak açıklar<sup>8</sup>. Ahlaki terimi, etik teriminin aksine bire bir toplumsal etkileşime vurgu yapmaktadır dolayısıyla “etik pozitivizm” tabiri, hukukun önemli toplumsal amaçlara hizmet eden kurumsallaşmış bir iş yapma biçimi olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret eder. Normatif pozitivizmin diğer çağdaş temsilcisi Jeremy Waldron ise etik tabirinin bu bağlamda kurumların normatif standartlarla değerlendirilmesinden çok kişisel davranışların değerlendirilmesine atıf yaptığını belirterek Campbell’in isimlendirmesine katılmaz ve normatif pozitivizm tabirini kayıt koyarak kullanmaya devam eder<sup>9</sup>. Bu makalenin devamında farklı bir kayıt koyulmadığı takdirde “normatif pozitivizm” kavramı hukuki pozitivizmin normatif değerini temel alan kuram olarak kullanılacaktır<sup>10</sup>.

## I. NORMATİF POZİTİVİZMİN KONUMLANDIRILMASI

### A. Farklı Hukuki Pozitivizmler

Normatif pozitivistlerin hukukla ilgili görüşlerini nasıl biçimlendirdiklerini anlamak için söz konusu öğretinin öncelikle hukuki pozitivizm tartışmaları içerisindeki yerini belirlemek gerekir. Bunun için hukuk felsefesi içerisinde yakın zamanda önemli bir yer edinen hukuk felsefesinin nasıl yapılması gerektiğini açıklayan metodolojik tartışmalara değinilmelidir. Hukuki pozitivizm, öncelikle ele alındığı şekliyle, hukukun ne olduğu sorusunu en doğru

<sup>8</sup> Campbell, *The Legal Theory of*, s. 3.

<sup>9</sup> Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”, Jules Coleman (der.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 412.

<sup>10</sup> Literatürde “normatif pozitivizm” yerine “etik pozitivizmden” daha farklı tabirler de kullanılmaktadır. Bunların en popülerleri arasında “politik pozitivizm” ve “ideolojik pozitivizm” kullanımlarını sayabiliriz. Politik pozitivizm için bkz: Richard Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron’s Contribution to Political Positivism’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773. Ideolojik Pozitivizm tabiri, İtalyan hukukçu ve politik teorisyen Norberto Bobbio tarafından pozitif hukuka, pozitif hukuk olduğu için itaat edilmesi gerekliliğiyle ilgili bir ideoloji olarak tanımlanır. Pierluigi Chiassoni, “From Savigny to Linguistic Analysis: Legal Positivism Through Bobbio’s Eyes”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 330-331. Çağdaş normatif pozitivistlerin çoğunluğu Avustralya ve Yeni Zelanda kökenli oldukları için David Dyzenhaus tarafından bunlara “antipodean” pozitivistler ismi verilir. Antipodean terimi İngilizce’de Avustralya ve Yeni Zelanda için kullanılır. David Dyzenhaus, ‘The Justice of the Common Law: Judges, Democracy and the Limits of the Rule of Law’, yayınlanmamış ders, Melbourne, 8 November 2000, s. 4. Hukuki pozitivizmin öncelikle hukukun doğasına dair bir teori olduğunu savunan John Gardner ise normatif pozitivistleri “positivity-welcomers” olarak niteler. Gardner hukuki pozitivizmi ahlaki, politik bir amaç için araçsallaştırdıkları için normatif pozitivistlerin kavramsal pozitivistlere oranla hukukçular tarafından ehven-i şer olarak görüldüklerini belirtir. İngilizcedeki “welcomers” ifadesi sıcak, hoş karşılananlar olarak çevrilebileceği gibi bir yere yeni gelenler için de kullanılır. Gardner, eğer bu anlamıyla normatif pozitivistleri, asıl hukuki pozitivistler olarak gördüğü kavramsal pozitivistlere geçiş için bir ara form olarak görüyorsa normatif pozitivistler bu iddiayı rahatlıkla yanıtlayabilirler çünkü ileride ayrı bir bölümde değerlendireceğimiz gibi hukuki pozitivizmin ataları normatif pozitivizmi benimsemişlerdir. Gardner, s. 26.

şekilde açıklama iddiasında bulunan bir teoridir. Bu anlamda hukuki pozitivizm, hukuku ahlaki ve toplumsal olgulardan ibaret sayan doğal hukukçu öğreti yahut hukuku sadece yargılama safhasına indirgenmiş tamamen empirik bir faaliyet olarak gören hukuki realizm ekolünde olduğu gibi birinci derece bir teoridir. Hukuk felsefesi içerisindeki ana tartışma tahmin edileceği gibi öncelikle birinci derece teoriler arasındadır. Fakat hukukbiliminin araştırma programı sadece bundan ibaret değildir. Özellikle yakın zamanda analitik gelenekten gelen hukukbilimciler, bir araştırma şekli olarak hukuk felsefesinin kendisini sorgulamaya başlamışlardır. Bu yeni sorgulama alanı metodolojik hukukbilim olarak adlandırılır. Metodolojik hukukbilimin penceresinden bakıldığında, hukuki pozitivizm hukukun doğasının ne olduğuyla ilgili birinci derece bir teori olmaktan çıkıp ikinci derece bir teori yahut başka bir nitelendirmeyle meta teori haline gelir<sup>11</sup>. Tıpkı ahlak ve meta ahlak ikilisinde olduğu gibi hukukbilimine nasıl yaklaşacağımıza dair yargılar hukukun doğasının açıklanması sorusuna vereceğimiz yanıtlarla yakından bağlantılıdır.

Hukuk felsefesi içerisindeki metodolojik kamplaşmaya bakıldığında kabaca iki pozisyon olduğunu görürüz. Bunların ilki, hukukla alakalı doğru bir teorinin ahlaki, politik yahut işlevsel değerlendirmeden bağımsız bir yaklaşımla kurulamayacağını belirten anlayışları kabul eden normatif hukukbilimcilerdir<sup>12</sup>. İkinci grup ise hukukun ne olduğuyla ilgili doğru bir teori kurmak için ahlaki, politik, işlevsel bir değerlendirme yapmamıza gerek olmadığını belirten betimsel hukukbilimcilerdir<sup>13</sup>. Betimsel hukukbilimciler, metodolojik pozitivistler olarak da adlandırılır. Hukukun ne olduğuna dair tartışmada yaşanan ayrışmanın burada büyük oranda korunduğu yani anti-pozitivistlerin

<sup>11</sup> Genel hukukbilimin metodolojisine odaklanan çalışmalar içinde en derli toplu olanı ve bütün bir kitabı bu konuya ayıran eser Julie Dickson'ın kitabıdır. Dickson, Joseph Raz'ın başarılı bir hukukbilim yapmak için benimsediği iki kriteri yani, hukukbiliminin öncelikle hukukla ilgili zorunlu doğru önermelerden oluşması ve hukukun doğasını yeterli bir şekilde açıklama gerekliliklerini temel alarak, hukuk felsefesinin John Finnis, Ronald Dworkin ve H.L.A. Hart gibi önemli aktörleriyle hesaplaşır. Dickson'ın kendi öne sürdüğü argümanlarına göre hukukbilimi yapma faaliyeti değerlendirmeden bağımsız değildir fakat bu değerlendirme dolaylı bir değerlendirmedir yani ahlaki ve politik değerlendirmeyi içine almaz. Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001. Hukukbilimi yapmanın dolaylı bir değerlendirme yapmayı gerektirdiği fakat ahlaki ve politik bir değerlendirmeyi içermediğine katlanı düşünürler için bkz: Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, New York, 2001, s. 177-217. Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011, s. 109-135.

<sup>12</sup> Normatif metodolojiyi benimseyenler arasında en önemlileri John Finnis ve Ronald Dworkin'dir. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, s. 3-22. Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümlerliği*, (çev. E. Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2018, s. 72-152.

<sup>13</sup> Betimsel hukukbilimciler arasında pozisyonu en tartışmalı olan Herbert Hart'tır. Hart'ın metodolojik pozisyonu zaman içerisinde yazdıkları açısından değerlendirildiğinde tutarsız olarak görülebilirse de nihayetinde akademik hayatının sonunda *The Concept of Law* kitabına yazdığı son ek kısmında açıkça betimsel metodolojiyi benimsemiştir. Hart, *The Concept of Law*, s. 240. Bu pozisyonu diğer benimseyenler için bkz. Coleman, *The Practice of Principle*, s. 177-217, Marmor, *Philosophy of Law*, s. 109-135, Gardner, s. 26-29. Dickson, s. 133-144.

ilk öğretiyi benimsediklerini bunun karşısında ise pozitivistlerin hukuk felsefesini kendi içinde özerk, bilimsel bir disiplin olarak gördükleri için ikinci anlayışı kabul ettikleri hatta bunun bir zorunluluk olduğu düşünülebilir. İlk bakışta doğru gibi görünen bu çıkarımın yanlış olduğu öne sürülmelidir. Çünkü kaideyi bozan istisnalar mevcuttur. Örneğin Michael Moore doğal hukukçu olmasına rağmen hukuk felsefesinin betimsel bir araştırma programını gerektirdiğini belirtir<sup>14</sup>. Moore, böylelikle hukukun doğasına dair görüşlerinde Dworkin ve Finnis'in anti pozitivist kampına dahil edilebilirken hukuk felsefesinin betimsel, bilimsel bir faaliyet olduğunu kabul eder. Kaideyi bozan istisnalara diğer bir örnek ise normatif pozitivizmi savunanlardır. Örneğin Jeremy Waldon, bir yandan hukuk felsefesinin normatif bir faaliyet olduğunu kabul ederken hukukun doğasına dair yaklaşımı tıpkı Herbert Hart, Joseph Raz ve Jules Coleman gibi pozitivisttir yani hukukun toplumsal bir olgu olduğunu kabul eder<sup>15</sup>.

O halde hukuki pozitivizme dair ayrımı öncelikle birinci derece teorileri, ikinci derece teorilerden ayırarak yapabiliriz. Böyle bakıldığında hukuki pozitivizm bu makalenin anlam haritası içerisinde, birinci derece bir teori olarak maddi pozitivizm ve ikinci derece bir teori olarak normatif pozitivizm ve metodolojik pozitivizm<sup>16</sup> olarak ayrılmalıdır. Maddi hukuki pozitivizm hukuk kavramı ve hukukun doğasıyla yahut her ikisiyle ilgili analitik bir teoriyken, normatif pozitivizm maddi hukuki pozitivizmin ilkelerinin kabul edilmesi için ahlaki ya da politik nedenler olduğunu ileri sürer<sup>17</sup>. Metodolojik pozitivistler, hukuk teorisinin betimsel, yani, ahlaki, politik değerlendirmeden bağımsız bir faaliyet olduğunu vurgularken yine çoğunluğu hukukun doğasına dair görüşlerinde maddi pozitivizmi benimserler<sup>18</sup>. Çağımızda bu pozisyonu inşa

<sup>14</sup> Michael S. Moore, "Law as Functional Kind", Robert P. George (der.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1994, s. 188-245.

<sup>15</sup> Waldron, "Normative", s. 411-433

<sup>16</sup> "Metodolojik hukuki pozitivizm" kavramını ilk kullanan düşünür Stephen Perry'dir. Metodolojik pozitivizm kavramı hukuk teorisine ilgili bir kavram olduğundan literatürde yerine kullanılan "betimsel hukukbilim" yahut "betimsel hukuk teorisi" kavramlarıyla aynı anlama gelir fakat "betimsel pozitivizm" hukuk teorisine ilgili değil hukukun doğasına ne olduğuyla ilgili bir kavramdır, bu iki kavramın birbiriyle karışma ihtimali olduğu için metodolojik pozitivizm kavramının kullanımı önemlidir. Perry örneğin hukukun doğasıyla ilgili pozitivist teorileri tanımlamak için "maddi hukuki pozitivizm" tabirini kullanır böylelikle birinci dereceden sınıflandırmayla ikinci dereceden sınıflandırmayı birbirinden ayırır., Stephen Perry, 'Hart's Methodological Positivism', *Legal Theory*, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1998, ss. 427-467, s. 427.

<sup>17</sup> Torben Spaak / Patricia Mindus, "Introduction", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 12.

<sup>18</sup> Spaak / Mindus, metodolojik pozitivistlerin hukukla değil hukuk bilimiyle ilgilendiklerini yani hukuk biliminin doğru anlaşıldığında değerler bakımından tarafsız olduğunu savunduklarını belirtirler. Bu cümlede iki tane hata olduğunu düşünüyorum öncelikle böyle okunduğunda bu ifadeden sanki metodolojik pozitivistlerin sadece hukuk biliminin yapıma şekliyle ilgilendikleri anlaşılabilir. Oysa bu iddia açıkça hatalıdır çünkü yukarıda belirtildiği gibi örneğin Hart hem metodolojik pozitivisttir hem de hukukun doğasıyla ilgili açık-

eden ve savunan hukuk teorisi aktörlerinin önde gelen ismi Herbert Hart'tır. Hart, *The Concept of Law* kitabına nerdeyse 30 yıl sonra yazdığı ekte kendi anlayışını Ronald Dworkin'in yaklaşımından ayırmak için açıkça hukukbilimine yaklaşımının betimsel yani aklaki olarak nötr ve herhangi bir amaçla gerekçelendirmeden bağımsız olduğunu belirtir<sup>19</sup>. Anlaşılabacağı gibi, Hart'ın hukukbilimiyle ilgili görüşleri, hem maddi hem metodolojik olarak pozitivisttir. Hukukbiliminde metodolojik tartışmaların yoğunlaşması Hart'ın kitabına yazdığı ek sonrası artmıştır. Normatif pozitivistlerin kendilerini metodolojik pozitivistlerden hangi gerekçelerle ayırdıklarına gelmeden önce maddi hukuki pozitivistizmin farklı anlayışları ortaya konulmalıdır.

Hukuki pozitivistler kendi içlerinde farklılaşsalar da hepsinin ortak olarak savunduğu tez hukukun nihai olarak toplumsal bir olgu olduğu tezidir<sup>20</sup>. Toplumsal olgular insanların toplumsal etkileşimlerdeki davranış, kanaat ve tavırlarıyla ilgili olgulardır<sup>21</sup>. Pozitivistler hukukun nihai olarak toplumsal olmasında anlaşmalarına karşın, bu tekdüzeliğin abartılmaması gerekir. Bu anlamda pozitivistler arasında belirleyici olan ayırım, hukuk nihai olarak toplumsal olsa da acaba toplumsal bir pratikten kaynaklanan hukukun geçerliliğinin ahlaki muhakemeye izin verip vermediği tartışmasıdır. Daha basit bir ifadeyle, Hart'ın ortaya koyduğu biçimiyle, bir toplumda hukukun geçerliliğini sağlayan şey, resmi görevlilerin pratiği olarak kabul edilen tanıma kuralıysa, tanıma kuralını ortaya çıkaran toplumsal pratik, ahlaki bir ilke veya kuralı hukuki geçerlilik için temel alabilir mi tartışmasıdır. Bu tartışma, ileride göreceğimiz gibi normatif pozitivistlerin iddialarını anlamak için önemlidir.

Hukuki pozitivistler bu tartışmada ikiye ayrılırlar. Bir kısmı, belirli bir hukuk çevresinde eğer resmi görevlilerin tanıma kuralını pratik etme şekilleri ahlaki normları içeriyorsa o hukuk çevresine has olarak yani olumsal olarak

---

lamaları değerlendirildiğinde maddi pozitivisttir. İkinci hata ise metodolojik pozitivistlerin, hukuk biliminin değerler bakımından tarafsız, nötr olduğunu öne sürdüklerinin söylenmesidir. Toplumla ilişkili bütün teori inşa faaliyetlerinde olduğu gibi hukuk teorisi de hukukun zorunlu ve yeterli şartlarını ararken önündeki unsurlar bakımından bir değerlendirme yapar. Örneğin bir masanın masa olarak hukukun zorunlu unsurları içerisinde yer almadığı açıktır çoğu teorisyen bunu dikkate bile almaz fakat bu dikkate alma ya da almama faaliyetinin kendisi bir değerlendirme faaliyetidir. Sanırım burada karıştırılan ahlaki, politik değerlendirmenin kendi başına bütün değerlendirme faaliyetlerini kapsadığına dair yanlış görüştür. Spaak / Mindus, s. 13.

<sup>19</sup> Hart, *The Concept of Law* s. 240.

<sup>20</sup> Raz'a göre, en genel terimlerle ifade edildiğinde hukuki pozitivistizmin toplumsal tezi, neyin hukuk ve neyin hukuk olmadığını nihayetinde toplumsal bir olgu olduğudur. Raz'a göre bununla bağlantılı olarak pozitivist ahlaki tez ise, hukukun ahlaki değerinin, hukukun içeriğine ve uygulandığı toplumun koşullarına bağlı olan olumsal bir mesele olmasıdır. Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 37. Shapiro, hukuki pozitivistlerin, bütün hukuki olguların nihai olarak sadece toplumsal olgular tarafından belirlendiği görüşünü öne sürdüklerini belirtir. Scott J Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, s. 27.

<sup>21</sup> Mark Murphy, *Philosophy of Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2007, s. 30.

tanıma kuralının ahlaki içeriğe ve ahlaki muhakemeye izin verdiğini kabul ederler. Bu anlayışı savunanlar hukukbilim literatüründe “yumuşak” yahut “kapsayıcı” pozitivistler olarak adlandırılır<sup>22</sup>. Pozitivistlerin diğer bir kısmı ise örneğin Joseph Raz’ın yaptığı gibi hukukun zorunlu olarak otorite sahibi olma iddiasına ters düştüğü için yahut başka argümanlarla tanıma kuralının ahlaki içeriğe ve muhakemeye izin vermediğini belirtirler. Bunlara ise literatürde “sert” veya “dışlayıcı” pozitivistler ismi verilir<sup>23</sup>.

Hukuki pozitivizmi anlamak için diğer önemli nokta normatif bir sistem olarak hukukun diğer normatif kurallarla özellikle de ahlakla arasındaki ilişkinin belirlenmesidir. Hukuki pozitivistler, John Austin’in “hukuk bir şeydir; onun değerli olup olmadığı başka bir şeydir” mottosunu ortaya koymasından beri hukukla ahlak arasındaki ilişkiye odaklanırlar. Literatürde “ayırım tezi” olarak adlandırılan anlayışa göre hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yoktur. Ayırım tezinin anlamı hukuki pozitivistler ve karşıtları tarafından uzun süredir irdelenmektedir. İlk bakışta, ayırım tezinin bütün pozitivistler tarafından kabul edildiği, hatta ayırım tezinin, hukuki pozitivizmin benimsediği toplumsal tezin zorunlu uzantısı olduğu düşünülebilir. Fakat ayırım tezini en azından yukarıda belirlendiği şekilde yani hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olmaması anlamında kabul etmeyen hukuki pozitivistler mevcuttur. Joseph Raz, Andrei Marmor, Leslie Green, John Gardner, Jules Coleman gibi pozitivistler hukukla ahlak arasında zorunlu bağlar olduğunu belirterek yukarıda belirtilen şekliyle bu tezi kabul etmezler<sup>24</sup>. Bu düşüncülerin ortak önerisi, ayırım tezinin manasının sınırlanması ve yenilenmesi şeklindedir. Örneğin John Gardner yakın zamanda çok etkili olan “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*” başlıklı makalesinde hukukla ahlak arasındaki ayrımı hukuki geçerlilik temelinde kurar<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Kapsayıcı pozitivistleri savunan düşünürler ve argümanları için bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 200-212. Coleman, *The Practice of Principle*, s. 103-119. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994. Kenneth Einar Himma, *Morality and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 61-89.

<sup>23</sup> Sert pozitivistleri savunan düşünürler arasında Joseph Raz, Andrei Marmor, Brian Leiter ve Scott Shapiro sayılabilir. Sert pozitivistlerin bu pozisyonu ayrı ayrı benimsemek için argümanlarının titizlikle açıklandığı eser için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

<sup>24</sup> Mindus / Spaak, “Introduction”, s. 9.

<sup>25</sup> Gardner’a göre hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağın olmadığı şekliyle anlaşıldığında ayırım tezi absürttür ve önde gelen hiçbir hukuk filozofu bu şekliyle tezi kabul edemez. Hukukla ahlak arasında bir sürü zorunlu ilişki bulunmaktadır en basitinden hem hukuk hem ahlak bazı geçerli normları içermek bakımından zorunlu olarak benzerdir. Bu önemsiz örneğin yanında Gardner, hukukla ahlak arasında başka birçok zorunlu bağlar mevcut olduğunu ve hukuki pozitivistlerin bunları vurgulamak için büyük bir çaba sarf ettiklerini belirtir. Gardner’e göre, pozitivist gelenek içerisindeki düşünürlerden, Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz ve Coleman’ın hepsi hukukun doğasının farklı yönlerini açıklarken hukuk ve ahlak arasındaki önemli zorunlu bağların bir kısmına vurgu yaparlar. Gardner, s. 48. Waluchow, ayırım tezinin, eğer pozitivistlerin ahlakın hukuk üstünde hiçbir etkisinin olmadığını kabul ettikleri çıkarımıyla okunursa çok yanlış olacağını, ayırım tezinin çok özel ve sınırlı bir anlamı olduğunu belirtir. Waluchow’a göre ayırım tezini öne

Gardner'ın formüle ettiği şekliyle “herhangi bir hukuk sisteminde verili bir normun hukuki olarak geçerli olup olmadığını yahut verili bir normun hukuk sisteminin bir parçası olup olmadığını gösteren şey o normun değerine değil kaynaklarına bağlıdır”. Gardner'ın tanımlamasıyla hukukla ahlak arasındaki ilişki değerlendirilirken temel alınması gerekenin, hukuki geçerlilik yani hukukilik problemi olduğu vurgulanır<sup>26</sup>.

Ayrım tezinin hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağ yoktur anlamına gelmediği, buradaki ayrımın ahlakın metafiziği ile hukukun metafiziği arasındaki bir fark olduğu, onun da hukukilikle yani hukuki geçerlilikle ilgili olduğu, artık hukuki pozitivistlerin hepsi tarafından kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Buradan şu sonuca varılabilir, hukuk felsefesi geleneği açısından iki tane ayrım tezi vardır, bunların ilki, artık hukuki pozitivistler tarafından kabul edilmeyen fakat anti-pozitivistlerin sıklıkla cephanelerini boşaltmak için başvurdukları korkuluk adam haline gelen, hukukla ahlak arasında zorunlu bağ olmadığı anlamındaki ayrım tezidir, ikincisi ise farklı versiyonları mevcut olsa da hukuki pozitivistlerin kabul ettikleri ayrım tezidir.

Ayrım tezinden başka, elimizde hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyle alakalı bir tez daha vardır: “Ayrılabilirlik tezi”. Ayrılabilirlik tezi, kapsayıcı ya da yumuşak pozitivistlerin kendilerini sert pozitivistlerden ayırmak için, kullandıkları tezdur. Kapsayıcı pozitivistler, Ronald Dworkin'in Hart'a yönelttiği eleştirilerinde, iki önemli farklı tezi birbirine karıştırdığını, böylelikle de kendince gerçek pozitivistin ancak sert pozitivist olabileceği sonucuna ulaştığını öne

sürerken pozitivistler temel bir noktayı vurgularlar: Hukukun kendisi yahut hukukilik, bir hukuk sisteminin yahut o hukuk sisteminin yasalarının ahlaki bir değere sahip olmasını garanti altına almaz. Will J. Waluchow, “The Origins of Inclusive Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 489. Waluchow yumuşak pozitivist, Gardner ise sert pozitivist savunmasına karşın ayrım tezinin sınırlanması gerektiği konusunda aynı fikirde oldukları rahatlıkla söylenebilir.

<sup>26</sup> Ayrım tezi bu şekilde yeniden nitelendirildiğinde pozitivist geleneğin içerisindeki yumuşak ve sert pozitivist ayrımı Gardner tarafından buna göre değerlendirilir. Böylelikle, yumuşak hukuki pozitivistler, bazı hukuk sistemlerinin normların değerlerine göre hukuki olarak geçerli olabilmeye izin verdiğini fakat bu iznin ancak hukuki olarak geçerli diğer normlar, hukuki geçerlilikle ilgili olarak bu değerleri (örneğin makul olması gibi) seçerse mümkün olduğunu savunurlar. Sert pozitivistler ise bu argümanı reddederler. Onlara göre, sadece ve yalnızca makul yasaların geçerli olacağını beyan eden bir yasa, görünüşe rağmen, başka hiçbir normu hukuki olarak geçerli kılmaz. Aksine, bu tarz ahlaki normları makul olarak sınıflandırarak onaylama görevini bir yetkililiye (örneğin yargıçlara) verir. Bu sert pozitivist bakış açısından değer yüklü olan yasaların geçerliliği onların değerli olmalarına değil bir resmi görevlinin onları değerli olarak sınıflandırmasına yani kaynaklarına bağlıdır. Gardner, s. 21-22.

<sup>27</sup> Doğal hukukçular için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Örneğin Alexy hukuki pozitivistizmle ilgili yukarıda geçen tezlerden toplumsal tezi, hukuki pozitivistizmle ayırt eden bir tez olarak ele almaz. Ona göre toplumsal tez doğal hukukçular tarafından da kabul edilen ilginç yönü olmayan bir tezdur. Alexy hukuki pozitivistizmin asıl ayırt edici vasfının ayrım tezinde ortaya çıktığını söyler. Fakat Alexy'nin kendi anlayışına temel aldığı ayrım, hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağlantının olmadığıdır. Robert Alexy, The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism, (çev. B. L. Paulson / S. L. Paulson), Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 3, 20-23.

sürerler<sup>28</sup>. Buna göre, ayırım tezi: Kavramsal bir zorunluluk meselesi olarak, bir normun hukuki geçerliliğinin asla onun ahlaki normlarla olan tutarlılığına dayanmadığıdır. Ayrılabilirlik tezi ise: Bir normun hukuki geçerliliğinin ahlaki normlarla olan tutarlılığına dayandırılabilirliğinin kavramsal olarak mümkün fakat hiçbir şekilde zorunlu olmadığıdır<sup>29</sup>. Ayrılabilirlik tezine göre hukukilik ve ahlak sadece ayrılabilir, yani birbirinden ayrılma kapasitesi mevcuttur fakat böyle olması zorunlu değildir. Kısacası yumuşak pozitivistler ayırım tezini reddederlerken, ayrılabilirlik tezini bütünüyle kabul ederler<sup>30</sup>. Tüm bunlardan sonra şimdi artık normatif pozitivistlerin tüm bu hukuki pozitivist tezler açısından nasıl bir anlayışa sahip olduklarını sorgulamaya başlayabiliriz<sup>31</sup>.

## B. Normatif Pozitivizmin Farklı Hukuki Pozitivizmler İçerisindeki Yeri

Normatif pozitivistler öncelikle ikinci derece bir teori olarak hukuki pozitivizm içerisindeki baskın anlayışa yani metodolojik pozitivizme itiraz ederler. Yukarıda kısaca değindiğimiz bu baskın anlayışa göre hukukbilimi içerisinde, bir teori ortaya koymak için ahlaki ve politik bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç yoktur. Hukuk kavramının açıklanması, tıpkı bilgi kavramının açıklanmasına benzer, kimse bilginin açıklanmasının ahlaki bir argüman öne sürmeyi gerektirdiğini yahut bilginin ahlaki olarak gerekçelendirilmesi gerektiğini söylemez. Aynı şekilde metodolojik pozitivistler, kendine has toplumsal bir organizasyon olarak hukukun ahlaki olarak nötr, kavramsal bir açıklanmasını sunduklarını öne sürerler. Bu şekilde sunulan bir açıklama hukukun özelliklerinin iyi yahut kötü olduğunu belirtmez ve belirtmek zorunda değildir. Hukuka, ne zaman ve niçin itaat edilmesi gerektiğini ortaya sermez. Hukuk kuramı bu ikincil soruların cevaplandırılması için vazgeçilmez bir öncüdür, fakat kendisi bu soruları yanıtlayamaz. Böylelikle metodolojik pozitivizm olarak adlandırılan görüş, hukukbilimin, ahlak felsefesinden ve politika felsefesinden özerk bir disiplin olduğunu savunur. Metodolojik pozitivistlere göre hukukun doğası analitik bir şekilde zorunlu ve gerekli şartların ortaya konulmasıyla belirlenir. Metodolojik pozitivistlerin bakış açısından hem hukukbiliminin hem de hukukun kendisinin ahlakla arasında zorunlu bir bağlantı yoktur.

<sup>28</sup> Waluchow, "The Origins of ...", s. 494.

<sup>29</sup> Waluchow, "The Origins of ...", s. 495.

<sup>30</sup> Waluchow, "The Origins of ...", s. 495.

<sup>31</sup> Hukuki pozitivizmin benimsediği iki tezden daha bahsedilebilir, bunlar, toplumsal etkililik tezi, yani hukukun geçerliliğinin (bir sisteme mensup olmak anlamında) o hukuk sistemine mensup olan yurttaşların en azından büyük kısmının hukuka riayet etmelerini ve resmi görevlilerin de hukuku uygulamalarına bağlı olmasıdır. Hukuki pozitivistlerin mühim düşünürlerinden ikisi Hans Kelsen ve H.L.A. Hart bu tezi kabul ederler. Sonuncu hukuki pozitivist tez ise semantik tezdır. Semantik teze göre hak, yükümlülük, geçerlilik, ödev, otorite gibi kelimelerin hukuki kullanımı, ahlaki kullanımlarından farklıdır. Yine Hart ve Kelsen'in semantik tezi benimsediği söylenebilir. Spaak / Mindus, s. 11.

Normatif pozitivistler, metodolojik pozitivizme karşı çıktıkları oranda anti-pozitivist geleneğin hukukbilimiyle ilişkili değerlendirmesine yaklaşırlar. Konunun daha iyi anlaşılması açısından kısaca iki düşünürün bu konudaki bakışını ortaya koymak istiyorum. John Finnis'in ve Ronald Dworkin'in hukukbilimine yaklaşımları metodolojik pozitivistlerin görüşlerini olumsuzlar. Onlara göre hukukun ne olduğunun açıklanması onun ahlaki-politik değerinin açıklanmasından bağımsız olamaz.

Finnis'e göre hukukun açıklanması çabası doğan makul bir hukuk teorisi normatif olarak durağan olamaz<sup>32</sup>. Hukuk insan eylemleriyle ilgili olduğundan yani insanların seçimlerinin sonuçlarından ortaya çıktığından makul bir hukuk teorisi ve onun zorunlu özellikleri hukuk yapmanın ve onu sürdürmenin sebeplerini gösterecek şekilde inşa edilmelidir<sup>33</sup>. Finnis, buradan hareket ederek öncelikle Hart'ın hukuk sistemiyle ilgili merkezi vaka anlayışını ve içsel bakış açısı anlayışını temel alır. Hatırlanacağı gibi Hart'ın ortaya koyduğu içsel bakış açısı anlayışı, hukukun açıklanması için sadece dışsal aktörlerin bakış açısına değil bizatihi hukuki aktörlerin içsel bakış açısına referansta bulunmayı gerektirir<sup>34</sup>. Yani hukukun ne olduğunun bilinmesi için John Austin'in anlayışında olduğu gibi hukuk aktörlerinin davranışlarındaki dışsal düzenlilikler seviyesinde kalmayıp hukuki kuralları kendi eylemleri için standart olarak belirleyenlerin pratik bakış açılarına atıf yapılması gerekir. Yalnız Hart'ın öne sürdüğü anlayışa göre hukuka dair içsel bakış açısını benimseyenler bunu ahlaki sebeplerle yapmak zorunda değildirler. Hart bir hukuk sisteminin geçerli olması için olmazsa olmaz gördüğü resmi görevlilerin o hukuk sistemini içsel bakış açısıyla benimsemelerini, uzun dönem çıkar hesaplarına, çok da üstünde düşünülmemiş öylece tevarüs edilmesine veya geleneksel bir tavra ya da sadece diğer herkesin öyle yaptığı için öyle yapma isteğine dayandırır<sup>35</sup>. Finnis, tam da Hart'ın içsel bakış açısıyla ilgili bu anlayışına itiraz eder. Finnis'e göre içsel bakış açısını ahlaki olmayan sebeplerle kabul edenlerin perspektifi merkezi içsel bakış açısı perspektifi olamaz. Finnis bunları açıkça, hukuku var eden pratik bakış açısının olması gereken halinin sapkın veya seyreltilmiş versiyonları olarak görür<sup>36</sup>. Finnis'in öne sürdüğüne göre, hukuka bakışta merkezi bir vakayı ele aldığımız gibi içsel bakış açısında da merkezi bir anlayışı benimsememiz gerekir ve içsel bakış açısının bu olması gereken anlayışı kariyeristlerin, konformistlerin veya gelenek-

<sup>32</sup> John Finnis, 'Law and What I Truly Should Decide', *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 107-129, s. 119.

<sup>33</sup> Finnis, 'Law and What ...', s. 129.

<sup>34</sup> Hart, *The Concept of Law*, s. 81.

<sup>35</sup> Hart, *The Concept of Law*, s. 203.

<sup>36</sup> Finnis, *Natural Law*, s. 14.

seleçilerin anlayışı olamaz<sup>37</sup>. Merkezi katılımcı içsel bakış açısı, Finnis'e göre, hukuk sisteminin ayrıksı toplumsal bir yapı olarak kurulmaya, sürdürülmeye değer olduğunu kabul eden tam da bu nedenle hukuka itaat etmenin ahlaki bir yükümlülük olduğunu vurgulayan bakış açısıdır. Eğer resmi görevliler hukukla ilgili bu perspektife sahip değillerse, hukuk sistemi istikrarsız hale gelir<sup>38</sup>. Demek ki hukuk teorisinin vazifesi, hukuk sistemine ahlaki olarak bağlı bakış açısını ortaya koymaktır. Böyle ortaya konulduğunda Finnis'in bakış açısı metodolojik pozitivistlerin tam zıddıdır. Hukukun doğasını gerçek anlamıyla ortaya koyabilmek için hukukun ahlaki anlamının ve amacının bilinmesi gerekir. Finnis'e göre bu sorunun yanıtı öncelikle her insan için nesnel olarak gördüğü kendiliğinden aşikâr insani temel iyiliklerin belirlenmesinde yatar. Temel insani iyilikler şöyle sıralanır: Yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyalleşme, din (anlam arayışı anlamında) ve pratik makuliyet<sup>39</sup>. Finnis, kişinin kendi iyiliğini aramasıyla, başkalarının iyiliğini araması arasına keskin bir sınır çizilemeyeceğini kabul eder. Örneğin sosyalleşme kişinin kendini geliştirmesinin bir parçasıdır fakat sosyalleşme arayışı aynı zamanda bizi politik cemaatin ortak iyisiyle ilgilenmeye yöneltir. Ortak iyi kavramı, Finnis'in kendi hukuk teorisini inşa etmesini sağlar. Ortak iyinin sağlanması için insan davranışlarının koordine edildiği stabil ve düzenli bir toplumda yaşamamız gerekir. İnsanlar akıl sahibi mahluklar olmalarına karşın ortak iyiye ulaşmak için hangi yolun izlenmesinin en iyi olacağı konusunda anlaşmazlığa düşebilirler. Hukukun amacı Finnis'e göre hangi eylemi gerçekleştirmemiz gerektiğini yetkeyle düzenleyerek bu sorunu çözmektir. Hukukun otoritesi temel iyilerin güvence altına alınmasını ve ortak iyinin izlenmesini için ortaya çıkan koordinasyon sorunlarının çözümünün tek yoludur. Bu ahlaki olarak değerli amaç hukuka içkindir<sup>40</sup>.

Metodolojik hukukbilimle ilgili görüşlerine değineceğimiz diğer düşünür Ronald Dworkin'dir. Dworkin, öncelikle hukuku anlamak için onu inşai olarak yorumlamamız gerektiğini belirtir. İnşai yorum Dworkin'e göre, "bir nesne veya pratiği dahil olduğu kabul edilen form yahut türün mümkün en iyi örneği kılabilmek için, ona bir amaç yükleme meselesidir<sup>41</sup>." Anlaşılabacağı gibi Dworkin hukukun yorumsal bir kavram olduğunu kabul eder. Peki, hukuku mümkün en iyi halde göstermemizi gerektiren form yahut tür nedir? Bu tür yahut form Dworkin'in hukukun anlamını ya da hukukun amacını belirlemesinde ortaya çıkar. Dworkin bunu şöyle ifade eder:

<sup>37</sup> John Finnis, "Grounds of Law and Legal Theory: A Response", *Legal Theory*, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, ss. 315-344, s. 315, 336.

<sup>38</sup> Finnis, *Natural Law*, s. 14.

<sup>39</sup> Finnis, *Natural Law*, s. 86-90.

<sup>40</sup> Finnis, *Natural Law*, s. 276-277.

<sup>41</sup> Dworkin, *Hukukun Hükümleri*, s. 80.

“Hukuk hakkındaki tartışmalarımız genellikle hukuk pratiğinin en soyut temel amacının, yönetimin iktidarına şu şekilde rehberlik ettiğini ve sınırlandırdığını varsayar: Hukuk, gücün, dikkate alınan hedefler için ne kadar kullanışlı olursa olsun, bu amaçlar ne kadar faydalı veya asil olursa olsun, kolektif gücün ne zaman haklı olduğu hakkındaki eski siyasi kararlardan kaynaklanan bireysel haklar ve yükümlülükler ruhsat vermedikçe veya gerektirmedikçe kullanılmaması veya geri çekilmesi gerektiğinde ısrar eder<sup>42</sup>.”

Dworkin’in yukarıdaki ifadelerinden anlaşıldığına göre, onun için hukukun anlamı veya işlevi yöneticilerin elinde tuttuğu kolektif gücün kontrol edilmesi ve gerekçelendirilmesidir. Hukuku inşai olarak yorumladığımızda onu kolektif gücün kullanılmasını gerekçelendiren en iyi haliyle yorumlarız. Böylelikle Dworkin’e göre, bir hukuk teorisinin hukuku anlamak için dolaysız ve ahlaki değerlendirmede bulunması zorunludur. Hukukun işlevi kolektif gücün gerekçelendirilmesi olduğuna göre başarılı bir hukukbilim teorisinin hukuku ahlaki olarak gerekçelendirilmiş bir şey olarak görmesi gerekir. Bu anlayışa göre belirli bir hukuk çevresinde kolektif gücü gerekçelendiren şeyin ne olduğunu sormadan hukukun ne olduğunu anlamamız mümkün değildir. Hukukun doğasının ne olduğuna dair öne sürülen argümanlar asla hukukun ahlaki olarak gerekçelendirilmesinden ve işlevinden bağımsız olamaz.

Yukarıda sunduğumuz çerçeve içerisinde değerlendirildiğinde normatif pozitivistlerin iddiası şudur: Hukukun ne olduğuna dair bir teori, sadece betimsel ve değerden bağımsız olarak tasarlanamaz. Bir sistem olarak hukuk insanların yaptığı ve insanların yaşamlarına her noktada müdahil olan bir kurumdur. Dolayısıyla hukuk teorisi inşa etme faaliyeti, hukuku gerekçelendiren işlevlerden ya da hukukun meydana getirdiği fayda veya zarardan bağımsız olamaz. Hukuk teorisini inşa edenler insanlar olduğuna göre ve insanlar bizatihi hukukun işlevleriyle, sonuçlarıyla her an muhatap olduklarına göre, teorisyenler kendilerini söz konusu pratiğin içine koymadıkça hukuku tam olarak anlayamazlar.

Normatif pozitivistler iddialarını inşa ederken öncelikle hukuki pozitivistin kendi içerisindeki yumuşak pozitivism ve sert pozitivism arasındaki ayrımı temel alırlar. Waldron, normatif pozitivistin, Jules Coleman’ın ortaya koyduğu “negatif pozitivismi<sup>43</sup>” kabul ettiğini fakat asıl benimsediği anlayışın

<sup>42</sup> Dworkin, Hukukun Hükümleri, s. 127.

<sup>43</sup> Coleman, bir hukuk çevresinde tanıma kuralının ahlaki muhakemeye izin verebileceğini belirtir ve artık günümüzde kapsayıcı yahut yumuşak pozitivism olarak tanınan anlayışı negatif pozitivism olarak tanımlar. Jules Coleman, ‘Negative and Positive Positivism’, The Journal of Legal Studies, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 1982, ss. 139-164, s. 143.

sert pozitivizm olduğunu belirtir<sup>44</sup>. Yani Waldron’un iddiası, tanıma kuralının içeriğinde hiçbir ahlaki muhakemeye izin vermediğine dair sert pozitivistlerin benimsediği fakat bunu hukukun ne olduğu sorusuna verilen analitik, kavramsal bir yanıt olarak gören anlayışın, olması gereken, doğru anlayış olduğunu öne sürer<sup>45</sup>. Böylelikle hukuk ve ahlak arasında kavramsal bir bağlantının olmaması, Waldron’a göre iyi, değerli, olması ve sürdürülmesi gereken normatif bir tanımlamadır. Benzer bir tanımlı normatif pozitivizm ekolünün diğer çağdaş temsilcisi Tom Campbell’ın yaptığını görürüz. Campbell, etik pozitivizmin doğasının anlaşılması için hukuk ve ahlak arasındaki karmaşık ilişkilerin analiz edilmesi ve keşfedilmesi gerektiğini belirtir. Buradan hareketle hukuk ve ahlak arasındaki empirik, kavramsal ve buyurucu ilişkileri ayırt eder<sup>46</sup>.

Campbell’e göre etik pozitivizm, bir hukuk sisteminin tanıma kuralının, kavramsal olarak ahlaki içerebileceği veya içermeyebileceği anlamında yumuşak pozitivizmi öncül olarak varsayar. Fakat bu iddia etik pozitivizmin öne sürdüğü asıl teze göre ikincil öneme sahiptir<sup>47</sup>. Etik pozitivizmin asli iddiası bir hukuk sisteminin, hukukun yetkin kaynakları arasında ahlak kriterlerini içermemesi gerekliliğidir. Etik pozitivizmin bu tezi, sert pozitivizmin analitik yahut betimsel değil buyurucu, kurallandırıcı şeklidir<sup>48</sup>. Başka bir yerde, Campbell bu anlayışı “buyurucu ayırım tezi” ya da “buyurucu sert pozitivizm”

<sup>44</sup> Waldron, “Normative”, s. 414.

<sup>45</sup> Sert pozitivizmi analitik, betimsel bir teori olarak gören sert pozitivistler bu iddiaya tahmin edilebileceği gibi şiddetle karşı çıkarlar. Örneğin Andrei Marmor, hukuki pozitivizmin, özgür ve demokratik bir toplumda gerçekleşmesi gerekliliğinin öne sürülmesini yadsımaz. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 111. Fakat normatif pozitivistlerin bu iddiasının daha ileriye giderek hukukun ahlaki olarak gerekçelendirilmiş meşru bir kurum olması gerektiğine dair argümanlarını kabul etmez. Bu pozisyon Marmor tarafından, “maddi normatif pozitivizm” olarak adlandırılır. Marmor, Ronald Dworkin’in hukuki pozitivizmi, konvansiyonalizm olarak yorumlamasını maddi normatif pozitivizm içerisinde ele alır. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 120-123. Eğer, hukukun doğasının ne olduğunu açıklama faaliyetini, normatif bir faaliyet olarak görürsek, etik pozitivizm hukukun doğasıyla ilgili bir teori değil, en fazla politik bir teoridir. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 115. Hukuki pozitivizm Marmor’a göre hukukun doğasıyla ilgili bir teori olması itibarıyla temelde betimsel ve ahlaki olarak nötrdür. Marmor aynı şekilde hukukun fonksiyonunu önceleyip oradan hareketle hukukun ne olduğunu anlamaya çalışanları da kendi bakış açısından eleştirir. İster yumuşak pozitivizmi benimsesin, isterse sert pozitivizmi benimsesin metodolojik pozitivistlerin argümanları aynıdır, hukukun doğasına dair bir teori öncelikle ahlaki, politik veya işlevsel gerekçelendirmeden bağımsız olarak, hukukun ne olduğunu ortaya koymalıdır, hukukun kavramsal olarak ne olduğu ortaya konulduktan sonra ancak istediğimiz gibi ahlaki, politik, işlevsel bir değerlendirme yapabiliriz.

<sup>46</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, *King’s College Law Journal*, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1998-1999, ss. 63-87, s. 68.

<sup>47</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 68.

<sup>48</sup> İngilizcede “descriptive” ve “prescriptive” terimlerinin zıt anlamlı ve birbirine karşıt olarak kullanıldıkları bilinir. “Descriptive” teriminin Türkçe karşılığı “betimsel” terimiymişken, “prescriptive” terimini tek başına bir kelimeyle karşılamak zordur. Buyurucu, kurallandırıcı, reçetelendirici anlamına gelen bu kelimeyi, ben, buyurucu veya kurallandırıcı kelimelerini bazen ayrı bazen birlikte kullanarak, betimsel olanın karşıtı anlamını vermeye çalıştım. Campbell’in etik pozitivizmi açıklamak için kullandığı tabirin İngilizcesi “prescriptive hard positivism”dir. Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 68.

olarak adlandırır. Bu anlayışa göre, hukukun belirlenmesi ve uygulanması mümkün olduğu kadar ahlaki yargılardan ayrı tutulmalıdır<sup>49</sup>.

Hukuk ve ahlak arasında empirik olarak bakıldığında birçok bağ olduğu ve pozitivistlerin bunu yadsımadığını belirten Campbell, hukuk ve ahlakın kavramsal analiziyle, ikisi arasındaki olgusal bağlarla ilişkili empirik iddiaların birbirine karıştırılmaması gerektiğini iddia eder. Yani kavramsal bir tez olarak “ayrılabilirlik tezi”, eğer hukukla ahlakın birbirinden empirik olarak ayrı olması anlamında kabul ediyorsak “ayrım tezi” değildir. Böylelikle, hukuk ve ahlakın mevcut ayrılığı hakkında, sıradan hukukun içeriğine ve tanıma kuralına ya da hukuk ve ahlakın sosyal işlevlerine ilişkin empirik iddialarda bulunmak, etik pozitivistizmin bir parçası değildir. Fakat, bunun dışında, pratikte hukuki kuralların uygulanmasıyla görevli olanların, ahlaki ve hukuki faaliyetleri arasında, bir dereceye kadar ayrım elde edilmesi mümkündür<sup>50</sup>.

Normatif pozitivistizmin kurallandırıcı bir sert pozitivistizmi benimsemesi akla hukuki pozitivistizmle ilişkisi sıklıkla bir sorun haline gelen mantıksal pozitivistizmi getirir. Mantıksal pozitivistizm bilindiği gibi yirminci yüzyılın başında oldukça etkili olmuş fakat sonraları etkisini yitirmiş analitik felsefe içerisinde önemli bir ekoldür. Mantıksal pozitivistler çok kabaca ele alırsak David Hume, John Stuart Mill, Auguste Comte, Ernst Mach, Albert Einstein gibi düşünürlerin bilgimizin kaynağını sadece duyularımızla edindiklerimizden ibaret olduğu görüşünü benimseyen fakat bununla kalmayıp aynı zamanda yine on dokuzuncu yüzyıl ve yirminci yüzyılın başında özellikle matematiğin mantığa indirgenebileceğini savunan düşünürlerin mantık ile ilgili görüşlerini kendilerine rehber edinen düşünürlerden oluşur<sup>51</sup>. Mantıksal pozitivistlere göre bütün anlamlı önermeler anlamından dolayı doğru olan veya empirik olarak doğrulanabilen önermelere indirgenir. Böylelikle doğrulanması ya da yanlışlanması mümkün olmayan metafizik ifadeler anlamsız ifadelerdir<sup>52</sup>. Ahlaki önermeler burada ifade edilen ikinci türde yani metafizik önermeler içerisine girer. Dolayısıyla ahlaki önermeler mantıksal pozitivistler tarafından çoğunlukla duyguların başka bir kılık içerisinde ifade edilmesine benzetilir. Hukuki pozitivistizmle ilgili pejoratif, karikatürize açıklamaların kökeni, hukuki pozitivistizmin temsilcilerinin bir kısmı tarafından, hukuki pozitivistizmin mantıksal pozitivistizmle karıştırılmasına bağlanır<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 3.

<sup>50</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 69.

<sup>51</sup> Hans-Johann Glock, *Analitik Felsefe Nedir?*, (çev. O. B. Kaplan), Albaraka Yayınları, İstanbul, 2021, s. 74. Mantıksal pozitivistlerin, empirizm ve mantıkçılık çerçevesinde ulaştıkları sentez için bkz. David Edmonds, *The Murder of Professor Schlick: The Rise and Fall of the Vienna Circle*, Princeton University Press, Princeton, 2020, s. 22-35.

<sup>52</sup> Glock, s. 75.

<sup>53</sup> Schauer, ‘Positivism as Pariah’, s. 48-49, Coleman, ‘Negative and Positive Positivism’, s. 145-148.

Buradan hareketle bakıldığında, normatif pozitivizm hukukla ahlakın ayrılmasını zorunlu kıldığı için, bu anlayışın bütün hukuki önermeleri olgulara indirgediği, ahlaki kanaatlerinin de ancak öznel olabileceği düşünülebilir. Eğer ahlaka dair kanaatlerimiz sadece öznel ise normatif pozitivizmin iddialarını doğrulaması mümkün değildir<sup>54</sup>. Oysa Campbell'in belirttiği gibi öznel ahlak teorileri hukuki pozitivizmin belirleyici niteliği değildir. Sadece, Jeremy Bentham ve John Austin'in nesnel faydacı ahlak teorilerini örnek vermek bu anlamda yeterli olacaktır<sup>55</sup>. Ayrıca ahlak felsefesinde realist olmayan teorileri benimseyenlerin de ahlaki ciddiye almadıkları söylenemez. Hart ve Kelsen'in ahlak anlayışlarının, ahlaki realizme karşı olduğunu rahatlıkla söyleyebilmemize rağmen, her ikisi de kendi önlerine gelen, hukuk sisteminin daha adaletli çalışmasıyla ilgili sorunlara duyarsız kalmamışlardır<sup>56</sup>.

Böylelikle, hukuki pozitivizmin mantıksal pozitivistlerin ahlakla ilgili öne sürdükleri argümanları olduğu gibi kabul etmediği açıktır, fakat mantıksal pozitivizmin ikinci önemli iddiasını oluşturan bilimsel pozitivizmle bağının, eğer hukuki pozitivizm etik, politik bir teori olarak inşa edilecekse, üstesinden gelmek daha zordur. Bentham ve Austin'in kendi çağlarındaki pozitivist argümanlardan oldukça etkilendikleri bilinmektedir, yine Hart, kendi hukuk kavramını açıklamak için hermenötik bir yaklaşımı benimsese dahi, nihayetinde hukukbiliminin betimsel ve ahlaki olarak nötr olduğunu söyler. Kantçı aşkınsal idealizmi kendi saf hukuk kuramı için temel alan Kelsen'in bu resmin kesin olmadığını ortaya çıkardığı söylenebilir fakat hukukiliğin hukuki pozitivistler tarafından çoğunlukla olgusal bir mesele olarak görüldüğü gerçektir<sup>57</sup>. Campbell, etik pozitivizmin hukuki pozitivizm okumasının tümünden kapsayıcı olmadığını belirtir. Mevcut pozitivist teorilerin amaçları farklıdır. Hukuki pozitivistler bireysel olarak analizle, betimlemeyle, hukukun olması gereken şekliyle az veya çok ilgilenebilirler. Etik pozitivistlerin iddiası, hukukun olması gereken, buyurucu kaygılarının pozitivist teorinin çekirdek halinden ayrılamayacağıdır. Etik pozitivizm hukuki pozitivizmin diğer karakteristik özellikleriyle uyumludur ve anayasal ve politik felsefenin mevcut tartışmalarında, hukuki pozitivist geleneğin potansiyel çözüm önerilerini sunar<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> "Eğer hukuki pozitivizm mantıksal pozitivizmin uygulanması olarak yorumlanırsa, o zaman onu öncelikle etik bir teori olarak görmek zorlaşır, bu durumda, hukuki pozitivizmin, ahlaki hukuktan çıkarak, hukuku sadece öznellik alanından kurtaran bir empirik indirgeme biçimi olarak görüldüğünü anlamak kolaylaşır". Campbell, 'The Point of', s. 71.

<sup>55</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 71.

<sup>56</sup> Hart'ın eşcinsel ilişkiyi yasaklayan kanunların kaldırılması için Lord Devlin'le polemığe girdiği, Kelsen'in ise liberal Avusturya Anayasasını yaptığı bilinmektedir.

<sup>57</sup> Andrei Marmor, "The Separation Thesis in Context", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 476-478.

<sup>58</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 73.

Normatif pozitivizmle ilgili diğer bir tartışma, bu ekolün tezlerinin bir tür yumuşak doğal hukukçu anlayışa yol açacağı iddiasıdır. Hukuki pozitivizmin ayırt edici vasfı, hukuku bilimsel ve değerden bağımsız özerk bir disiplin olarak incelemek olduğuna göre, hukuki pozitivizmi değerli bir metot olarak sunmak, onu karşıtı olduğu doğal hukukçu anlayışa eklememez mi? Özellikle hukukun ahlaki bir olgu olmasının yanında toplumsal bir olgu olduğunu da kabul eden modern doğal hukuk yaklaşımıyla, normatif pozitivizmin argümanları benzeşmez mi? Waldron, yukarıda belirtilen eleştiri geçerli dahi olsa bunun normatif pozitivizmin eksi hanesine yazılamayacağını belirtir. Waldron, klişe haline gelen doğal hukuk - pozitivizm karşıtlığının ortadan kalkmasıyla sonuçlanacaksa, bunun normatif pozitivizmi kabul etmenin ilginç bir sonucu olacağını öne sürer<sup>59</sup>. Fakat Waldron'a göre arada yine de önemli bir fark vardır ve bu farkın belirtilmesi önem arz eder. Ona göre, normatif pozitivizmin kendisini özel bir meta-etik projeye bağlamasına gerek yoktur. Normatif pozitivizmin öne sürdüğü argümanları benimsese dahi doğal hukukçu kavrayış bu anlamda ondan ayrılmaktadır. Doğal hukukçu hukukbilim genellikle özgün bir meta-etik anlayışı kabul eder ve yine çoğunlukla rasyonalist bir ahlak anlayışını benimser<sup>60</sup>.

Aynı soruyla ilgili Campbell'in yanıtları onun etik pozitivizm projesini daha iyi anlamamızı sağlar. Campbell, hukuki pozitivizmin kurucu babalarının kaçındığı ahlaki yargıların, hukukun içeriğiyle ilgili olduğunu, fakat aynı kişilerin, hukuku bilimsel bir disiplin olarak kabul etmelerinin, ahlaki sebeplerden bağımsız olmadığını öne sürer<sup>61</sup>. Yani kendisi ahlaki olmayan bir disiplinle ilgilenmeniz için ahlaki nedenlere sahip olabilirsiniz. Örneğin, Hobbes, Bentham ve Austin, olan hukukla olması gereken hukuku birbirinden ayırt ederken açıkça kafalarındaki belirgin ahlaki, politik bir ajandanın neticesinde bunu yapmışlardır. Dolayısıyla, klasik pozitivistlerin bilimsel unsurları kullanmasını, hukuk sisteminin mevcut haline işaret etmekten çok, hukuk sisteminin değerden bağımsız kurulma imkanını vurgulama olarak anlayabiliriz<sup>62</sup>. Etik pozitivizm, hukukun, hukuk olması için içeriğinde ya da biçiminde, doğal hukukçuların iddia ettiği gibi belirli ahlaki kriterleri yerine getirmesi gerektiğini öne sürmez. Etik pozitivizm açısından mevcut kötü yasalar hukuki geçerlilikleri olduğu gibi korurlar. Ayrıca, etik pozitivizm açısından, insanların belirlediklerinin haricinde, John Finnis'in hukuk teorisinde değindiği gibi hukukun nesnel bir amacı da yoktur.

<sup>59</sup> Waldron, "Normative", s. 418.

<sup>60</sup> Waldron, "Normative", s. 418.

<sup>61</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 73.

<sup>62</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 74.

Bu konuda son olarak değinilmesi gereken nokta, etik pozitivizmle Lon Fuller'in prosedürel doğal hukuk anlayışı arasında birden fazla benzerlik olduğudur. Lon Fuller, muhtemelen çağdaş normatif pozitivistlerin hukuk teorisi içerisinde edindikleri yeri görseydi onların tezlerini olumlayıp, büyük bir hevesle karşılardı. İnsanlar hukuk kurallarını rehber edindiklerine göre bu kuralların açık, geriye yürütülemez, uygulanabilir, sabit olması gerekir. Etik pozitivizmin benimsediği hukuk teorisi açısından hukukiliği sağlayan söz konusu usuller önem arz eder. Fakat etik pozitivizm, Fuller'in usuli teknikleriyle, hukukun ahlaki içeriği arasında kurduğu zorunlu bağlantıyı kabul etmez. Dolayısıyla etik pozitivizm, usuli doğal hukukçu anlayışın, hukukun iyi biçimiyle iyi içeriği arasında içsel ve zorunlu bir bağ olduğu varsayımını reddeder<sup>63</sup>.

Campbell'in etik pozitivizminde tartışmalı olan bir nokta, onun metodolojik pozitivizme bakışıdır. Buradaki sorun, Campbell'in teori inşa etme faaliyetine bakışıyla ilgilidir. Acaba Campbell metodolojik pozitivistlerin hukukun doğasına bakışta takındıkları bilimsel, analitik tavrı kabul etmekte midir, yoksa hukukun normatif anlamının öncelikli olduğuna mı inanmaktadır. Campbell anlaşılan bu meseleyi büyütmekten yana değildir. Örneğin bir yerde, hukuki pozitivistlerin çoğunluğunun kendilerini bilimsel ve değerden bağımsız bir faaliyet yapıyor olarak gördüklerini belirttikten sonra, bu metodolojik pozitivist faaliyetin sonuçlarının hukuk ve ahlak arasındaki empirik bağları ortadan kaldırmadığını belirtir. Eğer böyle düşünürsek, bu argümanın hukuku gözlemleyen kişilerin bilimsel yöntemiyle, gözlemlenen kişilerin bilimsel (veya bilimsel olmayan) davranışlarını birbirine karıştırma hatasını yaptıklarını belirtir. Ona göre pozitivistlerin bazıları bu hatayı yaparak kendi bilimsel pozitivist bakışlarını hukuk sistemi içerisindeki resmi görevlilere isnat ederler. Etik pozitivist bu hatayı yapmamalıdır çünkü etik pozitivizmin asıl şikâyeti, zaten hukuk aktörlerinin birçoğunun hukuka karşı değerden bağımsız bir tavır geliştirmemeleridir<sup>64</sup>. Başka bir yerde Campbell, “buyurucu ayırım tezinin” yani hukukla ahlakın uygulama sırasında birbirinden ayrı tutulması gerekliliğinin, kavramsal analizle kurulmadığını fakat kavramsal analizin sonucunda mümkün olduğunu belirtir<sup>65</sup>.

Yukarıda yapılan alıntılardan anlaşıldığı kadarıyla diğer normatif pozitivistlerin aksine Campbell'in metodolojik pozitivizmle bir sorunu yoktur. Onun anlayışı, Coleman'ın öne sürdüğü gibi hukuki pozitivizmin kendi özüyle veya temeliyle ilgili bir iddia olmaktan ziyade hukuki pozitivizmle ilgili normatif bir

<sup>63</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 75.

<sup>64</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 69.

<sup>65</sup> Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 71.

tezdir<sup>66</sup>. Yani, analitik hukuk felsefecisinin öncelikle işini yapıp normatif teorisyenin istediği şeyin mümkün olup olmadığını ortaya koyması gerekir<sup>67</sup>. Normatif pozitivistlerin çoğunluğu buna katılmaz. Örneğin Waldron, hukukun bütünsel açıklamasıyla belirli bir yerde belirli bir konuyla ilgili tekil açıklamasını birbirinden ayırt eder ve betimsel hukuki pozitivizmin tikel hukuki geçerlilikle ilgili bir açıklama sunduğunu, oysa hukuka bir kurum olarak bütünsel şekilde bakıldığında, bu bakışın normatif bir açıklamadan bağımsız yapılamayacağını belirtir<sup>68</sup>. Normatif pozitivistlerin iddiası, hukuk, hukukilik ve hukukun üstünlüğü ile ilişkili değerlere, böyle bir sistemin olağan işleyişinin, insanların hukukun ne olduğunu bulmak için ahlaki yargıda bulunmalarını gerektirmemesi halinde, en iyi şekilde ulaşılabileceğidir. Bu iddianın sınanması, metodolojik pozitivistlerin iddia ettiği gibi saf betimsel, kavramsal veya ahlaki-politik değerlendirmeden bağımsız bir ön araştırma safhasını gerektirmez<sup>69</sup>.

Herbert Hart, *The Concept of Law* kitabının başında hukuk kavramının açığa kavuşturulması için sıradan eğitilmiş birinin hukukla ilgili görüşlerini kendisine temel olarak alır ve eğitilmiş sıradan herkesin hukukla ilgili sayabileceği beş özelliği ortaya koyar<sup>70</sup>. Waldron, Hart'ın hukuk kavramının analizine temel aldığı sıradan eğitilmiş adamı ele alarak, metodolojik pozitivistlere karşı, normatif pozitivizmi temellendirmeye çalışır. Waldron, sıradan bir adamın hukuk eğitimini iki şekilde alabileceğini belirtir: Bunların ilki gözlemci olarak, ikincisi ise vatandaş olarak yani katılımcı olarak olabilir. Sıradan eğitilmiş adamın hukuk bilgisini Roma Katolik Kilisesi'nin bilgisiyle karşılaştırsak çoğu eğitilmiş kişinin Katolik Kilisesi'nin işlevlerini, doktrinlerini bildiğini, dışarıdan bakarak Katolik Kilise binalarını tanıdığını fark ederiz. Fakat Katolik Kilisesiyle ilgili bu sıradan bilgiler, eğer kişinin Katolik Kilisesiyle içsel bağlantısı yoksa eksik olacaktır. Katolik Kilise öğretisiyle içsel bağı olmayan birinin bilgisiyle, Katolik Kilisesinin ne olduğunu anlamaya çalışmak iyi bir başlangıç olmaz. İyi bir açıklama sunmak için kişinin kilise, ibadet etme, kutsal ekmek ayini gibi şeyleri daha derinden ve daha katılımcı bir tavırla kavraması gerekir.

Waldron, benzer bir muhakemenin hukuk için de geçerli olduğunu savunur<sup>71</sup>. Waldron, tahmin edileceği gibi hukukun gerçekten anlaşılması için

<sup>66</sup> Coleman, 'Negative and Positive Positivism', s. 147.

<sup>67</sup> Waldron kendisinin aksine Campbell'in analitik hukukbilimcilerin, normatif hukukbilimcilere yaptığı arabayı atn önüne koyma eleştirisini kabul ederek, onların anlayışına itiraz etmediğini belirtir. Waldron, "Normative", s. 414-415.

<sup>68</sup> Waldron, "Normative", s. 415-418.

<sup>69</sup> Waldron, "Normative", s. 421.

<sup>70</sup> Hart, *The Concept of Law*, s. 3.

<sup>71</sup> Waldron, "Normative", s. 423.

Hart'ın "içsel bakış açısı" anlayışının tıpkı Finnis'in Hart eleştirisinde olduğu gibi genişletilmesi gerektiği savunmaktadır fakat ilginç bir şekilde Finnis'e hiç atıf yapmaz. Waldron'a göre, hukuki pozitivizm birden fazla farklı teorik anlayışı içerir. Hukuki pozitivistlerin bazıları toptan değil, perakende anlayışla hukuk ve ahlakın ayrılığıyla ilgilenirken, diğerleri ayrılabirlik tezinin ötesine geçip, hukukun kural benzeri nitelikleriyle ilgilenir, yine bir diğer kısmı hukukun ayırt edici bir kurum olmasıyla ilgilenirken, başkaları yargılama örneğinde olduğu gibi uzman hukuki rollerin etik otonomisiyle ilgilenir. Waldron yukarıda sıralanan maddi hukuki pozitivist ilgileri A Menüsü olarak adlandırır<sup>72</sup>. Hukuki pozitivistler hukukun olumlu değeri veya işleviyle ilgili burada gördüklerinden hareketle; barışla, belirlilikle, iktidarın kontrol edilmesiyle, politik yükümlülük veya politik meşruiyetle ya da toplumsal koordinasyonla ilgilenirler. Waldron bunları B Menüsü olarak adlandırır<sup>73</sup>. Normatif pozitivistler A menüsünde sıralanan maddi pozitivizmle ilgili açıklamaların kendi içinde anlaşılabilir, saf bir analiz olarak ileri sürülemeyeceğini belirtirler. A menüsünün anlaşılması için A menüsünde sıralanan açıklamaların motivasyona ihtiyacı vardır. Dolayısıyla B menüsünden yapılacak bir seçimden hareketle, A menüsünden bir seçim yapmadığımız müddetçe hukukun pozitivist açıklamasını tam manasıyla anlayamayız<sup>74</sup>.

Kendisini normatif pozitivist olarak tanımlayan Frederick Schauer de farklı çalışmalarında hukukbilimin normatif doğasından hareketle, hukuki pozitivizmi değerle bağlantılı olarak temellendirir. Schauer, metodolojik pozitivistlerin hukuk kavramının zorunlu ve gerekli şartlarını ortaya çıkarma projesine itiraz eder. Schauer'e göre hukuki pozitivizmin başta gelen temsilcileri olan Herbert Hart ve Joseph Raz'ın metodolojilerinde görülen zorunlulukçu anlayış hukukbiliminin farklı açıklamalarını öteler<sup>75</sup>. Schauer, hukuki pozitivizmin parya muamelesi görmesini, hukuki pozitivistlerin mevcut hukukun ne olduğunu değerden bağımsız belirlemesiyle, mevcut hukuka olduğu gibi riayet edilmesi gerekliliğinin, birbirine karıştırılmasında görür<sup>76</sup>. Gerçekten hukuki pozitivizmin bu karikatürize yani "yasa yasadır, o halde itaat etmelisin" şeklindeki açıklamasına nerdeyse bilinen hiçbir hukuki pozitivist katıl-

<sup>72</sup> Waldron, "Normative", s. 432-433.

<sup>73</sup> Waldron, "Normative", s. 433.

<sup>74</sup> Waldron, "Normative", s. 433.

<sup>75</sup> Örneğin hukukun yaptırımına arasında zorunlu kavramsal bir ilişkinin olmadığı doğrudur fakat yaptırımlara nerdeyse hukukun yeryüzünde görüldüğü her yerde rastlanmaktadır. Schauer kendi argümanını güçlendirmek için uçma eyleminin kuş olmanın zorunlu unsuru olmadığını fakat uçmak eyleminin insanlar tarafından çoğunlukla kuşlara atfedilen bir nitelik olduğunu belirtir. Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, s. 37-42.

<sup>76</sup> Schauer, "Positivism as Pariah", s. 35.

mamasına karşın, bu anlayış halen daha dillendirilmektedir. Schauer, özellikle Robert Cover, Lon Fuller, Gustav Radbruch'un hukuki pozitivismi suçlamalarının bu yönde olduğunu dillendirir<sup>77</sup>. Oysa, onun belirttiğine göre hukuki pozitivism, hukuki olarak hangi önermelerin geçerli olduğunu ortaya çıkararak, hukukun düşünülmeden benimsenmesini değil, aksine ahlaki olarak doğru değerlendirilmesinin önünü açar. Hukuki pozitivismin toplumsal teze bağlı olması sayesinde, hukukun belirlenimi ahlaki argümantasyona değil, toplumsal olgulara dayanır dolayısıyla bir şeyin hukuk olarak onaylanması ahlaki olarak tarafsız toplumsal bir olgudur<sup>78</sup>. Böylelikle hukuk gibi toplumsal bir fenomenin hangi özelliklere sahip olduğunun belirlenmesi bir tercih meselesidir ve bu tercihin yapılmasında ahlaki faktörler büyük bir rol oynar<sup>79</sup>. Hukuki pozitivismin hukukun doğasına dair bir teori olarak kabulü Schauer'e göre beraberinde getirdiği faydaya bağlıdır<sup>80</sup>.

## II. HUKUKİ POZİTİVİZMİN DİP AKINTISI: NORMATİF POZİTİVİZMİ TARİHSELLEŞTİRMEK

Herbert Hart, hukuki pozitivismi savunduğu 1958 tarihli makalesine, “konuyu bir düşüncenin tarihsel gelişiminin parçası olarak sunacağını<sup>81</sup>” belirterek başlar. Hart'a göre hukuki pozitivism fikri iki felsefi gelenekten doğar, bunların ilki faydacılıktır yani eylemlerin ahlaki olarak değerlendirilmesinin, onların, toplam mutluluğa katkısıyla ölçülmesidir. Jeremy Bentham ve John Austin, Hart'a göre faydacılığın en önemli temsilcileridir ve “onlar kendi faydacı temellerine dayanarak, hukukta ve devlet idaresinde liberalizmin tüm ilkelerini ısrarla savunmuştur<sup>82</sup>.” Bentham ve Austin, Hart'ın ifadesiyle

<sup>77</sup> Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 35.

<sup>78</sup> Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 38. Herbert Hart'ın Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın ayrılması makalesi, benzer bir görüşü dillendirmektedir. Hatta Hart'ın The Concept of Law kitabına yaptığı ekte açıkça benimsediğini belirttiği metodolojik pozitivismle bu makaledeki anlayışı arasında tutarsızlık olduğu belirtilebilir. H.L.A. Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 132-139.

<sup>79</sup> Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 34. Normatif Pozitivistler içerisinde yer alan Gerald Postema da hukukbilimin normatif değerlendirmeden bağımsız yapılamayacağını belirtir. Analitik hukukbiliminin kavramsal analiz anlayışını eleştiren Postema, hukuk teorisyenlerinin hukukun doğasıyla ilgili açıklamaları çerçevesinde hukuk pratiğine katılanların kanaatlerini ele almaları ve onları anlaşılır kılmaları gerektiğini belirtir. Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 326-327.

<sup>80</sup> Joseph Raz bu argümanın yanlış çıkarıma dayandığını belirtir. Ona göre hukukun toplumsal bir olgu olması hukukun doğasıyla ilgili bir araştırma değildir. Dolayısıyla toplumsal tezin hukukun tanımıyla onun değerlendirilmesini birbirinden açıkça ayırdığı, böylelikle ikisinin karıştırılmasını önlediği ve düşünme açıklığına hizmet ettiği doğrudur. Fakat toplumsal tezin benimsenmesinin getirdiği söylenen fayda, tezi desteklemeden önce onu mevcutmuş gibi varsaymaktadır. Hukuk toplumsal sınamayla belirlenecekse o halde toplumsal olguları açıkça değerlendirci fikirlerden ayırmadan hukuku belirlemeye çalışmak yanlıştır. Raz, The Authority of Law, s. 41-42.

<sup>81</sup> Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 102.

<sup>82</sup> Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 104.

“şehir yanarken kelime ayrımlarıyla oynayan ruhsuz araştırmacılar değildir. Daha iyi bir toplum ve daha iyi yasalar ortaya çıkarmak için tutkulu bir çaba ve büyük bir başarıyla çalışan bir hareketin öncü birlikleridir<sup>83</sup>.” Hukuki pozitifizmin doğmasına neden olan diğer doktrin ise, “hukuki kavramların saf bir analitik incelemesinin, hukuk sözlüğünün anlamının araştırılmasının, hukukun doğasını anlamamız için tarihsel veya toplumsal çalışmalar kadar hayati” olmasıdır<sup>84</sup>. Söz konusu iki fikir Hart’ın öne sürdüğü gibi, olan hukukla olması gereken hukuk arasındaki basit ama hayati olan ayrıma yol açmıştır<sup>85</sup>.

Hart’a göre, hukuki pozitivizmin ortaya çıkmasına yol açan faydacılıkla, kavramsal analiz arasında bariz bir gerilim vardır ve 1958 tarihli manifesto niteliğindeki makalesinden 1961 tarihinde yayınlanan *The Concept of Law*’un yayınlanmasına kadar geçen sürede hukuki pozitivizmin faydacı bağlantısının Hart için büyük oranda ortadan kalktığı görülür. Hukukun doğasının ne olduğunun ortaya konması için artık kavramsal analiz yeterli olacaktır. Hart, faydacılığı adeta hukuki pozitivizmin sırtında kurtulunması gereken bir yük olarak görür. *The Concept of Law* kitabına yıllar sonra eklediği bölümde ise Hart artık karşımıza yukarıda belirttiğimiz gibi kesinkes metodolojik pozitivizmin temsilcisi olarak çıkar. Çağdaş hukuki pozitivistlerin çoğunluğu bundan sonra, metodolojik pozitivizmi benimserler yani Hart hukuki pozitivizm içerisinde büyük bir kırılmaya yol açar. Klasik hukuki pozitivistlerin hukuki pozitivizmin esasını oluşturan ayırım tezini benimsemeleri ahlaki, politik bir değerlendirmenin sonucu gerçekleşirken, bu anlayış analitik hukuki pozitivizmin çağdaş anlayışında ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla normatif pozitivistler aslında metodolojik pozitivistler karşısında, hukuki pozitivizmin geride bırakılmış, unutulmuş dip akıntısını temsil ederler.

Bu bölümde normatif pozitivizmin söz konusu dip akıntısını hukuki pozitivizmin atası kabul edilen Thomas Hobbes ve Jeremy Bentham’ın görüşleri temelinde anlatacağım<sup>86</sup>. Thomas Hobbes, Hart tarafından özellikle top-

<sup>83</sup> Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 105.

<sup>84</sup> Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 112. Hart’a göre diğer bir doktrin de hukukun buyruk teorisiydi fakat konumuzla bağlantılı olmadığı için bunu değinmeden bırakıyorum.

<sup>85</sup> Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 103.

<sup>86</sup> Thomas Hobbes’un hukuki pozitivizmin en eski yetkin temsilcisi olduğuyla ilgili geniş bir literatür vardır. Bunlar arasında en önemlileri için bkz: Sean Coyle, “Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 2003, ss. 243-270. Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (çev. D. Gobetti), University of Chicago Press, Chicago, 1993, s. 116. M. M. Goldsmith, “Hobbes on Law”, Tom Sorell (der.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, Michael Lobban, “Thomas Hobbes and the Common Law” David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 39-67. Hobbes’un hukukla ilgili görüşlerine yakın zamanda ilginin yoğunlaştığı görülmektedir. Bu ilgi beraberinde, Hobbes’la ilgili benim burada ele aldığım ortodoks okumanın yanında heterodoks görüşlerin sergilenmesini getirir. Hobbes’u hukuki pozitivist fakat bunun yanında sıkı bir legalist olarak tanımlayan düşünürlerin başında geleni David

lumsal sözleşmeye dayanan meşruiyetçi görüşleri nedeniyle hukuki pozitivist gelenek içerisinde sayılmasa dahi bunun büyük bir haksızlık olduğunun Hobbes'un hukuk anlayışı anlatıldığında fark edileceğini düşünüyorum<sup>87</sup>.

## A. Thomas Hobbes

Hukuk felsefesi içerisindeki çağdaş ayrım bağlamında Hobbes'un ilk bakışta doğal hukukçu mu, yoksa hukuki pozitivist mi olduğunun belirlenmesi oldukça zordur. Çünkü Hobbes, kendi hukuk teorisini inşa ederken doğal hukuk, doğal hak gibi kavramları kullanır fakat bunların yanında aynı zamanda egemenin buyruğunun gerçek anlamıyla hukuk olduğunu ve hiçbir yasanın gayri-adil olmadığını da öne sürer. Makalenin sınırları Hobbes'un hukuki ve politik görüşlerinin tamamına yer vermeyi imkânsız kılıyor, fakat burada mümkün olduğu kadar, Hobbes'un hukukla ilgili pozitivist görüşlerinin onun politik, ahlaki ajandasından çıktığını dolayısıyla Hobbes'un hukuki pozitivistin atası olmasının yanında hukuki pozitivist normatif bir değerlendirmeyele benimsediğini öne süreceğim.

Hobbes, hukuk teorisini bütünsel olarak inşa ettiği *Leviathan* kitabında, öncelikle doğal hak ile doğal hukuk arasında önemli bir ayrım yapar. Doğal hak, Hobbes'a göre her bireyin kendi doğasını korumak için sahip olduğu gücü kullanma özgürlüğüdür. Dolayısıyla her bireyin doğal hakkı gücüyle sınırlı fakat dilediği gibi kullanabileceği bir haktır. Hobbes, özgürlüğü kendi materyalist anlayışı bağlamında hareket engelinin yokluğu olarak tanımlar. Yani kişinin özgürlüğü tıpkı doğanın hareket yasalarında olduğu gibi önüne kendinden daha fazla kuvvet uygulayan bir engel çıkana kadar sınırsızdır.

Dyzenhaus'tur. Dyzenhaus, birden fazla makalesinde ve yeni çıkan kitabında söz konusu argümanlarını ileri sürer. David Dyzenhaus, "Hobbes on the Authority of Law", David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 186-209. David Dyzenhaus, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Hobbes'un legalizmine vurgu yapan diğer bir eser için bkz: Larry May, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Ayrıca Dyzenhaus, anti-pozitivist olmasına karşın hukukbilimi içerisindeki yeni Benthamcı akım olarak gördüğü normatif pozitivistle sempatiyle bakar. David Dyzenhaus, 'The Genealogy of Legal Positivism', *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2004, ss. 39-67, s. 62-67.

<sup>87</sup> Hart 1958 tarihli makalesinde Hobbes'a yer vermez, Hobbes'la ilgili hukuki pozitivist açılarından olumsuz görüşlerine ancak Bentham'la ilgili yazdığı kitabında yer verir. Hart'a göre, ilk olarak, Bentham'ın hukuk felsefesine getirdiği yenilik, "hukuk ve siyaset tartışmalarında kullanılmak üzere ahlaki açıdan tarafsız bir kelime dağarcığı" konusunda ısrarcı olmasıdır. Bu noktada Bentham kendisini Hobbes'tan ve aslında "önceki tüm sosyal teorisyenlerden" ayırarak, tercih ettiğimiz pratik sonuçların tanımlardan çıkmasını sağlayan "ikna edici tanımlardan" kaçınır. Başka bir deyişle Hart, Bentham'da hukuk felsefesini, bilimsel bir zemine oturtma çabasının başlangıcını bulur. İkincisi, Bentham hem yasama gücünün hem de siyasi toplumun insan eseri olarak görülmesi gerektiği fikrini Hobbes ile paylaşıyor ve aslında birçok açıdan Hobbes'un egemenin buyruğu olarak hukuk teorisini devralırken, Hart'a göre haklı olarak Hobbes'un egemenin buyruğunun "zaten birbirleriyle yaptıkları sözleşmeden kaynaklanan bir ön yükümlülük altında olan tebaaya kendisine itaat etmeleri için verildiği anlayışının" hukuk olduğu iddiasını reddetmiştir. H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, s. 28, 221.

Hobbes'un doğal hukuk anlayışı da kendisinden önceki klasik düşünürlerin yani Aristoteles, Cicero ve Thomas Aquinas gibi düşünürlerin doğal hukuk anlayışından çok farklıdır. Hobbes'a göre kendisinden öncekilerin doğrusunu bilmediği toplum bilimini ve politik felsefeyi kendisi bulmuştur<sup>88</sup>. Hobbes, kendi döneminde İngiliz hukukçuların kendilerini bağlı saydıkları Thomas Aquinas'ın doğal hukuk anlayışını reddeder. Bu anlayışa göre herhangi bir şeyin özünü akıl vasıtasıyla anlamak mümkündür, böylelikle insan doğası değerlendirilerek nesnel bir ahlakın bilgisine ulaşmanın önünde herhangi bir engel bulunmaz. Hobbes, hukuki politik teorisini doğru akıl vasıtasıyla doğal hukukun bilgisi üstünde kurmak yerine, bireylerin öznel deneyimi üzerinde kurar. Hobbes için bütün bilgimiz hareket halindeki maddenin duyularımız üstündeki etkisinden kaynaklanır<sup>89</sup>. Hobbes'a göre kendinde iyi yahut kötü şeyler yoktur, tıpkı Spinoza'nın natüralist felsefesinde olduğu gibi insanların iyi olarak arzuladığı şeyler iyi, kötü diyerek kaçındığı şeyler ise kötüdür.

Hobbes'un metafizik anlayışında, klasik düşünürlerin insan aklını yücelten anlayışlarına yer yoktur. Modern akıl, ona göre her zaman araçsaldır, insan akli daima kendisine faydalı gördüğü şeye yönelir ve onu elde etmek ister. Akıl, Hobbes'un epistemolojisinde doğa durumunda ortak ahlaki standartları oluşturmaz, akıl, herkesin kendi eylemlerini planladığı bir vasıta. Eğer, gücünü doğru hesaplayıp aklını bu şekilde kullanırsa kişi kendisi için belirlediği amaçlara ulaşır. Aklın doğru kullanımı Hobbes'a göre, insanları doğanın yasalarına yöneltir. Hobbes'un anlayışına göre insanın en önemli amacı kendini korumaktır. Doğal hukuk insanları doğruluğa yönelttiği için ve kendini korumak en üstün amaç olduğundan, doğal hukuk insanları barışa ve kendilerini korumaya sevk eder. Doğal hukuk, insan aklının doğru kullanımından hareketle tanımlandığı için Hobbes'a göre, gerçek anlamda yasa veya hukuk değildir. Ona göre, doğal hukuk, insanları kendilerini korumaya yönelten, aklın ilke ve önermelerinden ibarettir<sup>90</sup>.

Doğanın yasalarının insanın vicdanı üzerinde daima bağlayıcılığı varsa da, insanların eylemleri üstünde daima bağlayıcı değildir<sup>91</sup>. Doğa yasalarının gücü, insanların ona itaat etmeleri için güvenli ortam sağlanana kadar *in foro externo* değildir fakat buna karşın onlara itaat etmek eylem olarak güvenli olmasa dahi tavır ve eğilim olarak *in foro interno*'dur<sup>92</sup>. Dolayısıyla Hobbes'a göre kişinin kendini korumak için doğa yasalarına uygun bir tavır benimsemesi zorunludur,

<sup>88</sup> Thomas Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, Frank Cass, London, 1969, s. xvi.

<sup>89</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, s. 13.

<sup>90</sup> Hobbes, *Leviathan*, s. 111.

<sup>91</sup> Hobbes, *Leviathan*, s. 110.

<sup>92</sup> Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, s. 72

fakat kişi ancak kendisi için güvenli olduğunda, doğa yasalarına uygun olarak eylemde bulunur. Adil olmayan bir dünyada adaletli davranmak çelişki oluşturmaktadır; çünkü kişinin kendisini korumaktan çok kendisini yok etmesini sağlar. İnsanların doğanın yasalarına uygun hareket etmesi için diğer herkesin doğanın yasalarına uygun hareket etmesinin sağlanması gerekir; ancak diğer insanların aynı şekilde hareket edeceğini bilen ve bu güveni duyan insan, doğa yasalarının kendi üstünde bir yükümlülük oluşturduğunu kabul eder.

İyi ve kötünün varlığı insandan insana değişen göreceli ve öznel bir mesele olmasına rağmen Hobbes insanların akıllarını kullanarak genel doğrulara ulaşamayacaklarını söylemez. Aklın araçsal kullanımı dahi insanlara kendileri için neyin en doğru olduğunu gösterebilir. İnsanlar kısa vadeli hesaplarını bir kenara bırakıp kendisine yapılmasını istemediği şeyleri başkasına yapmamanın kendi çıkarına olduğunu fark edebilir. Peki bunu ortaya koymak bu kadar basitse insanlar neden doğa durumunda sürekli mücadele halinde yaşarlar? Bunun nedeni insanların akıllarının daima tutkularıyla bulanma ihtimalinin olmasıdır. Tutku sahibi insanlar güce, boş gururlarına ve bencilliklerine meftundur. Dolayısıyla doğanın yasalarını bilen kişiler çoğunluk olup, kendilerini doğru davranmakla vazifeli saysalar dahi, iyimser tahminle insanların küçük bir kısmı dahi böyle davranmadığı müddetçe, kendilerini asla güvende hissetmezler.

Dikkat edilirse Hobbes öne sürdüğü kuramında doğal haktan, doğal hukuktan bolca bahsetmesine rağmen bizlere kendi materyalist-pozitivist görüşleriyle tamamen tutarlı bir açıklama sunar. Hobbes'un tabiriyle toplum yasasına olan ihtiyaç yukarıda çizilen manzaradan kaynaklanır. Hobbes'a göre doğa durumunda bulunan bireyler kendi istekleriyle doğal haklarından yani özgürlüklerinden vazgeçerek, haklarını sözleşmenin tarafı olmayan bir egemene devrederler. Bireylerin bir araya gelip haklarını devretmelerini sağlayan motivasyon doğal hukukun yahut doğa yasalarının kendisidir. Böylelikle Hobbes için doğa yasaları Kelsen'in *grundnormuna* benzer bir vazife görerek hukuk sisteminin normatifliğini oluşturur. Fakat aklın ilkeleri olarak nitelenen doğa yasalarının vazifesi, büyük oranda egemen ortaya çıktıktan sonra nihayete erer<sup>93</sup>. Doğa yasaları artık, ancak egemen onları tanımlayıp buyurdu-

<sup>93</sup> Büyük oranda ifadesinin vurgulanması gerekir; çünkü Hobbes'a göre, doğal hukuk tamamen ortadan kalkmaz hatta Hobbes, doğal hukukla toplum yasasının eşit kapsamda olduğunu belirtir. Bu ifadenin tam olarak ne anlama geldiği Hobbes çalışmalarında halen tartışma yaratan bir husustur. Örneğin Ross Harrison bu ifadenin Hobbes'un hukuki politik kuramında anlaşılabilir bir tutarsızlık oluşturduğunu belirtirken, başkaları Hobbes'un doğal hukuk ilkelerinin toplumsal yasayı vazedenden egemene karşı da bağlayıcı olduğunu bildirerek meşruiyetçi pozitivist bir Hobbes yorumu ortaya koyarlar. Ross Harrison, "The Equal Extent of Natural and Civil Law", David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), *Hobbes and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, s. 22-38. Ben bu çalışmanın konu sınırını gözeterek Hobbes'un hukuk anlayışının pozitivist fakat normatif bir amaca mahsus olduğunu öne sürüyorum. Dolayısıyla Hobbes'un ortodoks yorumunun bunun için yeterli olduğunu düşünüyorum.

ğunda yasa olarak bağlayıcı hale gelir. Doğa durumunda her şeyin ölçüsünü insanlar kendileri belirlerken, sivil halde insanların ortak yararını gözeterek yasalar vazetme vazifesi egemene düşer. Hobbes, egemenin yasaları nasıl yapacağına dair bir takım prosedürel kaidelerden bahseder, dolayısıyla egemen hukuki yönetimi göz ardı etmeden yasa yapmalıdır; fakat Hobbes, egemenin yapacağı yasaların içeriği hakkında hiçbir şey söylemez çünkü neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar verecek olan egemendir. Hobbes’a göre egemenin yaptığı yasalar gayri adil olamaz. Adaletin ne olduğunu belirleyen egemen olduğu için, onun yaptığı yasaların adalete aykırı olduğunu söylemek saçma olacaktır<sup>94</sup>.

Hobbes’un hukuki pozitivizmin atası olarak görülmesinin yanında ayrıca normatif pozitivist olduğu da böylelikle gösterilmiş olur. Hukukun açıklanması, Hobbes için mutlak anlamda işlevseldir. Hukukun otoritesinin ortaya çıkışının nedeni yukarıda sayılan politik zorunluluklardır<sup>95</sup>. İnsanlar kendi güvenliklerini sağlamak ve barışı elde edip sürdürmek için doğal özgürlüklerinden vazgeçip bir sözleşme vasıtasıyla haklarını egemene devrederler. Hobbes için gerçek anlamıyla hukuk, egemenin buyruklarından oluşur. Hobbes’un doğa ve insana dair açıklamaları kendi pozitivizmiyle tutarlı olduğu gibi, hukukun doğasına dair açıklamaları da günümüzdeki hukuki pozitivistlerin toplumsal tezini destekler niteliktedir.

## B. Jeremy Bentham

Hukuki pozitivizm geleneğinin ne kadar geriye götürülebileceği ve nereden itibaren başlatılabileceği tartışmalı olsa da, bütün figürler arasında hukuki pozitivizmin atası rolüne en uygun kişinin Jeremy Bentham olduğu kesindir. Modern ve analitik hukukbilimi içerisinde hukuki pozitivizmin tezlerinin kökenlerini Jeremy Bentham’da buluruz<sup>96</sup>. Bentham bize hukukun ne olduğu ile ne olması gerektiği arasında ayrım yapmanın önemini açık bir şekilde ifade eden, hukuku tanımlamanın ahlaki kriterlere başvurmayı gerektirmediğini savunan ve bununla bağlantılı olarak hukukun, doğal ya da ahlaki temelleri olmayan ve özünde zorunlu olarak toplumsal bir yaratım olduğunu savunan ilk kişidir. Bentham’ın olan hukuk ve olması gereken hukuk arasında yaptığı

<sup>94</sup> Hobbes, *Leviathan*, s. 124.

<sup>95</sup> Gerald J. Postema, “The British Tradition of Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 187.

<sup>96</sup> Postema, Bentham and the Common Law Tradition, s. 295-331, David Lyons, ‘Founders and Foundations of Legal Positivism’, *Michigan Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 4, Yıl: 1984, ss. 722-792. Frederick Schauer, ‘The Path-Dependence of Legal Positivism’, *Virginia Law Review*, Cilt: 101, Sayı: 4, Yıl: 2015, ss. 957-976, s. 959-969. Frederick Schauer, “Positivism Before Hart”, Michael Freeman / Patricia Mindus (der.), *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2013, s. 271-290, Dan Priel, ‘Toward Classical Legal Positivism’, *Virginia Law Review*, Cilt: 101, Sayı: 4, Yıl: 2015, ss. 987-1022, s. 996-999.

ayrım, onu kavramsal hukuki pozitivistlerin ideal öncülü yaparken, bu ayrımı yapmasının normatif motivasyonları, onu normatif pozitivistlerin ideal figürü haline getirir.

Bentham'ın hukuk teorisini, günümüzdeki hukukbilim içerisindeki ayrımlarla birebir eşleştirmek anakronizme yol açar. Neticede Bentham'ın pozitivizm kelimesini hiç kullanmadığını unutmamak gerekir<sup>97</sup>. Dolayısıyla, Bentham'ın hukukbilim projesinin metodolojik yöneliminin Dworkin, Finnis, Waldron örneğinde olduğu gibi yukarıdan aşağıya bir normatifiği beraberinde mi getirdiği; yoksa normatif pozitivizmle, analitik kavramsal pozitivizmi bir arada mı ele aldığı tartışmalıdır. Hukukbilimin normatif değerlendirilmesinin, hukukun maddi içeriğiyle ilişkili değerlendirmeleri zorunlu olarak etkilediğini iddia edenler, Bentham'ın hukukun doğasıyla ilgili yaptığı, olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayrımın normatif olduğunu düşüneceklerdir. Yukarıda sayılan düşünürlerin Bentham'a bakışı bu şekilde olacaktır<sup>98</sup>. Fakat iki pozisyonun bir arada olabileceğini savunan Schauer, Bentham'ın hem kavramsal pozitivist hem de normatif pozitivist olduğunu iddia eder<sup>99</sup>. Söz konusu tartışmayı başka bir değerlendirmenin konusu olarak bir kenara koyarsak, Bentham'ın hukukbilimi projesinin onun yoğun normatif ilgilerinden bağımsız ele alınamayacağı belirtilmelidir. Bentham'ın çağdaş analitik hukuki pozitivistlerle olan tarihsel ilişkisi tartışmalı olabilir; fakat Bentham'ın normatif pozitivistlerin aradığı kahraman olduğu kesindir.

Bentham'ın fayda ilkesini, acı ve haz duyguları ile deneyimlenen, eleştirel bir ahlak standardı olarak kabul etmesi, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında ayrım yapmasını sağlar. Bu ayrım, Bentham'ın hem reform stratejisini, hem *common law*'u, hem de *common law* hukukçularının kendile-

<sup>97</sup> Schauer, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', s. 967

<sup>98</sup> Finnis, Waldron ve Dworkin'in aksine, Coleman hukukbilimin analitik, kavramsal yönüne vurgu yaparak Bentham'ın normatif projesinden hareketle hukukun doğasının ne olduğu sorusunu ele almanın analitik hukukbilimiyle tutarsız olacağını vurgular: "Hukuki pozitivizm, hukuk hakkında kavramsal veya analitik bir iddiada bulunur ve bu iddia Bentham gibi bazı pozitivistlerin sahip olabileceği projelerle veya normatif çıkarlarla karıştırılmamalıdır. İronik bir şekilde, aksini savunmak, hukukun kavramsal açıklamasına, belirli bir normatif teori yerleştirmek; hukuk kavramına ahlaki ya da hukukun nasıl olması gerektiğini aşılamaştır. Başka bir deyişle, pozitivistin, normatif hukuk ideali nedeniyle, pozitivizme belirli ilkeler atfetmeye çalışması, tam da hukuki pozitivizmin dikkat çekmek ve düzeltmek istediği hatayı işlemektir". Coleman, 'Negative and Positive Positivism', s. 147.

<sup>99</sup> Schauer, "Positivism Before Hart", s. 277-278. Schofield, Hart'a göre Bentham'ın hem metodolojik pozitivizmi hem de maddi pozitivizmi benimsediğini belirtir. Hatta, Hart, Bentham'ın metodolojik pozitivist kaygılarının, maddi hukuki pozitivist kaygılarının, etkisinde olduğunu belirtir. Schofield'in kendisi ise Bentham'ın düşüncesinin her yerine yayılan fayda ilkesinin tarihsel olarak Bentham'ın teorisinin, kesin olarak metodolojik pozitivist mi yoksa maddi pozitivist mi olduğunun belirlenmesini zorlaştırdığını belirtir. Philip Schofield, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 203-204.

rini cisimleşmiş hali olarak gördükleri doğal hukuk ve doğal haklar doktrinlerini, birlikte eleştirmesini sağlar<sup>100</sup>. Bentham, kendi döneminde *common law*'u savunan önemli düşünür William Blackstone'u hedef alarak, hukukbilimiyile ilgilenen bir kişinin iki karakterden birini benimseyebileceğini öne sürer. Bunlar yorumlayıcı ve eleştirici pozisyonlardır. Yorumlayıcı bizlere mevcut hukukun ne olduğunu açıklarken, eleştirici hukukun ne olması gerektiğini söyler. Dolayısıyla bunların ilki daha çok olgularla ilgiliyken, diğeri ise nedenlerle ilgilenir<sup>101</sup>. Bentham farklı sonuçlarla da olsa, hem doğal hukuk, hem de *common law* teorilerinin bu ayrımı belirsizleştirdiğini belirtir. Doğal hukuk, adaleti hukuki geçerliliğin şartı yaparak yasaların içeriğini belirsiz kılar. *Common law* ise adil veya makul olan ile mevcut olanı birbirine karıştırarak, pozitif hukukun eleştirel değerlendirilmesinin önünü tıkar<sup>102</sup>. Bentham'a göre Blackstone'un vazifesi hukuku yorumlayan biri olarak, insanlara İngiltere yasalarının ne olduğunu göstermek olmalıdır, oysa o, bu mütevazı görevle yetinmeyip, İngiliz hukukunun pratiklerinin ve kurumlarının nasıl olması gerektiğini de açıklar<sup>103</sup>. Böylece olan hukukla, olması gereken hukuk birbirine karışmış olur. *Common Law* hukukçuları mevcut pozitif hukuku ve uygulanmasını, olması gereken hukuk olarak gördükleri için, pozitif hukukun eleştirilmesinin önünü de tıkarlar<sup>104</sup>.

Schauer'e göre tarihin gördüğü en büyük kindarlardan biri olan Bentham, tıpkı kendisinden önce Hobbes'un yaptığı gibi *common law* hukukçularına çok sert eleştiriler getirir<sup>105</sup>. Bentham'a göre *common law*, avukatlar ve yargıçlar arasında hukuku gereksiz yere karmaşık ve anlaşılmaz hale getirmek için kurulan bir komplodan ibarettir. Hukukun anlaşılmaz hale getirilmesi, onu yorumlamaya muhtaç hukukçuların mevcudiyetini zorunlu kılar. Belirsizlik ve karmaşıklık böylece avukatların gelirini ve yargıçların gücünü artırarak komploya hizmet eder. Hukukun bu halde kurumlaşması tamamıyla kamu zararınadır.<sup>106</sup> Bentham daha ileri giderek ciddi ciddi hukuki tavsiye için para alınmasının yasaklanmasını savunur. Ona göre eğer böyle bir yasak hayata

<sup>100</sup> Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 51.

<sup>101</sup> Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, s. 297.

<sup>102</sup> Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, s. 297.

<sup>103</sup> Schofield, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", s. 205.

<sup>104</sup> Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, s. 52.

<sup>105</sup> Schauer, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', s. 967. Thomas Hobbes, *common law* hukukçularından Edward Coke'a karşı diyalog formunda yazdığı kitabında, hukukun kaynaklarını bulanıklaştırdıkları için, *common law* teorisini sert bir şekilde eleştirir. Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Joseph Cropsey (der.), University of Chicago Press, Chicago, 1997.

<sup>106</sup> Schauer, *The Force of Law*, s. 11.

geçerse hukukun karmaşık hale getirilmesi ve sıradan insanların hukukun bilgisine erişiminin engellenmesi ortadan kalkacaktır<sup>107</sup>. Hukukun kendine has kurgularına, karmaşasına ve belirsizliğine son verilmesi, böylelikle hukukun reforme edilmesi ancak mevcut hukuk sisteminin ne olduğunun belirlenmesiyle ortaya çıkar.

*Common law*'un belirsiz halinin değiştirilmesi için Bentham'ın sunduğu reçete, hukukun kodifiye edilmesidir. Bentham'ın hukuku reforme etme çabaları onun normatif projesinin bir yanını oluştururken, Bentham'ın hukuk teorisiyle ilgili görüşleri de normatif bir odak barındırır. Bentham yargıçlara ve hukukçulara güvenmediğinden, yeni bir hukuk sistemi inşasının, yargıçların ve hukukçuların oynayacağı rolleri minimize etmesi gerektiğine inanır<sup>108</sup>. Eğer insanlar mahkemelerin karşısına çıkmak zorunda kalırlarsa, Bentham, yargıçların ahlaki mülahazalarını bir kenara bırakıp, mevcut olan yazılı yasalara göre yorumlarını yapmaları gerektiğini öne sürer<sup>109</sup>.

Schauer, Bentham'ın görüşlerini günümüz hukuki pozitivizminin çerçevesi içerisinde yorumlarsak, onun, hukukun geçerliliğiyle ilgili yumuşak pozitivizmi asgari şart olarak kabul edebileceğini, fakat fikirlerinin sert pozitivistlerin düşünceleriyle daha uyumlu olduğunu belirtir<sup>110</sup>. Çağdaş normatif pozitivistlerin buyurucu bir sert pozitivizmi savunduğu gibi, Bentham'ın da sert pozitivizmin normatif versiyonunu savunduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle, Bentham'ın hukuki pozitivizmi, hukukun, hukuk özneleri ve uygulayıcıları tarafından ahlaki gerekçelere doğrudan başvurulmasını dışlayacak şekilde anlaşılması gerektiğine dair, normatif görüşü; hukuk sistemlerinin, ister yaptırımların kullanılması yoluyla, isterse toplumsal ve yargısal normların geliştirilmesi ve uygulanması yoluyla olsun, yargıçların kararlarını yalnızca doğru ve dar bir şekilde tanımlanmış pozitif hukuk temelinde verecekleri şekilde tasarlanması gerektiğine dair daha ileri bir normatif görüşle birleştirir<sup>111</sup>.

### III. NORMATİF POZİTİVİZMİ BENİMSEMENİN GEREKÇELERİ

Normatif pozitivizmi benimseyen düşünürlerin kendi pozisyonlarını savunmak için farklı gerekçeleri vardır. Bu bölümde bir araştırma makalesinin sınırlarını gözeterek çağdaş normatif pozitivistlerden en önemlileri olan Tom Campbell ve Jeremy Waldron'un görüşlerine odaklanılacaktır. Bu düşünür-

<sup>107</sup> Schauer, *The Force of Law*, s. 12.

<sup>108</sup> Frederick Schauer, "Normative Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 65.

<sup>109</sup> Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 66.

<sup>110</sup> Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 67.

<sup>111</sup> Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 67.

lerin görüşleri aktarıldığında özellikle normatif pozitivizm ekolüyle ilk defa tanışan okuyucunun kafasında artık net bir resim oluşacağını ve bu konuda ileri araştırmalar yapmak isteyenlere bir çerçeve sunulacağını düşünüyorum.

### A. Tom Campbell'ın Etik Pozitivizmi

Kendi tabiriyle etik pozitivizmi gerekçelendirirken, Campbell, öncelikle çağdaş dünyada merkezi bir karar alma mekanizmasının gerekliliğini öne sürer. Çağdaş toplumların yaşamını sürdürmesi için devlet mekanizması elzemdir<sup>112</sup>. Bu zorunluluğu ortaya koyduktan sonra Campbell, hukuki pozitivistlerin devlete karşı tutumlarının ikircikli olduğunu belirtir, yani pozitivist hukukçular, bir yandan hukuk vasıtasıyla devletin amaçlarına ulaşması için hukuki etkililiği savunurken, aynı zamanda devletin hukuksuz ve yok edici eğilimlerini kontrol edecek mekanizmaların arayışındadırlar<sup>113</sup>. Çağdaş politikanın karşımıza koyduğu trajik halden kurtulmamızı sağlayacak araç Campbell'e göre, kurallarla yönetimdir<sup>114</sup>. Etik pozitivizmin temellendirilmesi için öncelikle, kuralların baskın kullanım biçimi olarak hem ifade edildiği hem de içerildiği bir siyasi sisteme sahip olma gerekçelerinin sunulması gerekir<sup>115</sup>.

Kurallar insan eylemlerine rehberlik eder ve aklımızın pratik yönüyle ilgilidir. Fakat hukuk kuralları ile diğer normatif sistemlere mensup kuralların birbirinden ayrılması gerekir. Hukuk kuralları dışındaki kuralların gerekçelendirilmesi kolaydır çünkü gerek çıkarlarımızı gözetmekle ilgili olsun, gerekse ahlaki pratik eylemle ilgili olsun kurallar içerikleriyle bağımlıdırlar. Yani örneğin bir ahlak kuralı bize belli bir eylemi yapmamızı yahut yapmamızı söylüyorsa bu kuralın değerini, içeriğinden hareketle muhakeme edip ona uyar veya uymayız. Bakkala gidip 20 liralık bir ürün aldığımda eğer bakkal dalgınlıkla para üstü olarak bize 100 lira verdiyse, pratik aklımı kullanarak ahlaki bir muhakeme yaparım. Söz konusu muhakeme, bakkalı neden uyarmamız gerektiğiyle ilgilidir ve bir sonraki eylemimi bu içerikle gerekçelendirmem gerekir. Oysa hukuk kuralları, özellikle hukuki pozitivistlerin

<sup>112</sup> Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 15.

<sup>113</sup> Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 36-37.

<sup>114</sup> Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 37. Campbell başka bir yerde kuralların rolünü şöyle vurgular: "Devletlerin hem son derece gerekli hem de son derece tehlikeli olduğunu gösteren trajik politik paradoks, kuralların devlet iktidarının hem kolaylaştırıcıları hem de sınırlayıcıları olarak ikili rolünden kaynaklanan kısmi bir çözüm umuduna yol açar. Kurallar, ahlaki açıdan savunulabilir bir yönetimin vazgeçilmez parçasıdır". Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 41.

<sup>115</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 77. Campbell'a göre: "Pozitivizm, diğer hukuk teorilerinden temel olarak kuralların veya kural benzeri normların merkeziliğine yaptığı vurgu ve bunların güç ileten ve davranışları etkileyen değiştirilebilir insan yaratımları olarak analiz edilmesiyle ayrılır". Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 42.

perspektifinden bakıldığında içerikten bağımsızdır<sup>116</sup>. Tam da bu nedenle hukukun otoritesini anlattığı klasikleşmiş kitabının henüz girişinde, sert pozitivizmin en önemli temsilcisi olan Joseph Raz bizleri otoritenin paradoksu ve bu paradoksun beraberinde getirdiği otoritenin iki özelliği konusunda uyarır. Otorite öncelikle irrasyoneldir çünkü otorite bize bir meseleyle ilgili buyurduğunda, kendimize ait rasyonel sebeplerimizi dışarda bırakmamız gerekir<sup>117</sup>. Bir baba evladına akşam ezanı okunmadan önce evde olmasını söylüyorsa ve çocuk eğer babanın buyruğunu dışlayıp, akşam ezanından önce gerçekten evde olması gerektiğini çünkü havanın karardığını artık dışarıda oyun oynamanın tehlikeli olduğunu düşünerek, eve akşam ezanından önce dönüyorsa otoritenin sözüyle uyumlu fakat otoriteden hareketle eylemde bulunmuş olmaz. Raz'ın belirttiği irrasyonellik babanın çocuğuna buyurması ve çocuğun da kendine ait bütün nedenleri bir kenara bırakarak, babaya itaat etmesidir. Otoritenin ikinci özelliği birincisiyle bağlantılı olarak otoritenin özerkliği dışlamasıdır<sup>118</sup>. Otorite buyurduğunda artık bireysel özerkliğimizi kendi nedenlerimizle düşünmeyi bir kenara bırakırız.

Pratik aklımızı kullandığımız diğer alanlarda, otoritenin belirli bir rolü olabilir fakat genellikle birinci dereceden maddi değerlendirmelerin baskınlığı daha fazladır. Fakat hukuk açısından bakıldığında, baskın olan otoritedir, yargıçlar ancak mecbur kaldıklarında, bütün şartları değerlendirerek kararlar verirler ve bu şekilde karar verdiklerinde, hukuki muhakemenin dışına çıkarlar. Hukuki muhakeme ise birinci derece maddi nedenlere dayanarak değil hukukun kaynaklarına dayanarak işlevini yerine getirir<sup>119</sup>.

Campbell, kurallarla yönetimin gerekçelendirilmesinin zorluğuna dikkat çekerken, aklında olan kurallar, işte yukarıda belirttiğimiz hukukun otoritesi-

<sup>116</sup> Hukuk kurallarının kuvveti ahlaki olarak doğru ya da makul olmalarından değil statülerinden kaynaklanır, hukukun otoritesinin bu özelliği hukuk felsefecileri tarafından onun içerikten bağımsız olmasına yorulmuştur. Hart, hukuk kurallarının içerikten bağımsız özelliğine vurgu yapar. Hart, *Essays on Bentham*, s. 243, 261-266. Hart'a göre, hukuk olması için yetke içeren buyrukların ilkesel olarak pratik bir farklılık ortaya çıkarma kabiliyetinin olması gerekir yani eylemde bulunacak kişinin eylemle ilgili kendi nedenlerini bir kenara bırakıp hukukun buyruğuna uyması şarttır. Jules Coleman, "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", Jules Coleman (der.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 101. Coleman söz konusu makalede sert pozitivistlerin, Hart'ın hukuk teorisinde haklı olarak gördükleri bir tutarsızlığı değerlendirir. Söz konusu tutarsızlık yumuşak pozitivistizmle, hukukun otoritesi ve buyurucu karakteri arasındaki ilişkidir. Gerçekten hukuk kurallarının içerikten bağımsız olmasıyla, yumuşak pozitivistizmin tanıma kuralı izin verdiğinde ahlaki muhakemenin hukukun bir parçası olabileceğini kabul etmesi arasında görünür bir çelişki bulunmaktadır. Yumuşak ve sert pozitivistlerin arasındaki polemiklerin büyük bölümünün bu konuya yoğunlaştığı belirtilmelidir.

<sup>117</sup> Raz, *The Authority of Law*, s. 3.

<sup>118</sup> Raz, *The Authority of Law*, s. 3.

<sup>119</sup> Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Massachusetts, 2009, s. 67.

ne dayanan zorlayıcı hukuk kurallarıdır. İçerikten bağımsız hukuk kuralları ilk bakışta gerekçelendirme açısından zorluk içerse bile, yine de bu kuralların işlevlerine baktığımızda, neden içerikten bağımsız olarak bu kuralları uygulamamız gerektiğini anlayabiliriz. Normatif pozitivizmin ahlaki değerlendirmeden bağımsız kurallarla yönetimi, sadece kavramsal bir mesele olarak almadığını, buyurucu sert pozitivizmi benimsediğini yeniden hatırlamak gerekir. Buradan hareketle, kurallarla idarenin gerekçelendirilmesi için Campbell, öncelikle kuralları, kontrol kuralları ve koordinasyon kuralları olarak ayırır. Kontrol kuralları, zararlı davranışlardan koruyan ve faydalı davranışları garanti altına alan, yaptırım ve eğitim mekanizmalarıyla yakından bağlantılı işlevleri sağlayan kurallardır<sup>120</sup>. Belirli eylemlerin insanlar tarafından seçimini engellemek, gerekli olan davranışsal kontrolü sağlamanın yegâne yoludur. Bireyler kendi hallerine bırakıldığında, bencilliklerinden yahut ahmaklıklarından dolayı, kendilerine veya başkalarına zarar verebilirler. Kontrol kurallarının ideal halinde, bu kuralların insanlara tam olarak nasıl davranmaları gerektiğini açıkça belirtmesi, dolayısıyla ahlaki terimleri dışarıda bırakması gerekir. Diğer türlü ahlaki terimler kişinin kendisine istisna sağlamasının yolunu açar<sup>121</sup>.

Koordinasyon kuralları ise (örneğin sözleşme yapmamızı sağlayan kurallar benzerinde olduğu gibi) kolaylaştırıcı kurallara; kendi içinde ahlaki öneme sahip olmayan alanlarda (örneğin trafiğin sağdan ya da soldan akması gibi) etkili işbirliğini sağlayan uygunluk kurallarına; büyük insan gruplarının nimet ve külfetlerin dağılımında, genel bir model elde etmelerini sağlamak üzere tasarlanmış dağıtım kurallarına ve büyük grupların ekonomik faaliyetlerini koordine etmek üzere tasarlanmış çıktı kurallarına ayrılır<sup>122</sup>. Koordinasyon kurallarının ortak noktası, koordineli eylemin, genellikle birbirini tanımayan çok sayıda insanın katılımını gerektiren herhangi bir hedefe ulaşmanın etkili bir yolu olduğu fikridir. Bu durumların hepsinde, insanların kurallara uyup uymama ya da kuralları şu veya bu şekilde değiştirip değiştirmeme konusunda kendi kararlarını vermelerine izin vermek, söz konusu faaliyetlerin koordinasyonunda, karışıklığa ve bozulmaya davetiye çıkarmak anlamına gelir. Benzer şekilde, bu tür kuralların içeriğine ilişkin kafa karışıklığı, kontrol kurallarında olduğu gibi, bu kuralların amaçlarına zarar verir. Kurallarla yönetimin yukarıda belirtilen genel kategorileri aşan gerekçeleri de mevcuttur. Kurallar aynı zamanda düzeni, formel adaleti, toplumsallığı, etkililiği sağlarlar<sup>123</sup>. Bu farklı gerekçeler, hukuki pozitivistlerin, zorunlu kurallara sahip

<sup>120</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

<sup>121</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

<sup>122</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

<sup>123</sup> Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 53-57.

olmayı gerekçelendirmek gibi meşakkatli bir konuda ortaya koyabilecekleri düşüncelerin geniş kapsamını gösterir<sup>124</sup>.

Devletlerin vatandaşlar üstünde sahip olduğu gücün kullanılması ve kısıtlanabilmesi için kuralların başka şekillerde de gerekçelendirilmesi gerekir. Bu bağlamda etik pozitivizmin anayasal değeri ortaya çıkar. Hükümetlerin uyması gereken kuralların açık ve belirli olması gerekir, diğer türlü bu kurallar yönetimleri gerçek anlamda sınırlayamazlar. Yani, bireysel özgürlük alanının korunması için kuralların açık ve net olması zorunludur<sup>125</sup>. Etik pozitivizmin anayasal değeri ancak yasama ve yargılama kuvvetlerinin kesin ayrımında ortaya çıkar. Kuralları yapanların, kuralların uygulanmasına karışmaması gerekir. Fakat sert pozitivizmi normatif bir şekilde savunan etik pozitivizm için tek anayasal sorun, yasamanın yargıya müdahalesi değildir. Çünkü belirsiz ve ikircikli kurallar politik otoritenin mahkemelere transferiyle sonuçlanır ve böylelikle yargı organı hukuku kendi değerleri ve önceliklerine göre şekillendirme özgürlüğü kazanır. Normatif pozitivistlerin tamamının demokratik meşruiyeti zedeleyen bu anlayışa karşı çıktıkları öne sürülebilir. Hukuki pozitivizmin, Hobbes ve Bentham’la başlayan, yargıya ve hukukçulara güvensizlik geleneği, çağdaş normatif pozitivistler tarafından, halkın seçtiği yasamanın, halk tarafından seçilmeyen yargı organına meşru üstünlüğüyle gerekçelendirilerek devam ettirilir<sup>126</sup>.

Campbell’in etik pozitivist anlayışında öne sürdüğü diğer bir husus, yasama organının yaptığı yasaların, mahkemeler tarafından yorumlanırken demokratik meşruiyetin gereği olarak, yasama sürecinde verilen önemden sapılmaması gerekliliğidir. Bununla bağlantılı olarak diğer bir husus, etik pozitivizmin günümüzde fazlasıyla değer verilen insan haklarıyla ilgili pozisyonudur. İnsan haklarıyla ilgili düzenlemeler, hem anayasal seviyede ulusların içinde hem de insan hakları sözleşmeleri vasıtasıyla ulusların ötesinde yapılmaktadır. Etik pozitivizm, söz konusu insan hakları düzenlemelerine yasama sorumluluğunu yargıya aktardığı için kısmen karşı çıkar<sup>127</sup>. Temel haklarla ilgili düzenlemeler içerisinde, herkesin hem fikir olduğu alanlar için demokratik açıdan sorun oluşturmeyen bu durum, toplumlarda tartışmalı olan haklar ve bu hakların uygulanması açısından demokratik meşruiyeti zedelemektedir. Campbell’in verdiği örneklerde: “Yaşam hakkıyla bağlantılı olarak kürtaaj, ifade özgürlüğüyle bağlantılı olarak kampanya harcamaları ve örgütlenme özgürlüğüyle bağlantılı olarak grev hakkı örnekleri, çağdaş insan hak-

<sup>124</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 80.

<sup>125</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 81.

<sup>126</sup> Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 85.

<sup>127</sup> Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 161-185.

ları söyleminin, açıkça gayrimeşru olan davranışlarla ilgili olarak hükümetin performansını denetlemekle sınırlı olmadığını göstermeye hizmet etmektedir.<sup>128</sup> Etik pozitivizmin bu bağlamda yine Bentham'dan beri gelen radikal demokratik bir projeyi savunduğu rahatlıkla öne sürülebilir.

## B. Jeremy Waldron: Demokratik (Politik) Pozitivizm

Jeremy Waldron hukuki pozitivizmi demokratik değerlerin çağdaş dünyada yerleşmesi için bir araç olarak gördüğü projesine, çağdaş toplumların ve kurumların bir analizini ortaya koyarak başlar. Ona göre, çoğulculuğun hâkim olduğu günümüz toplumlarını belirleyen ana politik etken, bireylerin nasıl davranacakları konusundaki anlaşmazlıklardır.<sup>129</sup> Hangi eylemlerde bulunacağımıza dair anlaşmazlıklar, günümüz dünyasında, haklarla bezeli bir dili beraberinde getirir. Haklar söylemi, Waldron'a göre anlaşmazlıkları ortadan kaldırmaz; sadece politik eylemle ilgili çatışmaların, hangi haklarımız olduğuna ve bu haklarımızla ne yapacağımız sorusuna transfer edilmesini sağlar.<sup>130</sup> Waldron'un politik projesi, haklarla ilgili anlaşmazlıkların vurgulanması ve toplumlardaki anlaşmazlıkların ciddi bir sorun olarak belirlenmesiyle başlar. Waldron'a göre hakların içeriğiyle ilgili anlaşmazlıklar ortaya çıktığında, bu anlaşmazlıkları yargı organının mı yoksa yasama organının mı çözümleyeceği, en önemli sorun olarak önümüzde durmaktadır. Waldron, yürütme organının hukuki denetimini sorun olarak görmemekle birlikte günümüzde çoğu yargı çevresinde kabul edilen, yasama organının yaptığı kanunların, yargı tarafından anayasal denetimine, demokratik meşruiyeti zedelediği için karşı çıkar. Bu bağlamda değerlendirildiğinde Waldron, Ronald Dworkin'in hukukun ne olduğuyla ilgili aslında var olan fakat hukuki pozitivistler tarafından üstü kapatılan anlaşmazlıklar söylemini kabul eder<sup>131</sup>; fakat Dworkin'in anlaşmazlıkların çözümü için sunduğu reçeteyi yani yargıçların özellikle de anayasa mahkemesi yargıçlarının, kendi yetki çevreleri içerisinde bulunan geçmiş ahlaki politik ilkeleri yorumlayarak, tek doğru çözümünü bulması gerekliliğini kabul etmez<sup>132</sup>.

Toplumların kendi içerisindeki haklarla ilgili anlaşmazlıkları, Waldron'a göre ahlak epistemolojisinin karşımıza koyduğu bir problemdir. Modern

<sup>128</sup> Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 86.

<sup>129</sup> Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 1-14. Alexander Lat-ham-Gambi, 'Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics', *The Review of Politics*, Cilt: 83, Sayı: 2, Yıl: 2021, ss. 242-263, s. 246-251.

<sup>130</sup> Richard Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism', *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773, s. 752

<sup>131</sup> Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 21-26.

<sup>132</sup> Jeremy Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, Sayı: 08-35, Yıl: 2008, ss. 1-57, s. 12-13.

toplumlarda görülen anlaşmazlıklar ahlaki bir soruna işaret eder fakat ahlak felsefesinden hareket ederek bu sorunları çözmek mümkün değildir. Ahlaki gerçekliğin var olduğunu belirten moral realist pozisyonu benimsemek bile anlaşmazlıkları sona erdirmeye yaramaz. Çünkü, herhangi bir eylemde bulunmanın ahlaki doğruluğun gereği olduğu öne sürüldüğünde, bireyler, bu defa, ahlaki doğruluğun ne olduğu konusunda ve doğru eylemde bulunma biçimlerinde anlaşmazlığa düşeceklerdir<sup>133</sup>. Dolayısıyla, ahlak felsefesinde ahlakın nesnel doğruları olduğuna işaret eden moral realist anlayışın bile, bireyler arasındaki anlaşmazlıkları ortadan kaldırma kapasitesi iyimser tahminle sınırlıdır. Waldron, eğitim ve kurumsal yapılanma, yetenek ve deneyim sayesinde yargıçların ahlaki gerçeklere toplumun geri kalanından daha fazla erişimi olduğu ihtimalini kabul eder. Ancak yargıçlar her seferinde doğru cevabı verseler bile, geri kalanımızı, onların verdiği kararların nesnel doğruluğuna ikna etmenin bir yolu yoktur<sup>134</sup>.

Çağdaş toplumlarla ilgili öne sürdüğü iddia, Waldron'u, sorunun demokratik olarak çözümü için hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezini benimseye iter<sup>135</sup>. Ayrılabilirlik tezinin iki farklı yönü bulunur. Öncelikle bu teze göre, bir normun hukuki olarak geçerlilik kazanması için, ahlaki bir sınamadan geçmesine gerek yoktur. İkinci olarak ise hukuk normlarını, sırf hukuk normu oldukları için ahlaki olarak iyi yapan hiçbir özellikleri yoktur. Bu nedenle Waldron'a göre hukuki pozitivizm, ahlaki anlaşmazlıkların, dolayısıyla haklarla ilgili anlaşmazlıkların yoğun olduğu günümüz toplumlarına daha uygundur<sup>136</sup>.

Toplumda neyin doğru ve adil olduğu konusunda fikir ayrılıkları olduğundan, tek bir ahlak ya da hak kavramının hukuki geçerlilik için uygulanabilir kriterler sunması mümkün değildir. Bu durum, güçlü ahlaki duygular uyandıran çetin davalarda mutlak anlamda doğrudur ve bu durumda pragmatik pozitivist çözüm hukukun geçerliliğini ahlaki hususları dikkate almadan belirlemektir. Hukuka pozitivist yaklaşım, toplumda yaygın olan ahlaki anlaşmazlık koşullarına uyar<sup>137</sup>. Waldron'a göre, ayrılık tezi hak ve adalet konusundaki anlaşmazlıkları açıkça kabul eder ve hukukun, doğal hukukun itirazları tarafından engellenmeden toplumu düzenlemesine izin verir. O halde asıl siyasi soru, insanların yasaların iyiliği konusunda anlaşmazlığa düşmeye devam ettikleri durumlarda bile, yasaların nasıl geçerli olabileceğidir.

<sup>133</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, s. 170-172.

<sup>134</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 754.

<sup>135</sup> Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 33-35.

<sup>136</sup> Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 35.

<sup>137</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 756.

Waldron'a göre bu sorunun yanıtı, ayrılabilirlik tezinin demokratik biçiminde içerilir: Ayrılabilirlik tezi bir normun doğru şekilde kabul edildiği önermesini, o normun kabul edilmesi gereken doğru norm olduğu önermesinden ayırır<sup>138</sup>.

Waldron'un demokratik pozitivist anlayışındaki bir sonraki aşamayı oluşturan nokta, onun kavramcı pozitivistlere özellikle de Raz ve Hart'ın hukuki pozitivist projelerine getirdiği itirazlardır. Raz'a göre, hukuk insanlarla, hukuka itaat etme nedenleri arasında bir bağlantı oluşturur, hukukun bu anlamda bir aracılık işlevi vardır. Böylelikle daha önce belirtildiği gibi hukukun insanların davranışları için ortaya koyduğu nedenler, hukukun otoritesinden kaynaklanır ve hukukun direktifleri içerikten bağımsızdır. Ancak içerikten bağımsız kurallarla, hukuk sistemi insanlar için aracılık işlevini yerine getirir<sup>139</sup>. Otorite hukukun parçası olduğuna göre, hukukun bu otoriteye sahip olabilmesi gerekir. Fakat, Raz'ın çokça tartışılan önermesine göre hukukun otoritesinin meşru bir otorite olmasına gerek yoktur. Sadece otorite iddiasında bulunması yeterlidir<sup>140</sup>. Hukukun doğası Raz'a göre, nihayetinde hukukun toplumsal kaynaklarına dayandığından ve hukukun otoritesi hukukun doğasının bir parçası olduğundan, hukukun otoritesi sorunu, hukukun kaynakları sorununun ya da daha geniş bir çerçevede hukuki iktidar sorununun bir parçasıdır<sup>141</sup>.

Waldron'a göre Raz'ın otoriteyle ilgili görüşlerindeki yanlışlık, Raz'ın anlaşmazlıkların ciddiyetine yeterince dikkat kesilmemesinden kaynaklanır. Raz'ın normal gerekçelendirme tezine göre, otorite kaynaklı direktifler insanların birinci derece muhakemelerini dışarıda bırakır. Fakat normal gerekçelendirme tezi direktiflerin nasıl böyle işlediğinin açıklamasını yapmaz<sup>142</sup>. Yani Raz'ın otorite ve hukukla ilgili görüşlerinin hepsini kabul etsek bile, insanlar otoritenin ileri sürdüğü gerekçelerden ikna olmayabilir. Raz'ın yaklaşımında, otoritenin kabul edilmesiyle ilgili nedenlerin temeli, söz konusu kuralların en iyi kurallar olup olmadığından bağımsızdır. Dolayısıyla Waldron, doğru bir otorite teorisinin, normal gerekçelendirmenin görevini yerine getirdiği varsayıldıktan sonra bile anlaşmazlığın devam edebileceği gerçeğini dikkate alması gerektiğini öne sürer<sup>143</sup>.

Waldron'a göre Raz'ın teorisindeki bu sorun, demokratik hukukbiliminin kamusalılık ve genellik unsurlarının, hukuki pozitivist resme eklenmesiyle çö-

<sup>138</sup> Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 38.

<sup>139</sup> Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 214.

<sup>140</sup> Raz, *The Authority of Law*, s. 30.

<sup>141</sup> Raz, *The Authority of Law*, s. 37-52.

<sup>142</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 759.

<sup>143</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, s. 101.

zülür<sup>144</sup>. Demokrasinin bu katkısını nasıl yapacağını anlamak için Waldron'un Hart eleştirisini de değerlendirmemiz gerekir. Hart bütün hukuk sistemlerinde mevcut olduğunu belirttiği tanıma kuralını yargıçların örf kuralı olarak formüle eder<sup>145</sup>. Tanıma kuralı toplumsal bir pratiktir fakat bu pratik öncelikle yargıçların ve resmi görevlilerin oluşturduğu bir pratiktir<sup>146</sup>. Diğer birincil kuralların hukuki olup olmadığını yani geçerliliğini belirleyen tanıma kuralının, Hart'a göre, resmi görevliler haricinde vatandaşlar tarafından bilinmesine ve kabul edilmesine gerek yoktur. Tanıma kuralı, resmi görevliler tarafından içsel bakış açısıyla kabul edildikten sonra, sıradan vatandaşların hukuk sistemine genel olarak uymaları yeterlidir<sup>147</sup>. Hatta, Hart hukuk kavramının bu şekilde tanımının sıradan insanları çobanları tarafından güdülen koyunlar haline getirdiğini belirterek, hukuk sistemlerinin içerdiği tehlikeye de dikkat çeker<sup>148</sup>. Fakat Hart kendi ortaya koyduğu hukuk resminde, hukuku yalnızca kavramsal olarak değerlendirmektedir ve bu resmin içerisinde örneğin Bentham'ın kendi hukuk teorisinde vurguladığı ahlaki-politik ajandadan eser yoktur.

Waldron'a göre Benthamcı proje hukuku iktidarı kullananların dışında vatandaşlar için de ulaşılabilir kılar. Dahası, demokrasilerde hukuk temsiliyet iddiası taşır. Yasama organı, kendilerine oy veren halk adına yasa yapan seçilmiş temsilcilerden oluşur. Yasama organından çıkan yasa halkın yasasıdır. Tanıma kuralları, hukuk sistemine ve hukukun üretildiği koşullara ilişkin genel anlayışı gölgelediği ölçüde, hukukun demokratik niteliği zayıflatılmış olur<sup>149</sup>. Demokratik hukuk böylelikle geleneksel ya da betimleyici pozitivist hukukun sahip olmadığı bir şeyi öne sürer. Demokratik hukuk, kamu yararına olduğunu ve kendisine tabi olan herkes adına, hatta kendisiyle aynı fikirde olmayanlar da dahil olmak üzere, geçerli olduğunu iddia eder. Bu, demokratik hukukun herkesin bakış açısını ya da olası tüm çıkarları temsil ettiğini iddia ettiği anlamına gelmez. Daha ziyade, demokratik yasa yapma sürecinin gerçekleştiği anlaşmazlık koşullarına rağmen, kendisini toplum adına yasa olarak sunar<sup>150</sup>.

Waldron'un demokrasi açıklaması, toplum üyelerinin neden çoğunluğun kararlarına uyması gerektiğine dair normatif bir argüman öne sürmesinin ya-

<sup>144</sup> Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 38-51.

<sup>145</sup> Hart, *The Concept of Law*, 256.

<sup>146</sup> Hart, *The Concept of Law*, 109.

<sup>147</sup> Hart, *The Concept of Law*, 116-117.

<sup>148</sup> Hart, *The Concept of Law*, 117. Jeremy Waldron, başka bir yerde, Hart'ın bu tespitten hareketle normatif pozitvizmin gerekçelendirilebileceğini düşünür. Jeremy Waldron, 'All We Like Sheep', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1999, ss. 169-186.

<sup>149</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 761.

<sup>150</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 761.

nında pozitivist bir hukuk sistemi için de normatif bir tezdır. Pozitivist hukuk resmine, demokratik kamusalılık ve genellik unsurlarının eklenmesi, hukuk sistemlerinin demokratik olarak formüle edilmiş hukuku kabul etmek için nasıl ahlaki nedenler sağlayabileceğini açıklar<sup>151</sup>. Pozitif hukukun iddiası, herkesin görüşlerini dikkate alması ya da pozitif hukukun toplumun uzlaşmaya dayalı temel yapısı olması değildir. Pozitif yasaların asıl vurgu yaptığı şey, Waldron’a göre, hukukun, kamunun çıkarı gözetilerek yapılmasıdır. Demokratik hukukun silahlı soygunculardan veya hukukun buyruk kuramından farkı bu anlamda ortaya çıkar, silahlı soyguncuların buyrukları kamunun çıkarını gözetmez<sup>152</sup>.

Waldron’a göre, insanların neyin gerçekten kamu yararına olduğu konusunda kendi görüşlerine sahip olmaya devam edecekleri elbette doğrudur; ancak yasanın geçerliliği, gerçekten kamu yararını teşvik edip etmediğine bağlı değildir<sup>153</sup>. Yasayı çıkaran makamların da bireyler kadar kamu yararı konusunda yanılma olasılığı vardır, ancak Waldron’a göre yasanın yalnızca kamu yararına olduğunu iddia etmesi yeterlidir<sup>154</sup>. Kamusalılık unsuru, anlaşmazlıkların kendisinden ziyade, anlaşmazlığa verilen toplumsal tepkiler düzeyinde mevcuttur.

Hukukun genelliği de Waldron’a göre demokratik hukukun kamusalılığından kaynaklanır. Genellik, demokratik hukuk anlayışı için önemlidir çünkü bir anlamda hukukun kamusal karakterini vurgular. Hukuk, topluluğun her üyesine eşit şekilde uygulanır ve bunu yaparken topluluğun yararına olduğunu iddia eder<sup>155</sup>. Ancak genelliğin önemli olduğu bir başka anlam daha vardır ve bu da hukukun genelliğinin, bireysel ahlaki failer olarak Kantçı insan anlayışını haklı çıkardığı anlamdır<sup>156</sup>. Anlaşmazlık olgusu, hukukta tek sesliliği gerekli kılan şeydir. Ancak anlaşmazlık aynı zamanda ahlaki özerkliğin bir ürünüdür. Dolayısıyla ahlaki özerkliğin tanınması ve buna saygı gösterilmesi, anlaşmazlığın ciddi ve ahlaki önemini küçümsemeyen kolektif karar usullerini gerektirir. Kamusal ve genel olduğu kadar diğer üç anlamda da pozitivist-kaynağa dayalı, ahlaktan bağımsız ve otoriter- olan bir hukuk, bu gereklilikleri yerine getirebilir<sup>157</sup>.

<sup>151</sup> Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 762.

<sup>152</sup> Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 40.

<sup>153</sup> Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 41

<sup>154</sup> Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 41.

<sup>155</sup> Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

<sup>156</sup> Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

<sup>157</sup> Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

Waldron'un anayasa yargısına karşı argümanları yine onun demokratik pozitivist görüşlerinden kaynaklanır. Ona göre, hakların içeriği yargı organı tarafından değil, yasama organı tarafından belirlenmelidir. Waldron bu nedenle *common law* hukukçularının haklarla bezeli hukuk anlayışı yerine, yargıcın rolünün sınırlandığı bir yargı anlayışına daha olumlu bakar. Hakların içeriği bu haklara sahip olan insanlar tarafından belirlenmelidir. Eşit katılımıla yapılan yasalar ancak yasama organının toplumsal temsil sayesinde yaptığı yasalar-dır. Waldron anayasa yargısının tümüne karşı değildir. Onu ilgilendiren sadece “güçlü” anayasal denetimdir. “Güçlü” yargısal denetim, mahkemelere, anayasal olarak korunan bir veya başka bir hakkı ihlal ettiğinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konan mevzuatı iptal etme yetkisi verirken, “zayıf” denetimin çeşitli biçimleri, mahkemelere mevzuatın geçerliliğine ilişkin herhangi bir bulgu veya karar verme yetkisi vermeksizin, mevzuatın bir haklar belgesinde yer alan haklara uygunluğunun yargısal olarak incelenmesini öngörmektedir<sup>158</sup>. Waldron'un güçlü yargısal denetimle ilgili sınırı, belirli şartları sağlayan yargı çevreleri için geçerlidir. Böyle bir yargı çevresinde şunların olması gerekir:

“(1) yetişkinlerin genel oy hakkı temelinde seçilen temsili bir yasama organı da dahil olmak üzere, makul ölçüde iyi işleyen demokratik kurumlar; (2) bireysel davalara bakmak, anlaşmazlıkları çözmek ve hukukun üstünlüğünü korumak için temsili olmayan bir temelde kurulmuş, yine makul ölçüde iyi işleyen bir dizi yargı kurumu; (3) toplumun çoğu üyesinin ve yetkililerinin çoğunun birey ve azınlık hakları fikrine bağlılığı; ve (4) toplumun haklar fikrine bağlı üyeleri arasında haklar konusunda (yani haklara bağlılığın gerçekte ne anlama geldiği ve ne gibi sonuçlar doğuracağı konusunda) süregelen, önemli ve iyi niyetli anlaşmazlıklar<sup>159</sup>.”

Waldron yargısal denetimin, dinsel, ırki, cinsiyet ile ilişkili yasama sorunlarını düzeltmek için zorunlu olabileceğini kabul eder fakat yasama organlarının Waldron'un belirttiği şekilde işlediğinde haklarla ilgili anlaşmazlıkların son çözüm yeri olarak mahkemelere sevk edilmesini ikna edicilikten uzak bulur<sup>160</sup>. Waldron'un yasama organına yaptığı vurgu katılım, eşitlik, özerk bireylerin, özerk tercihlerini yapması gibi demokratik değerlere dayanır. Liberal demokrasinin haklarla ilgili ihlal ve çatışmaları yargı organına sevk ettiği yerde Waldron'un yasamayı önceleyen teorisi, onu tıpkı Campbell gibi radikal demokrat görüşlere yaklaştırır. Waldron yine tıpkı Campbell gibi tüm projesini hukuki pozitivism'e değer atfederek inşa eder.

<sup>158</sup> Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 768.

<sup>159</sup> Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', The Yale Law Journal, Cilt: 115, Sayı: 6, Yıl: 2006, ss. 1346-1406, s. 1360.

<sup>160</sup> Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', s. 1360.

## SONUÇ

Hukuki pozitivizmin günümüzdeki baskın şekli hukukbilimi yapma faaliyetini betimsel bir proje olarak temellendirir. Metodolojik pozitivistler için hukuk kavramının ne olduğunun ortaya konulması, hukuk kavramının zorunlu ve yeterli şartlarının açığa kavuşturulması betimsel metafizik bir eylemdir. Hukuk kavramı netleştirilirken elbette teorisyenden değerlendirme yapması beklenir fakat teorisyenin yapacağı değerlendirme ahlaki-politik değerlendirmeden uzak olmalıdır. Hukuk kavramıyla ilgili ahlaki-politik değerlendirme yapılabilir fakat bu ancak hukuk kavramı ortaya koyulduktan sonra yapılması gereken ve daha çok politika ya da ahlak teorisyenlerini ilgilendiren bir mevzudur.

Normatif pozitivistler öncelikle bu resme itiraz ederler. Hukuki pozitivizm ilk ortaya çıktığında betimsel bir anlayışla değil aksine ahlaki-politik bir itiraz olarak ortaya çıkmıştır. Çağdaş normatif pozitivistler geleneğin dip dalgasını yeniden yüzeye çıkarırlar ve hukuki pozitivizmin ahlaki bir değerlendirmeden bağımsız olamayacağını öne sürerler. Hukuki pozitivizmi bu şekilde ele alan normatif pozitivistler, hukuki pozitivizmin ahlaki politik işlevleriyle ilgili farklı görüşler öne sürerler. Bu farklı görüşlere rağmen hepsinin kabul edebileceği ortak noktalar olduğu söylenebilir. Bunlar arasında buyurucu sert pozitivizme bağlılığı, hukukun sıradan insanlar tarafından nüfuz edilebilir olması gerekliliğini, mahkemelere ve yargıçlara şüpheyile yaklaşmayı, mahkemelerin yorumlarında yasamanın yaptığı kuralların sınırlarını benimsemelerini ve yasamanın demokratik yanına olan inancı sayabiliriz.

Hukuki pozitivizmin benimsediği hukukun geçerliliğiyle ilişkili olarak ahlaki muhakemeye zorunlu bir ihtiyaç olmadığı tezi, hukuki pozitivistlerin hukukun doğasıyla ilgili görüşlerinin yanlış anlaşılmasının kaynağıdır. Hukuki geçerlilikle, hukuka ahlaki itaat yükümlülüğünü birbirinden ayrı meseleler olarak görsele de pozitivistler karşıtlarının eleştirisi oklarından kurtulamaz. Normatif pozitivistler, hukuki pozitivizmi ahlaki-politik olarak kıymetli bir entelektüel gelenek olarak görerek, bu eleştirilerin ne kadar yersiz olduğunu kanıtlar. Günümüzde normatif pozitivistlerin argümanları birçok anti-pozitivist düşünür tarafından da olumlu karşılanır. Normatif pozitivizm böylelikle hukukbilim içerisindeki kısır doğal hukuk-hukuki pozitivizm karşıtlığını da ortadan kaldırıp daha verimli tartışmaların yapılmasına öncülük edecek bir gelenektir.

## KAYNAKÇA

- ALEXY, Robert, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (çev. B. L. Paulson / S. L. Paulson), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ARIKAN, Engin, *Sert Pozitivizm, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2019.
- BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.
- CAMPBELL, Tom D., ‘The Point of Legal Positivism’, *King’s College Law Journal*, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1998-1999, ss. 63-87.
- CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, New York, 2016.
- CHIASSONI, Pierluigi, “From Savigny to Linguistic Analysis: Legal Positivism Through Bobbio’s Eyes”, *Torben Spaak / Patricia Mindus (der.)*, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- COLEMAN, Jules, ‘Negative and Positive Positivism’, *The Journal of Legal Studies*, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 1982, ss. 139-164.
- COLEMAN, Jules, “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, *Jules Coleman (der.)*, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, New York, 2001.
- COYLE, Sean, ‘Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt. 16, Sayı. 2, 2003, ss. 243-270.
- DICKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Hukukun Hükümranlığı*, (çev. E. Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2018.
- DYZENHAUS, David, ‘The Genealogy of Legal Positivism’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2004, ss. 39-67.
- DYZENHAUS, David, ‘The Justice of the Common Law: Judges, Democracy and the Limits of the Rule of Law’, *yayınlanmamış ders*, Melbourne, Kasım 2000.
- DYZENHAUS, David, “Hobbes on the Authority of Law”, *David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- DYZENHAUS, David, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- EDMONDS, David, *The Murder of Professor Schlick: The Rise and Fall of the Vienna Circle*, Princeton University Press, Princeton, 2020.
- FINNIS, John, ‘Grounds of Law and Legal Theory: A Response’, *Legal Theory*, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, ss. 315-344.
- FINNIS, John, ‘Law and What I Truly Should Decide’, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 107-129.

- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GLOCK, Hans-Johann, *Analitik Felsefe Nedir?*, Albaraka Yayınları, İstanbul, 2021.
- GOLDSMITH, M. M., “Hobbes on Law”, Tom Sorell (der.), *Cambridge University Press*, Cambridge, 1996.
- HART, H.L.A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, (çev. E. Uzun), Sercan Gürler (der.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2015.
- HART, H.L.A., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HIMMA, Kenneth Einar, *Morality and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- HOBBES, Thomas, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Joseph Cropsey (der.), University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- HOBBES, Thomas, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- HOBBES, Thomas, *The Elements of Law Natural and Politic*, Frank Cass, London, 1969.
- LATHAM-GAMBI, Alexander, ‘Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics’, *The Review of Politics*, Cilt. 83, Sayı. 2, Yıl: 2021, ss. 242-263.
- LOBBAN, Michael, “Thomas Hobbes and the Common Law”, David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), *Cambridge University Press*, Cambridge, 2012.
- LYONS, David L, ‘Founders and Foundations of Legal Positivism’, *Michigan Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 4, Yıl: 1984, ss. 722-792.
- MARMOR, Andrei, “The Seperation Thesis in Context”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- MAY, Larry, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- MOORE, Michael S., “Law as Functional Kind”, Robert P. George (der.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- MURPHY, Mark, *Philosophy of Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2007.
- PERRY, Stephen, ‘Hart’s Methodological Positivism’, *Legal Theory*, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1998, ss. 427-467.
- POSTEMA, Gerald J., “The British Tradition of Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

- POSTEMA, Gerald J., Bentham and the Common Law Tradition, 2. Baskı, Oxford University, Oxford, Press, 2019.
- PRIEL, Dan, 'Toward Classical Legal Positivism', Virginia Law Review, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 987-1022.
- RAZ, Joseph, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SCHAUER, Frederick Schauer, "Positivism as Pariah", Robert P. George (der.), Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- SCHAUER, Frederick, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', Virginia Law Review, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 957-976.
- SCHAUER, Frederick, "Normative Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SCHAUER, Frederick, "Positivism Before Hart", Michael Freeman / Patricia Mindus (der.) The Legacy of John Austin's Jurisprudence, Springer, Dordrecht, 2013.
- SCHAUER, Frederick, The Force of Law, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- SCHAUER, Frederick, Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, Massachusetts, 2009.
- SCHOFIELD, Philip, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SCHOFIELD, Philip, Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- SHAPIRO, Scott J, Legality, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- SHINER, Roger, Norm and Nature: The Movements of Legal Thought, Clarendon Press, Oxford, 2011.
- SPAAK, Torben / MINDUS, Patricia, "Introduction", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- STACEY, Richard, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism', Oxford Journal of Legal Studies, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773.
- VINX, Lars, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, Oxford University Press, Oxford, 2007
- WALDRON, Jeremy, 'All We Like Sheep', Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1999, ss. 169-186.
- WALDRON, Jeremy, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper, Sayı: 08-35, Yıl: 2008, ss. 1-57.

WALDRON, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', The Yale Law Journal, Cilt: 115, Sayı: 6, Yıl: 2006, ss. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", Jules Coleman (der.), Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law, Oxford University Press, Oxford, 2005.

WALDRON, Jeremy, Law and Disagreement, Oxford University Press, Oxford, 2004.

WALUCHOW, Will, Inclusive Legal Positivism, Oxford University Press, Oxford, 1994.