

# HUKUKİ POZİTİVİZMİN AYRILABİLİRLİK TEZİNE GENEL BİR BAKIŞ

*Arş. Gör. Tuba Dilşat URAL\**

## I. GİRİŞ

Hukuk felsefesinde birçok hukukçu tarafından tartışılmış konuların başında, hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezi gelir. Bu tez, hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ olmadığını ifade eder. Ayrılabilirlik tezinin anlamı, çeşitli pozitivistler tarafından farklı şekillerde ortaya konmuştur. Klasik hukuki pozitivistler olarak adlandırılan Jeremy Bentham ve John Austin'e göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu hiçbir bağ yoktur. Olan hukuk ile olması gereken hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Bu görüş geleneksel pozitivist anlayışı yansıtmaktadır. Hart gibi bazı pozitivistler ise ayrılabilirlik tezinin hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ olmadığı anlamının yanında, iki kavram arasında olumsal bir bağ olabileceği ihtimalini de kabul etmektedir. Kapsayıcı pozitivistler tarafından savunulan bu görüş, daha ılımlı bir hukuki pozitivistizmin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu çalışma ile hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezinin, genel hatları itibarıyla değerlendirilmesi hedeflenmiştir. Bu çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde hukuki pozitivistizmin, ikinci bölümde ayrılabilirlik tezinin anlamına ilişkin olarak genel değerlendirmelerde bulunulmuştur. Üçüncü bölümde ise farklı düşünürlerin ayrılabilirlik teziyle ilgili görüşlerine yer verilmiştir.

## II. GENEL OLARAK HUKUKİ POZİTİVİZM KAVRAMI

19. ve 20. yüzyıldaki toplumsal olaylar ve bu olayların paralelinde meydana gelen düşünsel değişimler, toplumsal temelli felsefi akımların gelişiminde öncü olmuştur<sup>1</sup>. Fransız İhtilali'ne kadarki dönemde, akıl

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivistizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, Y. 1978, s. 17. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2930.pdf>). (Erişim Tarihi: 01.03.2017).

yolu ile kavranabilen ve daha çok soyut kavramlara yönelen doğal hukuk anlayışından, 19. yüzyıl itibariyle, ‘olan hukuku’ (is) inceleme kapsamına alan hukuki pozitivizme doğru bir eğilim ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>2</sup>.

Hukuki pozitivizme göre felsefi sorunlar ve hukuki sorunlar birbirinden ayrı tutulmalıdır<sup>3</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iki hususun birbirinden ayrı tutulması gerektiğini savunan pozitivistler, adalet, etik, hak gibi kavramların varlığını inkâr etmezler. Hukuki pozitivizme yön veren önemli isimlerden biri olan Hans Kelsen’in saf hukuk teorisinde de hukuk kavramı olarak, adil olup olmaması yönünde bir değerlendirilme yapılmaksızın ve “doğru hukuk nasıl olmalı” sorusuna yanıt verilmeksizin, mevcut ve ulaşılabilir hukuk inceleme konusu yapılmaktadır<sup>4</sup>.

Hukuki pozitivizm, hukukun kaynak ve esaslarının, hukuki geçerlilik açısından insanın ve eşyanın tabiatında var olduğunu reddederek, söz konusu kaynak ve esasların insanlar tarafından konulmuş olduğunu ve içeriğini insanların dilediği biçimde oluşturduğu anlayışını ileri sürmektedir<sup>5</sup>. Hukuki pozitivizm, doğal hukuktaki hukuki geçerlilik açısından kuralların birtakım zorunlu ahlaki unsurları içermesi gerektiği anlayışını reddetmektedir. Bu akım, hukuk kavramını ve bu kavramın uzantılarını, kanun uygulayıcıları ve vatandaşlar tarafından müşterek olarak anlaşılabilir tarzda merkezileştirerek açıklamaya çalışır<sup>6</sup>. Hukuki pozitivizme göre hukuk, doğal hukuktaki gibi doğal bir olgu değil, insan yapımı bir olgudur<sup>7</sup>. İnsan yapımı fenomenen kasıt ise, hukukun doğal bir şey olmadığı, o ülkedeki geçerlilik esaslarına uygun bir biçimde insanlar tarafından oluşturulduğu inancıdır.

---

2 Keyman, s. 20.

3 Niyazi Öktem, “Hukuki Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977, s. 277. (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/article/viewFile>). (Erişim Tarihi: 01.03.2017).

4 Vecdi Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul 1978, s. 40.

5 Roger Bonnard, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Çev. Mehmet Ali Aybar, 15. Kitap, İstanbul 2006, s. 26.

6 Kenneth Einar Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çev. Saim Üye, 1. Bs., Ankara 2010, s. 7.

7 Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, 1. Bs., İstanbul 2011, s. 79.

Öktem ve Türkbağ, hukuki pozitivizmin bazı ilkelerini açık bir şekilde ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu kapsamda hukuki pozitivizmin önemli bir ilkesi, bağımsız bir hukuk biliminin kurulabilmesi için “olan hukukun”, olması gereken hukuktan ayrılması gerektiğidir. Başka bir ilkesi ise, etkinliği ve yaptırım gücü olmayan kuralların, hukukun konusunu oluşturmadığıdır. Yine bu ilkeyle bağlantılı olarak pozitif hukuk fiilen uygulanan hukuk olup, devletin iradesiyle açıklanabilir. Ayrıca pozitif hukukta aksiyolojik hususlardan öte, mantıksal değerlere önem verilmektedir<sup>8</sup>.

Çalışmamızın asıl teması olan, hukuki pozitivizmde ayrılabilirlik tezine geçmeden önce, hukuki pozitivizmde önemli bir tez olan sosyal olgu tezine de değinmek gerekir. Sosyal olgu tezine göre bir toplumdaki kurallar sistemi, sosyal bir olgu olarak açıklanabilir<sup>9</sup>. Sosyal olgu tezinin taşıdığı bir başka anlam ise, bir toplumdaki nihai hukuksal geçerliliğin nasıl sağlanacağı noktasındadır<sup>10</sup>. Bu tez pozitivistler tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Klasik pozitivistlerden Austin’e göre hukukun sosyal olgusunun, egemen gücün buyruklarından oluşması gerekir<sup>11</sup>. Kapsayıcı pozitivistlerinden olan H. L. A. Hart’a göre ise, hukukun sosyal olgusu, tanıma kuralı denilen ilkeye dayanmaktadır<sup>12</sup>.

### III. AYRILABİLİRLİK TEZİ

#### A) Genel Olarak

Hukuk felsefesinde birçok tartışmaya konu olan ayrılabilirlik tezi, en genel anlamıyla, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığını ifade etmektedir<sup>13</sup>. Bu teze göre; bir hukuk kuralının, o ülkedeki hukuk

---

<sup>8</sup> Niyazi Öktem/Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Bs., İstanbul 2014, s. 432-434.

<sup>9</sup> Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 147. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1096/1675.pdf?show>). (Erişim Tarihi: 07.03.2017).

<sup>10</sup> Sururi Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 11. Kitap, İstanbul 2005, s. 68.

<sup>11</sup> Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 69.

<sup>12</sup> Uygur, s. 147.

<sup>13</sup> Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 64, Aynı yönde bkz. Himma, s. 13,.

sistemi içerisinde geçerli olup olmaması, bahsi geçen kuralın, asgari ahlaki kriterleri içerip içermemesi ile bağlantılı değildir. Ayrılabilirlik tezi göre bir kuralın geçerliliği için, söz konusu kuralın, sosyal kaynak ya da soybağı olarak ifade edilen teze göre sosyal kaynağıyla ilişkisinin kurulmasına bağlıdır<sup>14</sup>. Yani, bir hukuk kuralının geçerli olması, ancak ilgili ülkenin, kural koyma ve tanıma noktasındaki birtakım biçimsel özellikleri tamamlamasıyla birlikte mümkün hale gelir.

### **B) Kapsayıcı Pozitivistler ile Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma**

Yukarıda belirtildiği üzere pozitivistler ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir bağ kabul etmezler. Ancak hukuk ile ahlak arasında bağ olabilme ihtimali üzerinde belirginleşen bir tartışma vardır. Bu noktada pozitivistler kapsayıcı ve dışlayıcı olarak ikiye bölünmektedirler. Bahsi geçen ayrılıkçı düşünceye neden olan hususları anlayabilmek için bağdaşım tezini açıklamamız gerekmektedir. Bağdaşım tezi göre bir normun geçerliliği, içeriksel olarak ahlaki birtakım hususları barındırmasına bağlanabilir<sup>15</sup>.

Bağdaşım tezinin, bir normun geçerliliğinin, o normun ahlaki içeriğine bağlı olması koşulunu ifade eden yeterlilik ve zorunluluk şeklinde iki bileşeni vardır<sup>16</sup>. Yeterlilik bileşenine göre bir normun geçerli olabilmesi için ahlaki olması yeterlidir. Buna göre yeterlilik bileşeni, resmen onaylanmamış bir normun ahlaki içeriği itibarıyla hukuken geçerli olabilmesine imkan tanır<sup>17</sup>. Zorunluluk bileşenine göre resmi olarak onaylanmış ve yürürlüğe girmiş bir normun hukuken geçerli olabilmesi için içeriğinin ahlak bağlamında birtakım ilkelerle uyumlu olması gerekir<sup>18</sup>. Bu kapsamda zorunluluk bileşeni, resmi görevlilerce yürürlüğe konmuş hukuk kurallarına ahlaki nitelikte sınırlama getiren bileşen olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bağdaşım tezi, ahlak temelli

<sup>14</sup> Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 65.

<sup>15</sup> Himma, s. 31.

<sup>16</sup> Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Y. 2004, s. 6.

<sup>17</sup> Himma, s. 31, Ayrıca bkz. Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk” s. 7.

<sup>18</sup> Himma, s. 162, Ayrıca bkz. “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 7.

hukuk sistemlerinin birtakım pozitivistlerce açıklanabilmesini sağlaması açısından önem arz etmektedir.

Yukarıda anlatıldığı gibi bağdaşım tezinin her iki bileşeni de ahlakla ilgili olması bağlamında pozitivistler arasında tartışmaya neden olmaktadır. Kapsayıcı pozitivistler olarak adlandırılan H.L.A. Hart, Jules Coleman, W.J. Waluchow, Matthew Kramer gibi yazarlar hukuki geçerlilik için birtakım ahlaki kriterlerin olabileceğini savunmaktadırlar<sup>19</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, kapsayıcı pozitivistlerin ahlaki kriterlerin varlığını savunuyor olması, onların hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın varlığını kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. İki kavram arasında muhtemel bağ olabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

Dışlayıcı pozitivistlerden Joseph Raz, Scott Shapiro ve Andrei Marmor gibi yazarlar ise tanıma normuna ahlaki kriterlerin konulmasına karşı gelerek sadece kaynağa ya da soybağı tezine göre belirlenmesi gerektiğini düşünmektedirler<sup>20</sup>. Bu durumda dışlayıcı pozitivistlerin, ayrılabilirlik tezinin katı savunucuları olduğu söylenebilir.

#### **IV. DÜŞÜNÜRLERİN AYRILABİLİRLİK TEZİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ**

##### **A) Hans Kelsen**

1881-1973 yılları arasında yaşamış olan ve Yeni Kantçı olarak adlandırılan düşünür, hukukun bilimselliğine ilişkin olarak, hukuk ile ilgili kullanılan metotların bilime yakışmadığından bahisle yeni hukuk biliminin kurulması maksadıyla çalışmalar yapmıştır. Kelsen, hukuku metajüridik (hukuk ötesi) öğelerden arındırarak, hukukun saf bir karakteri olduğunu ileri sürmüştür<sup>21</sup>. Hukukun diğer alanlardan ayrıştırılıp, ayrı bir bilim dalı olarak incelenmesi gerektiğini savunmuştur<sup>22</sup>. Saf hukuk teorisi adı verilen sistemi, bu mülazahazalarla kurmuştur. Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuk bilimi, politikanın, ahlakın ve diğer bilim dallarının yansımalarına kapalı olmalıdır.

---

19 Himma s. 9.

20 Himma, s. 9.

21 Aral, s. 1 vd.

22 Yasemin Işıkaç, *Hukuk Felsefesi*, 3. Bs., Şubat 2010, s. 286.

Hukukun inceleme alanına “olması gereken” (ought) kavramı değil, “olan” (is) kavramı girmektedir. Bu kapsamda Kelsen, adalet, vicdan, hakkaniyet gibi önemli ahlaki terimleri bir yana bırakıp, mevcut hukuk ne ise onu incelemiştir. Ayrıca Kelsen’e göre bütün hukuk sistemlerinde görülen ortak kurum ve kavramlar incelenmeye değerdir.

Kelsen’e göre adaletin göreceli olduğu ve adil olanın kesin olarak saptanmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla adaleti tespit etmenin beyhude bir çaba olduğu söylenebilir. Düşünür makalesinde belirttiği üzere,

*“Eğer düşünce tarihi bir şey ispatlamışsa, bu da rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını ki bu insan davranışı standardı, tek adil standart ve karşıt standardın da adil olabileceğini dışlayan bir standart olarak anlaşılır- kurmaya yönelik çabaların boşuna olduğudur. Eğer geçmişin entelektüel deneyiminden öğrenebileceğimiz bir şey varsa, o da sadece göreceli değerlerin insan aklınca ulaşılabilir olduğudur, yani bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme, karşıt değerlendirmenin mümkün olduğunu dışlama iddiasıyla yapılamaz. Mutlak adalet, irrasyonel bir idealdir ya da aynı anlama gelen, bir yanılısamadır; insanlığın ebedi yanılısaması. Rasyonel kavrayış perspektifinden insanların sadece çıkarları ve bu nedenle çıkar çatışmaları vardır. Bu çatışmaların çözümü ya bir çıkarı diğeri pahasına tatmin etmekle ya da çatışan çıkarlar arasında bir uzlaşmayla sağlanır. Sadece biri ya da diğerrinin adil çözüm olduğunu kanıtlamak mümkün değildir. Bazı koşullar altında biri, diğer koşullar altında öteki adil olabilir. Eğer toplumsal barışın nihai amaç olduğu düşünülürse ve sadece o zaman, uzlaşmaya dayalı çözüm adil olabilir, fakat barışın adaleti, sadece görece, yani mutlak olmayan bir adalettir.”<sup>23</sup>*

Bu durumda Kelsen açısından hukuk; objektif bir niteliğe karşılık gelirken, adalet kavramı sübjektif bir değer yargısı olarak nitelendirilebilir.

Kelsen’ in sisteminde her norm kendisinden önceki üst norma bağlı olarak meydana gelmiştir. Eğer bir normun üstündeki norm geçerli ise, onun altı olan norm da geçerliliğini koruyacaktır. Bu şekilde oluşan normlar hiyerarşisinin üstünde temel norm adını verdiği varsayımsal bir

<sup>23</sup> Hans Kelsen, “What is Justice?”, Çev. Ali Acar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. Temmuz-Ağustos 2013, s. 451-452. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1301>). (E. T. 22.03.2017).

norm bulunmaktadır. Dolayısıyla Kelsen'in teorisinde hukuki geçerlilik adalet gibi soyut kavramlara bağlı olmayıp, alt normun üst norma uygunluğunu ifade etmektedir. Bir normun geçerliliği aşağıdaki şartların varlığıyla paralellik arz etmektedir<sup>24</sup>:

1. *Normun içerisinde bulunduğu hukuk sisteminin geçerli olması,*
2. *Normun düzenlenmesine neden olan ve hukuk sistemi açısından geçerli bir durumun varlığı,*
3. *Normun, mevcut hukuk sisteminde başka bir norm tarafından kaldırılmaması.*

Kelsen' e göre bir normun geçerli olup olmamasına, ilgili ülkenin anayasasına bakarak karar verilebilecektir<sup>25</sup>. Eğer anayasaya göre geçerliyse, bu anayasaya uygun olarak çıkartılmış kanunlar da geçerli olacaktır<sup>26</sup>. Belirtilen şekilde şekli şartlara uygun olan norm, *global etkililik* ve *minimum etkililik* şartlarını da sağlamalıdır<sup>27</sup>. Global etkililikten kasıt, ilgili normun, dahil olduğu hukuk sisteminin etkili olmasıdır. Bireyler mevcut hukuk düzenine itaat ediyorsa, o hukuk sisteminin global etkililiğinden söz edilebilir. Minimum etkililikten kasıt ise, anayasal düzene uygun olarak ihdas edilen normun en azından bir süre uygulanmış ve norma itaat edilmiş olmasıdır. Bir norm uzun bir müddet etkili nitelikte olmazsa artık geçerliliğinden de bahsedilemeyecektir<sup>28</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Kelsen'in yaptığı değerlendirmeler, ayrılabilirlik tezi açısından değerlendirilecek olursak, hukuku normlara indirgeyen Kelsen'in, hukuk sistemini ahlakla ilişkilendirerek açıklamasının imkansız olduğunu ifade edebiliriz. Pozitivizmin temelinde olan ahlak-hukuk ayrımı Kelsen' in sisteminde sert bir şekilde ortaya konmuştur. Hukuk için önemli olan husus, bir normun geçerli ve etkili olup olmamasıdır<sup>29</sup>. Geçerli ve etkili bir hukuk kuralının ahlaki olmadığından yürürlükten kaldırılması, Kelsen'in normativizme dayanan pozitif hukuk anlayışına uygun değildir. Hukuk

<sup>24</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Bs., Ankara 2015, s. 316.

<sup>25</sup> Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, 1. Bs., İstanbul 2016, s. 77.

<sup>26</sup> Kelsen, s. 77.

<sup>27</sup> Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998, s. 102.

<sup>28</sup> Gözler, s. 86.

<sup>29</sup> Öktem/ Türkbağ, s. 451.

kuralları ve ahlak kuralları birbirinden bağımsızdır. Hukuk kuralının içeriğinin ahlaki olması ya da olmaması hukuk biliminin konusunu oluşturmaz. Kelsen' e göre hukuk, ahlak dahil, metafiziğin her türlü dalından farklılaştırılıp saf bir biçimde ortaya konmalıdır.

## B) Jeremy Bentham

İngiliz Faydacı Okulu' nun önemli temsilcilerinden biri olan J. Bentham aynı zamanda İngiliz analitik pozitivistizminin de önde gelen isimlerinden birisidir. Bentham' ın yaklaşımı analitik pozitivistizmin içerisinde iradeci pozitivist olarak da adlandırılır<sup>30</sup>. Bentham doğal hukukun karşısında yer almaktadır<sup>31</sup>.

J. Bentham'ın hukuk teorisi, faydacı ahlak anlayışı ve hukuki pozitivistizm kavramları birlikte değerlendirerek açıklanabilir. Bentham, hazzı bir ahlak anlayışını savunmuştur. Ona göre haz veren herşey iyidir ve hazlar arasında hiyerarşik bir üstünlük söz konusu değildir. Bir eylemin ahlaki değeri ise hazzın verdiği ölçüyle doğru orantılıdır ve hiçbir haz bir diğerinden nitelik olarak üstün değildir<sup>32</sup>. İnsanın mutluluğuna ve çıkarlarına aykırı ahlaki görevlerin varlığı savunulamaz<sup>33</sup>. Ahlak felsefesinde iyi ya da kötü kavramları, bireyin duyduğu haz ya da acıyla değerlendirilebilir<sup>34</sup>. Birey bir şeyden haz duyuyorsa iyidir, buna karşılık bir şeyden acı duyuyorsa bu kötüdür. Haz, bireyin hareketinin ahlaki niteliğini saptamada kullanılan yegâne araçtır. Jeremy Bentham'ın sisteminde bireylerin temel amaçları mutlu olmaktır ve bunun için haz duymaları ve acıdan imtina etmeleri gerekir. Bir toplumun ahlak ve hukuk düzeni bireylerin mutluluğunu sağlamalıdır<sup>35</sup>. Yukarıda belirtildiği gibi haz veren şeyin bireyi mutlu etmesi hukuk düzeni için yeterlidir.

30 Sururi Aktaş, Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 260-262, Ayrıca bkz. Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University, Press 2009, s. 30-32, Leslie Green, *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy. (<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>). (E. T. 26.04.2017).

31 Işıktaç, s. 224.

32 Güriz, s. 241.

33 Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara 1963, s. 37.

34 Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara 2009, s. 231.

35 Adil İzveren, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1988, s. 53-54.



Jeremy Bentham' a göre “Özel ahlâkın amacı mutluluktur ve yasamanın da bundan başka amacı olamaz. Özel ahlâk her üyesinin, yani söz konusu olabilecek herhangi bir toplumun her üyesinin mutluluğu ve eylemleri ile ilgilenir ve yasamanın da bundan başkasıyla ilgilenmesi söz konusu olamaz. Şu ana kadar, öyleyse, özel hukuk ve yasama sanatı el ele gitmektedir. Göz önünde bulundurdıkları veya bulundurmamak zorunda oldukları amaç aynı doğaya sahiptir.”<sup>36</sup> Hukuk, toplumsal mutluluk ve düzeni sağlamaya yönelik bir araçtır<sup>37</sup>. Bireylere hukuk düzeni tarafından sağlanan haklar, mutluluklarını sağlamaya yönelik olup, hukuk tarafından düzenlenmeyen alanlarda bireylerin hareket alanı, bir başka bireyin acısı ile sınırlandırılmıştır. Ancak yukarıda anlatmaya çalıştığımız gibi, Bentham'ın faydacı ahlak anlayışını savunmasına rağmen onun iradeci hukuk teorisi açısından yürürlüğe konulan kuralın iyi ya da kötü olması bir başka deyişle yararlı ya da zararlı olması kuralın geçerliliğine etki etmez.

Bentham'ın hukuk tanımına göre<sup>38</sup> “Hukuk, hükümler güç tarafından vazedilen veya benimsenen ve hükümler gücün egemenliği altındaki insanların davranışlarını düzenleyen kurallar bütünüdür.” Tanımdan anlaşılacağı üzere Bentham, hukuku egemen güce dayandırarak, hukuk tanımında adalet ve ahlak gibi kavramlara yer vermemiştir. Egemen güç, kuralların ihlali halinde yaptırım hakkına sahip mutlak iktidardır. Hukukun güvenliği ilkesi son derece önemli olup, söz konusu ilke ancak kaynağı belli olan egemen güç tarafından, yazılı hukuk kurallarının öngörüldüğü ve var olduğu bir sistemde sağlanabilir<sup>39</sup>. Egemen gücün hukuksal sınırları yoktur ve egemen güç toplumun mutluluğunun gerektirdiği her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir<sup>40</sup>. Ayrıca bireyler sosyal sözleşmede kabul edildiği şekilde doğuştan bazı temel hak ve özgürlüklere sahip değildir. Ona göre

36 Jeremy Bentham, “Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (Introduction to Principles of Ethics and Legislation)”, Çev: Aysel Doğan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, Y. 2008, s. 389. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16544.pdf>). (E. T. 24.03.2017).

37 Uslu, s. 231.

38 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 247.

39 Aysen Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 1. Bs., İstanbul 2013, s. 96.

40 Işıқтаç, s. 225.

doğal haklar, “*hukukun çocukluk hastalığı, ayağı yere basmayan saçmalıklar*” niteliğindedir<sup>41</sup>.

Yukarıda verilen bilgileri ayrılabilirlik tezi bağlamında özetlemek gerekirse, Bentham’ın hukuk teorisi, iradeci hukuki pozitivist çerçevede değerlendirilir. Hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması denildiğinde ilk akla gelen isimlerin başında Jeremy Bentham gelmektedir. Bentham, doğal hukuku sert bir biçimde eleştirerek, hukuk sisteminde ahlak kavramına yer vermemiştir. Asıl amaç hazza dayalı toplum mutluluğunu ve düzenini sağlamaktır<sup>42</sup>. Egemen güç, kanunları koyar ve yaptırım gücüyle uymayanları cezalandırır. Ona göre kanunların geçerliliğinin ahlakilik kriteriyle bağlantısı olmayıp, ahlak ve hukuk kavramları birbirinden ayrı olarak düşünülmelidir.

### C) Joseph Raz

Joseph Raz, pratik akla dayanan bir hukuk sistemi anlayışını savunan, analitik felsefeye önemli katkılarda bulunan hukukçulardandır. Ayrıca Raz, dışlayıcı pozitivistler arasında değerlendirilmektedir. Raz’ın hukuk sistemi ahlaki değerlerden uzak ve normatif nitelikte olup, ayrılabilirlik tezi açısından dışlayıcı pozitivist olması yönüyle büyük önem arz etmektedir.

Raz’da hukuk sistemleri, otorite kavramları üzerine inşa edilmiştir. Raz’ a göre otorite, meşru ve fiili otorite; fiili otorite de pratik ve teorik otorite şeklinde sınıflandırılır<sup>43</sup>. Raz için önemli olan, pratik otoritenin, hukuksal geçerlilik açısından diğer tüm nedenlerden üstün bir karakterde olmasıdır. Otorite, bireyleri bir araya getiren unsur olup normatif karakterdedir<sup>44</sup>. Raz, otorite kavramını açıklarken üç tezden faydalanmaktadır; bağımlılık tezi, normal haklılaştırma tezi, üstünlük tezi<sup>45</sup>.

---

41 Uslu, s. 230.

42 Ülker Yükselbaba, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick*, İstanbul 2016, s. 35.

43 Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 2.

44 Halit Uyanık, *Joseph Raz’ da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Y. 2007, s. 135 vd. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>). (E. T. 14.04.2017).

45 Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 3.

1. Bağımlılık tezi: Bütün emirler, emirlerin muhatabı olan bireyleri ilgilendiren nedenlere dayanmalıdır. Bu nedenler 'bağımlı nedenler' olarak da nitelendirilir<sup>46</sup>.

2. Normal haklılaştırma tezi: Bir bireyin başkaları üzerinde otorite sahibi olup olmadığını tespit etmenin normal yolu, muhatabın dikkate aldığı yargıların kendi yargıları olmayıp, otoritenin yargısı olması ve bunun neticesinde haklı nedenlerin gerektirdiği şekilde davranma ihtimalinin daha yüksek olmasıdır<sup>47</sup>.

3. Üstünlük tezi: Bireyin bir davranışı gerçekleştirmesini, bütün sebeplerin ötesinde yalnızca otoritenin varlığıyla açıklamaktadır. Otorite buyrukları haricinde diğer tüm sebepleri dışlamaktadır. Bu tezde birey, kendi davranışlarının değerlendirmesini yapmaktan imtina edip, tam anlamıyla otoritenin emirleriyle sınırlı kalmaktadır<sup>48</sup>.

Hukuk ile ahlak ilişkisine yönelik olan tartışmalarda üç farklı tez ileri sürülmüştür<sup>49</sup>; kaynak temelli tez, dahil edicilik tezi, tutarlılık tezi. Dahil edici tez yukarıda da ifade edildiği üzere Hart tarafından ileri sürülen hukuk ile ahlak arasında olumsal bir bağlantının olduğu tezidir. Tutarlılık tezi Ronald Dworkin tarafından savunulan tez olarak değerlendirilmiştir. Bu teze göre hukuk ile ahlak arasında yakın bir bağ olup; hukuki gerekçelendirme, ahlak ile birlikte yapılmaktadır<sup>50</sup>. Son olarak kaynak temelli tez ise Joseph Raz tarafından ileri sürülen tezdir. Raz, hukuk ile ahlak kavramlarını açıklarken otorite temelli bir sistem savunmaktadır<sup>51</sup>. Bu kapsamda Raz'ın kaynak temelli tezi, hukuk sisteminin varlığını sübjektif değerlendirmelerden uzak olarak, yalnızca kuralın kaynağı itibarıyla açıklamaktadır. Raz, Hart'ın dahil edicilik tezi ve Dworkin'in tutarlılık tezini eleştirmiştir.

Raz'ın kaynak temelli tezi, hukuk kurallarının sosyal kaynağıyla ilgilenmektedir. Ahlaki yargılar, otoritenin koyduğu kaynak temelli

---

46 Uyanık, s. 160.

47 Uyanık, s. 161-164; Ayrıca bkz. Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 3.

48 Himma, s. 126; Ayrıca bkz. Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 3.

49 Uyanık, s. 140 vd.

50 Uyanık s. 141.

51 Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 1.

kurallardan farklıdır. Raz, hukuksal geçerlilik açısından biçimsel şartlara bağlı kalarak diğer unsurları reddetmiştir. Hukuk ile ahlak arasında sert bir çizgi çizmesi itibariyle hukuk ile ahlakın birbirinden bağımsız olduğunun üzerinde durmuştur<sup>52</sup>. Raz'a göre hukuk otorite temellidir. Dolayısıyla kurallar ahlak kavramı ile değil otorite kavramıyla açıklanabilir<sup>53</sup>.

#### D) H. L. A. Hart

1907-1992 tarihleri arasında yaşamış olan Hart, hukuk felsefesine önemli katkılarda bulunmuş bir hukuk profesörüdür. Hart, genel tartışmalarını hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönlendirmesi dolayısıyla, ayrılabilirlik tezi açısından önem arz etmektedir. Hart, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ayrımında ılımlı pozitivistler arasında değerlendirilmektedir<sup>54</sup>.

Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönelik olarak Hukuk, Özgürlük ve Ahlak adlı kitabında dört soru sorarak, bu sorulara verdiği yanıtlarla değerlendirmelerini yapmıştır. Değerlendirilen sorular şu şekildedir<sup>55</sup>:

1. *Hukukun gelişiminin ahlak kurallarıyla bağlantısı var mıdır?*
2. *Hukukun tanımını yaparken, ahlaka ilişkin hususlara değinilmesi gerekir mi? (Başka bir anlatımla, hukuk ile ahlak kavramlarının içeriklerinin hak, yükümlülük, ödev kapsamında sıklıkla örtüşmesi tesadüf müdür?)*
3. *Bir hukuk kuralının geçerli olmasının kabulü durumu, o kuralın ahlaki ölçütlere ya da ilkelere göre eleştirilmesine engel midir?*
4. *Belli bir davranışın ortak kanaat neticesinde ahlaka aykırı olması durumunda, bu davranışın hukuken yaptırma tabi tutulması meşrulaştırılabilir mi? (Tek başına ahlaksızlık olma durumu, hukuki yaptırma tabi tutulabilir mi?)*<sup>56</sup>

---

52 Uslu, s. 249.

53 Uslu, s. 250.

54 Himma, s. 13.

55 H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük, Ahlak*, Çev. Erol Öz, 3. Bs., Ankara 2014, s. 13 vd.

56 Hart, s. 15.

Hart'a göre hukuk ile ahlak kavramlarının sınırlarının çizilmesi gerekir<sup>57</sup>. Ancak katı pozitivistler gibi hukuk ile ahlak arasında sert bir ayırım koymamaktadır. Hart, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmamakla birlikte hukuk kurallarının birtakım asgari içeriklere sahip olmasının hukuk sisteminin varlığı için önemli olduğunu söyler. Belirmek gerekir ki, Hart'ın doğal hukukun asgari içeriğinin ölçüsünü oluşturan ilkeleri savunması, onun hukuki pozitivist kimliğine bir zarar vermez. Hart'a göre insanlar yaşama amacına yönelik varlıklar olup, insan yaşamını doğrudan etkileyen hukuk ve ahlakın da bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. Bu kapsamda hukuk ile ahlakın ortak bir içeriğe sahip olması kaçınılmaz hale gelir<sup>58</sup>. İnsanlara yönelik olan ortak içerik, hukuk ve ahlakın ortak ölçütüdür. Dolayısıyla Hart'a göre hukuk ile ahlak arasında yakın bir ilişki olduğu söylenebilir. Ancak Hart, hukukun zorunlu olarak ahlaka dayanması gerektiğini savunmaz.

Hart'ın hukuk teorisinde birincil ve ikincil kurallar vardır<sup>59</sup>. İlkel topluluklarda var olan birincil kurallar, bireylerin toplum halinde yaşamasını sağlayacak ödev ve yükümlülüklerle ilişkindir. Daha gelişmiş, modern toplumlarda ise birincil kuralların yanında ikincil kuralların varlığı da gözlemlenmektedir. İkincil kurallar, birincil kuralların yapılışını ve içeriğini belirleyici niteliktedir<sup>60</sup>. Resmi yetkililere hitap eden ikincil kurallar; tanıma, değiştirme ve muhakeme normlarından oluşmaktadır<sup>61</sup>. Konumuz açısından önem arz eden ikincil norm tanıma normudur. Tanıma normu; hukuk kurallarının sosyal bir olgu olmasıyla ilişkili olmasının yanı sıra, bir hukuk sisteminde nelerin hukuk kuralı olup nelerin olmayacağını tespitini ifade eder<sup>62</sup>. Yani kuralların geçerlilik kriterlerini belirler. Hart'ın hukuk sistemine göre tanıma normunda, hukuk kuralının geçerliliğini sağlayabilmek için ahlaki

---

57 Işıқтаç, s. 344.

58 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, İstanbul 2005, s. 63.

59 Işıқтаç, s. 350.

60 Sedat Yazıcı, *Felsefeye Giriş*, 6. Bs., İstanbul 2016, s. 301.

61 Işıқтаç, s. 351.

62 Uygur, s. 148.

kriterlere başvurulabilir<sup>63</sup>. Ancak buradaki ahlaki kriterlere başvuru zorunlu değil, ihtiyaridir. Şayet zorunlu olduğunu ileri sürseydi, hukuksal pozitivistlerden ayırık düştüğü söylenebilirdi. Tanıma normuna uygun olan kurallar, hukuk sistemi içinde geçerli olurlar.

Yukarıdaki açıklamalar itibariyle, Hart'ın, ayrılabilirlik tezi bağlamında kapsayıcı pozitivistler içerisinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Hart, pozitivist çerçevede her ne kadar hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğunu kabul etmese de, iki kavram arasında olumsal (rastlantısal) bir bağlantı olduğunu ileri sürmektedir. Kuralların iyi ya da kötü olması geçerliliğe herhangi bir etkide bulunmaz<sup>64</sup>.

## V. SONUÇ

Hukuk felsefesinde hukuki pozitivism ve doğal hukuk ekseninde belirginleşen tartışmalar geçmişten bugüne varlığını muhafaza etmektedir. Hukuki pozitivism, sunduğu tezler itibariyle doğal hukukun temel dayanaklarına karşı gelmektedir. Genel kabul gören şekliyle hukuki pozitivism, sosyal olgu ve ayrılabilirlik tezi ile açıklanmaktadır. Sosyal olgu tezine göre hukuk sosyal bir fenomen olup, hukuksal geçerlilik sosyal olgular ile açıklanmaktadır. Sosyal olgu tezi, Austin ve Bentham gibi geleneksel pozitivistlerde egemen gücün buyrukları olarak tezahür etmektedir. Hukuk sistemleri bu çerçevede yalnızca egemen gücün buyruklarından ibaret olarak düşünülmektedir. Kapsayıcı pozitivistler açısından ise sosyal olgu tezi, daha farklı bir şekilde tezahür etmektedir. Örneğin Hart açısından sosyal olgu, tanıma normunun kabulüdür. Hart'ın sisteminde ikincil kurallar içerisinde değerlendirilen tanıma normu, bir kuralın ilgili hukuk sisteminde geçerli olup olmayacağına ilişkin temel kriterleri belirleyen normdur.

Ayrılabilirlik tezi ise en genel anlamıyla hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğu görüşünü reddetmektedir. Bir hukuk kuralının geçerliliği, kuralın uygulandığı hukuk sistemindeki birtakım biçimsel özellikleri taşıması ile ilgilidir. Bu bağlamda, ayrılabilirlik tezine göre ahlaki kriterler değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Çünkü hukuk başka, ahlak başka bir kavramdır.

Diğer tezlerde de olduğu gibi bu çalışmanın konusunu oluşturan ayrılabilirlik tezinde de görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu kapsamda Hans

<sup>63</sup> Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 66.

<sup>64</sup> Işıқтаç, s. 350.

Kelsen, hukukun saflaştırılmasından bahisle saf hukuk teorisini savunmuştur. Saf hukuk teorisinden kasıt, hukuk kurallarının ahlak ve bunun gibi her türlü metafizik kavramdan arındırılmasıdır. Hukuk kuralları, normlar hiyerarşisi içerisinde, her kuralın kendisinden önceki kuralın varlığına bağlı olarak oluşmaktadır. Normlar hiyerarşisinin tepesinde ise hukuki pozitivizmin mantığıyla bağdaşmayan varsayımsal bir norm mevcuttur. Başka bir düşünür olan Jeremy Bentham açısından, hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ yoktur. Egemen gücün buyrukları ve yaptırım gücünün varlığı, hukuk sistemini açıklamak için yeterlidir. Ahlak, dikkate alınması gereken bir husus değildir. Başka bir düşünür olan Hart açısından ise hukuk kuralları için ahlaki kriterlere başvuru zorunlu nitelikte değildir, ihtiyari niteliktedir. Son olarak Joseph Raz açısından hukuksal geçerlilik, kuralların kaynağı ile ilgilidir. Ahlak, hukuk kuralları belirlenirken dikkate alınması gereken bir husus değildir.

Belirtmek gerekir ki, hukuk ile ahlak kavramları farklı kavramlardır; ancak farklı kavramlar olmaları birbirleriyle etkileşim halinde olmayacakları anlamına gelmemektedir. Hukuk ile ahlak kavramlarının birbirlerinden etkilendiklerini savunmak, pozitivizmin varlığına halel getirmez. Pozitivizmin gerektirdiği hukuksal geçerlilik koşullarını sağlayan kuralların ahlaki olması, toplumu bir arada tutan kurallar sisteminin uzun ömürlü olacağına karine teşkil eder.

## KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi; “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Y. 2004.

AKTAŞ, Sururi; “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 11. Kitap, İstanbul 2005.

AKTAŞ, Sururi; “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Y. 2000.

AKTAŞ, Sururi; *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, 1. Bs., İstanbul 2011.

ARAL, Vecdi; *Kelsen’ in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul 1978.

BENTHAM, Jeremy; “Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (Introduction to Principles of Ethics and Legislation)”, Çev. Aysel Doğan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 4, Y. 2008.

BONNARD, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Çev. Mehmet Ali Aybar, 15. Kitap, İstanbul 2006.

FURTUN, Ayşen; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 1. Bs., İstanbul 2013.

GÖZLER, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998.

GREEN, Leslie; *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

GÜRİZ, Adnan; *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara 1963.

GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, 11. Bs., Ankara 2015.

HART, H. L. A.; *Hukuk, Özgürlük, Ahlak*, Çev. Erol Öz, 3. Bs., Ankara 2014.

HİMMA, Kenneth Einar; *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çev. Saim Üye, 1. Bs., Ankara 2010.

IŞIKTAÇ, Yasemin; *Hukuk Felsefesi*, 3. Bs., Şubat 2010.

İZVEREN, Adil; *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1988.

KELSEN, Hans; “What is Justice?”, Çev. Ali Acar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. Temmuz-Ağustos 2013.

KELSEN, Hans; *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, 1. Bs., İstanbul 2016.



KEYMAN, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, Y. 1978.

ÖKTEM, Niyazi; “Hukuki Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977.

ÖKTEM, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Bs., İstanbul 2014.

RATNAPALA, Suri; *Jurisprudence*, Cambridge University, Press 2009.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, İstanbul 2005.

USLU, Cennet; *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara 2009.

UYANIK, Halit; *Joseph Raz’ da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Y. 2007.

UYGUR, Gülriz; “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003.

YAZICI, Sedat; *Felsefeye Giriş*, 6. Bs., İstanbul 2016.

YÜKSELBABA, Ülker, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick*, İstanbul 2016.