

# Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm

## Identity Issue of Our Legal System (I): Natural Law-Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Hukuk sistemimiz, hukuk eğitimimiz ve hukuk uygulamamız üzerine eleştiriler dile getiriliyor. “Yeteri kadar bizim olmamakla” suçlanıyor sistem, adalet ilkesine yeteri kadar dayanmamakla, fazla pozitivist olmakla; hâkimin etki altında kalmasından, hukukun bir türlü bağımsızlığını kazanamamasından yakınıyor. Bu tarz eleştiriler hukuk felsefesi alanındaki en temel, en eski ve belki de sonuçsuz tartışmalardan biri olan doğal hukukçularla hukuki pozitivistler arasındaki tartışma ekseninde şekillenip başka hukuk okullarının doğmasına da olanak vermektedir. Kürsülerde hocalar, kendilerini yakın hissettikleri ideoloji ekseninde daha iyi ve daha adil hukukun nasıl olması gerektiğini dile getirirlerken, hukukun aslında tek gövdede üç başa sahip bir canlının başlarından biri olduğunu ve diğer iki başın ekonomi ve siyaset olduğunu unuturlar. Bu çalışmada odaklanılan konu, Türk Hukuk Sistemi’nin yakın olduğu, daha fazla özelliğine sahip olduğu bir hukuk okulunun olup olmadığı sorusudur. Uygulayıcının ve yasa koyucunun başlangıç noktasında hangi felsefi düşüncenin etkin olduğu sorusunun yanıtı aranmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Doğal Hukuk, Hukuki Pozitivizm, Finnis, Fuller, Bentham.

### Abstract:

Criticisms have been voiced about our legal system, our legal education, and our legal practice. The system is accused of “not being ours enough”, not relying enough on the principle of justice, being too positivist; It is complained that the judge is under the influence and that the law cannot gain its independence. Such criticisms are shaped in the axis of the debate between natural lawyers and legal positivists, which is one of the most fundamental, oldest and perhaps inconclusive debates in the field of legal philosophy, and also allows the emergence of other schools of jurisprudence. While the professors are expressing how a better and fairer law should be based on the ideology they feel close

<sup>(\*)</sup> Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

E-posta: fatma.sahin@hbv.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0028-2661>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 27.10.2021.

Makale Kabul Tarihi: 28.12.2021.

to, they forget that the law is actually one of the heads of a living thing with three heads in one body, and that the other two heads are economy and politics. The focus of this study is the question of whether there are schools of jurisprudence that the Turkish Legal System is close to and includes more features of that schools. This work seeks an answer to the question that which philosophical thought is effective on the starting point of legal practitioners and lawmakers.

**Keywords:**

Natural Law Theory, Legal Positivism, Finnis, Fuller, Bentham.

## GİRİŞ

Herhangi bir topluluk içerisinde, sosyal yaşamın sürmesi isteniyorsa, belli bir ölçüde bir düzen ya da düzenliliğin güvence altına alınması zorunludur. Bu zorunluluğun her zaman itaatle karşılanması da gerekli değildir. İtaatin temin edilmesinde, uzlaşma ve zor kullanma arasında bir çeşit özel denge vardır. Söz konusu bu denge ister uzlaşmaya ister zor kullanmaya dayanarak oluşturulmuş olsun, toplumsal düzen, toplum üyeleri arasında gündelik yaşam faaliyetlerinin nasıl düzenleneceği ve belirli bir bağlamda kabul edilebilir olan ve olmayan davranışların neler olduğuna dair var olan belirli bir anlayışa dayanır. X'in aşına olduğu durumlarda Y nasıl tepki verecektir? Y'nin tepkisi X tarafından nasıl karşılanacaktır? X ve Y için hem kendi davranışlarını hem de birbirinin davranışını tahmin etmeyi sağlayacak bir sistemin varlığı şarttır. Öte yandan her toplumun üyelerinin göstereceği sürtüşme ve düzensizlik ve bunlara gösterilecek tahammül toplumdaki topluma değişecektir. Fakat bu değişime rağmen ortak olan talep, çocuk yetiştirilmesi, yiyecek-içecek ve barınak sağlanması için yapılacak tutarlı düzenlemelerdir. Bunun gerçekleşmesi için söz konusu olan, çeşitli toplumlar içerisinde ve o toplumların temas halinde bulunduğu kendileri dışındaki diğer toplumlar arasında zaman içerisinde süreklilik gösteren bir düzen unsurunun varlığıdır.<sup>1</sup>

“Bilmek”, salt düzen ya da düzenlilik ve hayatı planlayabilmek için değil ayrıca insanın toplum ve toplumsal kurumlar inşa etmek için ve kendi bireysel varlığını sürdürebilmek için de gereksinim duyduğu bir ihtiyaçtır. Bunların yokluğu halinde insan, sonsuz olasılıklar içerisinde kaybolur. Bu kayboluş içerisinde benliğinde korkuyu hisseder. Korku, gerçek, somut bir tehlikenin ya da soyut, varlığı şüpheli, tanımlanamayan bir tehlikenin uyandırdığı endişe durumunu tanımlamaktadır. Bildiğimiz korkular nelerdir? Üniversite sınavını kazanamamak, hakimlik-savcılık sınavını kazanamamak, doktora yeterlilikten kalmak, tezimizi bitirememek, işsiz kalmak, işten atılmak, sağlık güvencesinden yoksun olmak, evsiz kalmak, faturaları ödeyememek, covid-19 pandemisi, Bill Gates tarafından vücuduna çip yerleştirilmesi, sevdiklerinin ölmesi, çocuğunun olmaması, evlenememek, boşanmak,

<sup>1</sup> Simon Roberts, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, (çev. A. Erkan Koca), Birleşik Yayınevi, 2017, s. 27, 28.

aldatılmak, aç kalmak, susuz kalmak, ölmek, başarısız olmak, esir olmak... vb. Korku, insan için en gerçek duygudur. Korku, tarih boyunca tüm insanlık için korkulan şeyler farklı olsa da ortak olandır. Korkunun temel tetikleyicisi de bilinmezlik ya da doğa olayları, afetler ya da diğer değişimler karşısında kontrol gücünün yetersiz olmasıdır.<sup>2</sup> Hukukun temel işlevi de bilinmezlik ve öngörülemezlik karşısında hissedilen acizlik kaynaklı korkunun ortadan kaldırılması ve bu sayede kişinin kendisini insan varlık olarak oluşturabileceği bir ortamın yaratılmasıdır, diğer bir deyişle kişiye öngörülebilir ilişkiler ve kurumlar gerçekleştirme olanağı sunmasıdır. Hukuk, tüm bunlara olanak vermek için insanın ürettiği bir şeydir. Hukuk üretilmiştir, çünkü hukuk olmadan önce diğer bir deyişle üretilmeden önce, oluşuna-üretimine öncelik eden bir düşünce insan aklında o henüz dış dünyada somutlaşmadan önce ortaya çıkar ve ardından somutlaşır. Üretilmiş olan diğer nesnelere, imgelere ve işaretlere gibi hukuk da insanın bir amaç için ürettiği bir icattır.<sup>3</sup> İnsanın kendisi için oluşturduğu bu anlam dünyası, sonraki nesillere dil aracılığıyla aktarılır, diğer bir deyişle toplum adı verilen doku, insanların birbirine bağlandığı dil bağları oluşturulmuştur. Her insan, henüz doğmadan önce bir uzamın içine yerleştirilir, nesiller zincirinde bir yer edinir, ona bir isim verilir. Doğduktan sonra ise, toplum içinde “ben” olarak kendini anlamlandırmadan önce bir hukuk öznesi olarak varlık kazanır. Örneğin TMK madde 28: “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlü sona erer*” bunun tipik bir örneğidir. Gündelik hayatta, insanları bir arada tutan iki hukuki bağ türünden söz edebiliriz: *yasa ve sözleşme*. Yasa, bize irademiz dışında hükmeden, sözleşme ise başkalarıyla yapılan özgür bir anlaşmadan kaynaklanan metinlerden ve sözlerden oluşur. Herkes, yaptığı sözleşmelerden önce, yasa tarafından ona tanınan *ahvâl-i şahsiyyeden* doğan yükümlülüklerle tâbidir. Tüm sözlerimiz bizim için bağlayıcı değildir. Örneğin, bu makalede ileri sürülen görüşleri ömür boyu savunmak zorunda değilim, çok kısa bir zaman sonra kendimi geçersiz kılan başka bir görüş ileri sürebilirim. Ama öte yandan beni yükümlü kılan ve başkasına bağlayan ve benden kaynaklanmayan metinler de söz konusudur. Çünkü bir insan yaşamı boyunca söylenmeden ve açıkça kabul edilmeden insan üzerinde güce sahip olan sözler zorunlu olarak öne çıkarlar. İşte yasa ve sözleşme kavramları böylece birbirine sıkı sıkıya bağlanırlar ve her ikisi de sözlerine sadık olanların sözün tutulmasına ilişkin inançlarından kaynaklanırlar. Böylece hukuk, insanın sembolik ve biyolojik yönünün birleşmesinin bir ürünü olarak karşımıza çıkar.<sup>4</sup> Ürün, üretim sürecinin ve üretenin/üretenlerin izini taşır. Örneğin, elimize aldığımız el yapımı bir cam bardakta üretimin izlerini görmemiz mümkündür. Benzer şekilde, terzi tarafından dikilen bir eteğin elle bastırılmış etek ucunda terzinin iğnesinin izini sürebiliriz.

<sup>2</sup> Buket Çakır, ‘*Belirsizlik ve Korkunun Yeni Düzenin Oluşmasına Katkısı*’, Istanbul Journal of Sociological Studies, Sayı: 36, Yıl: 2011, s. 64, 65.

<sup>3</sup> Alain Supiot, *Homo Juridicus*, (çev. Bilge Açımız Ünal), Dost Kitabevi, Ankara, 2014, s. 9.

<sup>4</sup> Supiot, s. 10, 11.

Bantlı üretim sonucu çıkan üründe ise üretenin değil de üretilen yer dahil hepsine sahip olan malikin izini görürüz, yani markasını. Markalar da bize ürünün aidiyetine ilişkin bilgi verirler, fakat buradaki üretim insanın sembolik dünyasına dairdir. Buradan hareketle nasıl ki, bardağımızın Crate & Barrel ya da eteğimizin Burberry etiketi taşınması insanın sembolik dünyasına dair olan üretimlerden biriye, hukuk da bir yönüyle sembolik dünyamıza ait bir üründür ve ürünü ortaya koyanların izini sürmek mümkündür. Hukukun ya da günlük hayatta belirsizliği ortadan kaldırıp, öngörülebilirlik getirecek olan kuralların izini sürmek, bize o izi bırakan topluluğun dokusuna, rengine dair ipuçları verecektir. Bir kural sadece egemen istedi diye (ki egemeni de harekete geçiren bir sebep vardır elbette) ortaya çıkabileceği gibi çoğunlukla kuralın doğmasını zorunlu kılan koşullar sonucu ortaya çıkar. Örneğin, halk sağlığının korunması konusunda kendisini sorumlu hisseden bir iktidar tuz tüketimine yönelik sınırlama getirmek amacıyla lokantalardan tuzluğu kaldırtabilir ya da *babaları* tarafından *devlete emanet (!)* edilen *yetişkin üniversite öğrencisi genç kadınları* korumak için yurt giriş saatlerini erken saatler olarak ayarlayabilir. Söz konusu iki örnekte de görüleceği üzere ilan edilen her bir kuralın arkasında paternalist devlet anlayışının ve açık şekilde kitaplardaki hukukun bir parçası haline getirilmeyen ama aslında varlığını sürdüren sosyolojik ve kültürel kodların izini görmek mümkün olacaktır.

Söz konusu ürünün (hukukun) nasıl daha iyi olacağına dair eleştiri ve öneriler bizi hukuk felsefesi okullarına götürmektedir. Her okul, kendi açısından bir eleştiri getirir ve ürünün aslında nasıl olması gerektiğine dair bir öneri geliştirir. Hukuk felsefesi alanındaki hukuk okullarının en başatlarının sözlük tanımlarını şu şekilde yapabiliriz:

- Doğal hukuk okulu: *“Hukuku bir bütün olarak haklılandırın ve her tür hukuk sisteminden önce gelen a priori öge, her tür hukukun ideal kaynağı ve bu idealden türeyen pozitif hukuku sınıma ölçütü, değişen kurallar ve yasalar karşısındaki değişmez hukuk kuralları bütünü olarak, değişen kurallar ve yasalar karşısındaki değişmez hukuk kuralları bütünü olarak, insan ya da toplumun özsel temel ya da asli doğasında temellenen ve uzlaşımından, toplum tarafından sonradan koyulan yasalar ve başka kurumsal değerlerden bağımsız olan hukuk.”*<sup>5</sup>
- Hukuki pozitivizm: Hukukun içeriği ve varlığı sosyal olgulara bağlıdır ve hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı yoktur olmak üzere iki temel teze dayanan hukuki pozitivizm hukukun doğasına ilişkin felsefi tartışmaya liderlik eder.<sup>6</sup>
- Hukuki realizm: Hukukun belirlilik ve bilinirliğine karşı şüpheli bir tavır takınan realistler özellikle yargı faaliyetini üzerine odaklanırlar. Hukuk, onla-

<sup>5</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 489.

<sup>6</sup> <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0065.xml> (erişim tarihi 20.03.2021).

ra göre, belirli sınırlar içerisinde hakimlerin, hukuk alanında çalışan resmi görevlilerin faaliyetlerinden ibarettir ve yapılacak en mantıklı şey yargılama sonucuna yönelik en doğru tahmini tutturmaaktır.<sup>7</sup>

- Eleştirel hukuk okulu: Hukukun zorunlu olarak sosyal meselelerle bağlı olduğunu ve özellikle doğasında önyargıların olduğunu iddia ederler.<sup>8</sup>
- Hukuki formalizm: Bu teoriye göre, kurallar bir kez üretildiğinde, hakimler sosyal meseleleri ya da kamu politikalarını dikkate almadan davanın çözümüne bu kuralları uygularlar. Yargıcın kararını gerekçelendirmek için ihtiyaç duyduğu meşru hukuki gerekçeler grubu her vaka için tek bir sonuç sunacaktır ve bu nedenle hukuk akli bir çıkarım olarak görülür.<sup>9</sup> Ülkemizde çoğunlukla hukuki pozitivizm ile hukuki formalizm birbirine karıştırılır.

Ama hukuk alanındaki temel tartışmanın başından beri iki süper star olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: doğal hukuk ve hukuki pozitivizm. Okullar ve özellikle hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasında süren çatışmada, hukuk sistemimizde hangisinin özelliklerinin ağır bastığını ve hukuk sistemimizin eleştirildiği gibi pozitivist mi yoksa doğal hukukçu mu olduğu örnekler üzerinden incelenmeye çalışılacaktır.

Makalenin ilk bölümünde doğal hukukun ve ikinci bölümünde pozitivizmin herkesin malumu olan özellikleri kısaca özetlenecek ve hukuk sistemimizde doğal hukuka ve pozitivizme aykırı olan diğer bir ifadeyle her ikisine de uymayan hukuk kurum ve uygulamalarına örnekler verilecektir.

## I. DOĞAL HUKUK

Kişisel ve tarihsel bağlamlara indirgemenen doğal hukuk kavramını anlamlandırmak mümkün değildir. Bu, sadece soyut bir formülle ifade etmek olacaktır. Antik Yunan'dan günümüze dek var olan bir teörinin yeknesak olması beklenebilir, dolayısıyla tek bir doğal hukuk kuramından bahsedilemez.<sup>10</sup>

Doğal hukuk kuramı, evren, ahlak, hukuk arasında bağlantılar kurarak sistematik bir düşünüş tarzı geliştiren kuramdır. Doğal hukuk kuramı, bir hukuk felsefesi okulu olmaktan ziyade modern siyaset kuramının ve uluslararası hukukun gelişmesinde baş rol oynayan bir aktördür.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 2, 3.

<sup>8</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/critical\\_legal\\_theory](https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory) (erişim tarihi 19.09.2021).

<sup>9</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/legal\\_formalism](https://www.law.cornell.edu/wex/legal_formalism) (erişim tarihi 19.09.2021).

<sup>10</sup> Sururi Aktaş, 'Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi', AÜEFĐ, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 3.

<sup>11</sup> H. Brian Bix, 'Doğal Hukuk: Modern Gelenek', (çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2004, s. 291.

Doğal hukuk okulu dendiği zaman akla ilk gelen isimler tarihsel bir çizgide Platon, Aristoteles, Cicero, Thomas Aquinas, Francisco Suarez, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke ve Rousseau olacaktır. Bu kadar geniş bir tarih aralığında her dönem farklı düşünürler tarafından savunulan doğal hukukun tek bir kıyafetle karşımıza çıkmıyor olması şaşılabilir değildir. Her biri aynı kumaşı farklı desenle dokuyup farklı kılıklar üretmişlerdir. Doğal hukuk kuramı, dini hukuka ya da belirli bir ahlaki düzene temel olarak karşımıza çıkabileceği gibi devrimi savunan bir hukuk olarak da karşımıza çıkabilir ve her ikisini de inanarak yapabilir. Alf Ross, ünlü eseri *On Law and Justice*'de "*bir fahişe gibi, doğal hukukun herkesin kullanımına açık olduğunu*" söyler. Ross, doğal hukuka başvuruya savunulamayacak tek bir ideolojinin dahi olmadığını ileri sürer ve aksinin de pek mümkün olmadığını, çünkü Ross'a göre her doğal hak için esas temel, doğrudan özel bir iç görüde, sarıh bir niyette, içine doğmada yatar. Doğruluğun kriteri olarak kanıt, metafizik iddiaların tamamen keyfi karakterini açıklar. Metafizik iddiaları, öznel arası kontrol güçlerinin üzerine çıkarır ve sınırlanmamış buluşlara ve dogmalara kapıları sonuna kadar açar. Doğal hukukun tarihi değişkenliği, belirli bir tür yorumu destekler. Söz konusu yoruma göre metafizik postulatlar, belirli ihtiyaçların karşılanması ve duygusal tutumların desteklenmesine yarayan kurgulardır sadece. Bir yandan da kabul etmek gerekir ki, bu değişkenlik bahsi geçen yorum için kati bir kanıt niteliği taşımaz. Bilimsel teorilerin zaman içinde değişmesi doğaldır, örneğin, Thomas Aquinas'la beraber, aklın/mantığın tutkularla yoldan çıkarılabileceği ve açık olarak görülen her şeyin de zorunlu olarak kanıt olamayacağı ileri sürülür. Böylelikle gerçek kanıtın ne olduğu problemi su yüzüne çıkarken aynı problem, güç ilişkileri içindeki kanıt mercilerince çözülebilir ve bu durum sonsuza dek devam eder.<sup>12</sup> İşte düşünce kuramlarının tarihsel gelişim çizgilerinde bu kadar farklılık olmasının nedeni her birinin kendi hakikatini hakikat olarak kabul ettirme çabasıdır. Bir şekilde hakikatin ortaya konulması zorunludur, çünkü cevabı aranan asıl soru: "*Sahip olduğumuz farklı değerler ve düşüncelerle birlikte, altında barış içinde yaşayabileceğimiz normlar hangileridir?*"<sup>13</sup> Modern hukukun ve modern anayasaların alameti farikası da bu değil midir? Genel kısıtlamaların hedefinde belirli bir insan değil genel anlamda bir insan vardır ve böylece farklı değer ve düşüncelere yaşama olanağı verilmektedir.

Doğal hukuk geleneği zaman zaman birey temelli sorunlara odaklanır ve bu çerçevede iyi daha açık bir ifadeyle ahlaklı, erdemli bir yaşam nasıl yaşanır sorusunu sorar. Klasik doğal hukuk kuramcılarının çoğu da temelde ahlak ya da siyaset kuramcısıdır. Bu eksende sordukları sorular: "Bir kişi nasıl ahlaklı hareket eder?", "Kişinin vatandaş veya resmi memur olarak ahlaki yükümlülükleri nelerdir?" ya da "Meşru/ahlaki yönetsel eylemin sınırları nelerdir?" Öte yandan modern doğal hukuk geleneği içerisinde toplum ya da hukuk kuramcısı olan do-

<sup>12</sup> Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959, s. 261.

<sup>13</sup> Bix, '*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*', 293.

ğal hukukçulara da rastlamak mümkündür, onlar toplum ve hukuku açıklamaya yönelmişlerdir.<sup>14</sup>

Brian Bix, sonrasında böyle bir ayırım yapmasının yanıltıcı olduğunu söylese de doğal hukuk geleneğini klasik ve modern diye incelemenin kolaylaştırıcı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bix, uyduğumuz normların ve hukuk sisteminin ahlaki zeminde eleştirilebileceğini sorgulamadan kabul ettiğimizi; yasal normlarla karşılaştırılabilecek ve bazen kusurlu olabilecek standartlar olduğunu ve dahası hukukun yargılandığı standartların bazen “daha üst bir hukuk” olarak tanımlandığını dile getirir. Bazılarına göre, hukuk benzeri standartlar vardır ve bunlar ilahi vahiyde, dini metinlerde, doğanın göz önünde tutulmasında ya da insan doğasının dikkatlice incelenmesinde saptanırlar ya da onlardan türetilbilirler. Diğerleri için ise “üst hukuk” metaforik bir anlam taşır. En azından, hukukun ahlaki konumuna dair karışık sezgileri yansıtır. Şöyle ki:<sup>15</sup>

a. Uygun şekilde hukuk haline gelen her şey ahlaki bir bağlayıcılığa sahip değildir.	b. Hukuk, hukuk olarak ahlaki bir kıymete sahiptir. Çünkü eğer bir kıymeti olmasaydı, toplum normlarının zorunluluklarını göz ardı etmede bir gerekçelendirme olarak üst hukuka başvurmaya ihtiyaç duymazdık.
---	--

Geleneksel teoriler, üst hukukun varlığı için, içeriğinin belirlenmesi için ve bir üst hukukun varlığını izleyen sonuçların -örneğin, belirli bir yerde yürürlüğe giren pozitif hukukun, üst hukuk ile çeliştiği durumlarda vatandaşlara verilecek yanıt nedir?- incelenmesi için argümanlar üretirler.<sup>16</sup> Söz konusu sorunu bir örnek ile somutlaştırmak daha uygun olacaktır: Modern hukuk sistemlerinin çoğunda mülkiyet bir hak olarak korunmaktadır, hatta liberal hukuk sisteminin temelinde mülkiyet hakkı yer almaktadır. Üst hukuka ait bir değer olarak mülkiyeti kabul eden bir sistemde, imar sınırlamalarına ilişkin kurallar nasıl gerekçelendirilip, insanlar nezdinde meşruiyet kazanacaklar? “Kamu yararı” gibi genel bir sınırlama sebebi, meşruluk açısından yeterli olmayacaktır, çünkü doğal hukuk anlayışının kendisi bizatihi bir üst ilkeden hareket etmektedir. Hak anlayışı bir üst ilkeye (adalet, iyi, Tanrı’nın yarası) dayanmalıdır ve geriye kalan her şey bu üst ilkeden türetilmelidir. Hal böyleyken çoğunluğun refahı, çoğunluğun yararı, kamu yararı gibi kendilerinin bir ilkeye dayandırılması gerekenler bir gerekçelendirmeden ziyade anlık çözüm getiren, her duruma adapte edilebilen deyim yerindeyse “maymuncuk kalıplar” olacaktır. Maymuncuk kalıplar, niçin öyle olması gerektiğini

<sup>14</sup> Bix, ‘Doğal Hukuk: Modern Gelenek’, 293.

<sup>15</sup> Brian Bix, “Natural Law Theory”, Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell Publication, 2010, s. 211.

<sup>16</sup> Bix, “Natural Law Theory”, s. 211.



gerekelendirip meşruluk üretmek yerine, *bu sefer böyle olması uygundur*'u üreterek bir anlamda Makyevelist olmaktadır.

Klasik yaklaşımın isimlerinden biri olan Marcus Tullius Cicero'ya göre gerçek hukuk, doğayla uyumda geçerli mantıktır. Değişmeyen ve ebedi bir evrensel uyarlamadır. Buyruklarla görevler belirlenirken, yasaklarla kötülüklerden vazgeçirilir. Öte yandan, iyi insanlara boşu boşuna emir ve yasak yağdırmaya gerek yokken, kötü insanlar üzerinde bu emir ve yasakların da bir etkisi de olmaz. Bir kısmının değiştirilmesi, tamamının yürürlükten kaldırılması gibi bir şey söz konusu olamaz çünkü değiştirme çabası günah olarak adlandırılmıştır. Senato ya da insanların koyduğu yükümlülüklerden azade olamayız, gerçek hukukun yorumcusu ya da çevirmeni olarak kendimize dışarıdan bakmamıza gerek yoktur. Roma'da ya da Yunan'da şimdi ya da gelecekte başka bir hukuk olmayacaktır; sonsuz, değişmeyen tek bir hukuk tüm milletler ve tüm zamanlar için geçerli olacak ve dahası tek bir efendi, tek bir kural koyucu olacaktır, ki o da Tanrı'dır, O, tek öğretmendir ve hepimizin üzerindedir çünkü bu hukukun yazarı, zorlayıcı yargıcı ve ilan edeni odur. Kendinden kaçan ve insan doğasını inkâr eden kişi asidir ve ceza olarak kabul edilen şeyden kaçsa dahi en kötü cezalara katlanacaktır.<sup>17</sup>

Aquinalı Thomas için, doğal hukukun iki anahtar özelliği vardır. Birincisi, doğal hukukun kaynağı olarak Tanrı'ya odaklandığımız zaman, doğal hukuk sadece kutsal varlığın bir boyutu olur ve bu açıdan bakıldığında doğal hukuk teorisi de kutsal varlık teorilerinden biri olur. İkincisi, doğal hukukun alıcısı olarak insanın rolüne odaklandığımız zaman, doğal hukuk, pratik makullüğün ilkelerini inşa eder ve söz konusu ilkeler insan davranışlarını makul ya da makul olmayan olarak değerlendirilmeye yararlar. Böylece doğal hukuk teorisi bu perspektiften, pratik makullük teorisinin seçkin bir parçası olur.<sup>18</sup> Aquinalı Thomas, Aristotelesçi bir başlangıçtan hareket eder. Aristoteles'in her varlığın nihai amaca ulaşmasına ilişkin argümanını, kişinin iyiyi ve doğruyu seçtikten sonra kendini tamamlama çabasının devam edeceği argümanını benimser. Felsefeye başlamak için felsefe öncesi ilkelere ihtiyacı gerektiği iddiasını da bir kenara koyarak diyebiliriz ki, Aquinas'ın doğal hukuku tam olarak burada başlar. Onun doğal hukukunun parçalarından biri, ebedi hukuka, ilahi takdire insanın bilhassa katılımıdır. Tüm yaratıklar, bir sona göre düzenlenmişlerdir. Hepsinin sahip olduğu bir doğa vardır ve kendilerini gerçekleştirmeleri bu doğaya göre olacaktır. Doğasını gerçekleştirirken kendi iyisini bulmak üzere tasarlanmış olmak insana özgü değildir. Bu her şey için geçerlidir, fakat diğer şeyler bilincinde olmadıkları bir son için düzenlenmişlerdir. İnsan için ise iyinin

<sup>17</sup> Marcus Tullius Cicero, *On the Republic and on the Laws*, (Translated by David Fott), Cornell University Press, 2014, s. 98, 99.

<sup>18</sup> Mark Murphy, "The Natural Law Tradition in Ethics", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/> (erişim tarihi 30.08.2021).



bilincine varması ona özeldir ve özgürce kendini ona yönlendirir. Elbette, iyinin seçilmesi gerekliliği altında yapılan bir seçim ne kadar özgür olabilirse o kadar özgürdür.<sup>19</sup> Doğal hukuk tanımlarından biri de ilk ilkeler ya da pratik akıl yürütmenin başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir. Karmaşığın bilgisi ve basitin bilgisi arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Basitin bilgisi, kavramdır; tanımın ya da tasvirin ifadesidir. Karmaşığın bilgisi ise, bir şeyin diğerini olumsuzlaması ya da olumsuzlamasıdır. Bu düzenlerin içerisinde birinci olan bir şey vardır. Aquinas'a göre bir kavrayış ve bir yargı vardır. Bu kavrayış da yargı da diğer tüm kavrayışlara ve yargılara önceldir ve diğer tüm kavrayış ve yargılarca varsayılır. Bilgi dille ifade edilir önermesi, herkesin kullandığı bir ilk kelime ya da herkesin bebek zihninde bir ilk ifade vardır iddiasını da önümüze serer. Fakat bunun kabul edilebilir bir farz olmadığı da ortadadır, o halde Aquinas'ın murat ettiği nedir? Oluşa dair ilk kavrayışımız ve ilk yargımız: aynı şeyi aynı manada eş zamanlı olarak hem reddedip hem onaylayamayacağımızdır. Örneğin, bir bebek için anne, baba, sıcak kavrayışlarının anlamı nedir? Tüm kadınları anne, tüm erkekleri baba, tüm yaşlıları dede diye çağırarak çocuk, oluş ve kavrayışa dair bize nasıl bir ipucu vermektedir? Çocuk için, anne ve baba kelimeleri, kendisini dünyaya getiren insanların adı değil belirli bir cinsiyet ifade eden kelimelerdir. Çocuğun ilk anne dediği zamanki kavrayışıyla ilerleyen zamandaki birbirinden farklıdır. Şöyle ki, belirli bir kavrayış aşamasına kadar anne, kadın olanların adıdır.<sup>20</sup> Benzer şekilde insanın adaletle ilişkin ilk kavrayışı da çoğu zaman hissiyattır. Örneğin:

“... Şişman çocuk, ıslak ve sarkmış ara bezi yüzünden çömelerek yürüyüp zayıf oğlana doğru hızla yaklaştı. Sıkıntıdan veya arkadaşlık etmek için yaklaşmıştı, ama bir kez güneş ışığı karesinin içine girip oranın sıcak olduğunu keşfedince, zayıf çocuğun yanına hızla oturdu ve onu gölgeye itekledi. Zayıf oğlanın boş, kendinden geçmiş hali birdenbire öfkeden doğan bir kaş çatmaya dönüştü. Bağırarak şişmani itti. “Git burdan!” Bakıcı hemen oraya koştu. Şişman oğlanı doğrulttu. “Shev, başka insanları incitmemelisin.” Zayıf oğlan ayağa kalktı... “Benim” dedi yüksek cınlayan bir sesle. “Benim güneş!” ...”<sup>21</sup> Mülkiyet, zarar verme yasağı ve adalet çocuk için norm anlamıyla kavranılamaz; onun ilk kavrayışı hisle gerçekleşir. Belki de bu nedenle günümüzde hukuk için olmazsa olmaz olarak gördüğümüz hak kavramının sistematikleşmesi ve somutlaşması aslında yenidir. Düşünürler, doğal hakların Thomas Hobbes ile doğduğu, Hugo Grotius'ta doğal hakların izinin olmadığı konusunda hemfikirdirler. Grotius'un egemenliği ele aldığı dönemde, doğal hukukun temeli sayılan kabul, egemenliğin insanlar arasında bir dayanağının ol-

<sup>19</sup> Ralph McInerney/ John O'Callaghan, “Saint Thomas Aquinas”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/> (erişim tarihi 30.08.2021).

<sup>20</sup> Ralph and O'Callaghan.

<sup>21</sup> Ursula K. Leguin, *Mülksüzler*, (çev. Levent Mollamustafaoglu), Metis Yayınları, Ağustos 2020, s. 31-32.

duğu görüşünün reddedilmesiydi. Söz konusu kabulü yıkmak için Grotius, her argümana, hatta Aristoteles'in köleliği gerekçelendirdiği argümanlara bile başvurur. Hobbes, hukuk ile hak -lex ve jus-<sup>22</sup> arasındaki ayrımla tereddütsüz yüzleşir. Ona göre, "hukuk prangadır; haklar özgürlüktür ve hukuk ve hak birbirinin karşıtıymış gibi farklılaşırlar". Hukukla düzenlenen daha doğrusu medeni hukukla düzenlenen alana karşıtlık oluşturan özgürlük alanı, doğa durumudur. Bu durum, hakların varlığıyla karakterize edilir, ödevlerle değil. Bu haklar içinde öncelik yaşam hakkına ve korunması zorunlu olan diğerlerine verilmiştir. Sivil toplumun kurulmasıyla, birey doğal özgürlük ve doğal hakların birçoğunu terk etmek zorunda kalmıştır. Hobbes'un önemi, doğa durumunu ele alan ilk düşünür olması, prensin mükemmel olmayan ödevlerindense vatandaşın mükemmel hakları üzerindeki egemenliğin sınırlarını temellendirmeye çalışması, doğal hukukun çözülmeye başlamasında etkili olması ve dahası pozitivistimin öncüsü olarak da kabul edilmesinde görülebilir.<sup>23</sup> Hugo Grotius devletin temelini sosyal sözleşmeye dayandırmıştır. Bu geleneği sürdüren Locke'a göre, sosyal sözleşmenin tarafı olan bireyler sadece cezalandırma yetkisini devretmişlerdir. Diğer hak ve yetkiler siyasal topluma geçildikten sonra devam etmektedir. Locke'a göre, uyruklarının temel haklarını koruyamayan yönetim meşruiyetini koruyamaz.<sup>24</sup>

Lon L. Fuller, ahlakla ilgili rasyonel keşfin mümkün olduğu ama öte yandan ahlaki yükümlülüğün tüm ayrıntılarının akıl tarafından keşfedilebileceği iddiasının yanlış olduğu kabulünden yola çıkarak kendi doğal hukuk anlayışını geliştirmiştir. Fuller, klasik doğal hukuk teorisinden koparken, pozitif hukukun içeriği ile ilgilenmeyen bir doğal hukuk anlayışını savunmaktadır. Salt hukuka özgü olan içsel bir ahlakın varlığını iddia eder. Fuller'in anlayışında hukukun içsel ahlakı 8 desideratada vücut bulur: 1) genellik 2) ilan edilme 3) geriye yürümeme 4) açıklık 5) çelişkisizlik 6) uyma olanağı 7) kalıcılık 8) ilan edilen kural ile eylem arasında uygunluk. Söz konusu bu 8 desideratayı zorunlu sayan Fuller, içerik tartışmasına ise girmemektedir. Bunun nedeni hüküm kurma süreçleriyle ilgilenen birçok hukuk teorisinin aksine sürece odaklanan bir teori kurmaya çalışmasıdır. Doğal hukuk üzerine yazılan eserlerin önemi kurmaya çalıştıkları sistemden kaynaklanmamakta, taşıdıkları metottan ileri gelmektedir. Metodun doğal hukuk karakterli olduğu iddiasını iki gerekçeye dayandırır: Birincisi, bu eserlerde yer

<sup>22</sup> Hobbes'a göre, "bu konuda yazıp çizenler jus ve lex yani hak ve yasa terimlerini karıştırırmışlerse de, bunların birbirinden ayrılması gerekir; çünkü HAK, yapmak veya yapmamak özgürlüğünden oluşur; YASA ise, bunlardan birini tespit ve ilzam eder: yani yasa ve hak, aynı konuda birbirleriyle tutarlı olmayan yükümlülük ve özgürlük kadar ayrı şeylerdir." Thomas Hobbes, *Leviathan*, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 103-104.

<sup>23</sup> Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (translated by Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, 1993, s. 154-155.

<sup>24</sup> Shirley Letwin Rubin, *John Locke: Liberalism and Natural Law Traditions of Liberalism*, By Knud Haakonssen (ed.), Australia 1988, s. 3.

alanlar pozitivist felsefe tarafından engellenmedikçe insanların doğal olarak izledikleri bir metottur. Fuller'e göre, bir engelleme olmazsa, akıl, doğal olarak gidebildiği yere kadar gider. İkincisi, akıl, pozitivizm tarafından sınırlanmadıkça insan ilişkilerinin temelini oluşturan ilkeyi doğal hukukta bulabilir. O halde Fuller'in doğal hukuku değişmez bir içeriğe sahip bir doktrin değil daha ziyade aklın izlediği bir metottur ve içerik sorunları dışsal ahlak alanına bırakılmıştır.<sup>25</sup>

Fuller,

- a) doğal hukukun gereklerinin buyurucu bir beyana konu olabileceği düşüncesi,
- b) yazılı bir kanun gibi somut bir şekilde uygulanma kabiliyetine sahip olduğu fikri,
- c) insan eylemlerini değerlendirmede ve kendisiyle çatıştıklarında onları geçersiz kılmada bir ölçüt olan ve dahası bu yaşamın kaygılarını aşan bir üst hukukun varlığı fikri iddialarını taşıyan bir doğal hukuk fikrini reddetmektedir.<sup>26</sup>

Fuller, yasa koyucudan hukukun içsel ahlakını oluşturan prosedürel ilkelere, desiderataların, yerine getirilmesini ister. Bir hukuk sisteminde bu desideratardan biri dahi gerçekleşmezse o hukuk sistemi hem kötü bir sistem hem de doğru anlamda bir hukuk sistemi olma vasfını kaybetmiş olacaktır. Söz konusu ilkeler hukuk normlarını içerik açısından değil, şekil açısından denetlerler. Şekil denetimi, içerik açısından haksız yasaların yapılmasını zorlaştırabilirler. Fuller, aslında hukukun amacına odaklanmıştır. Hukuku insan davranışlarını kuralların yönetimine bağlama girişimi olarak görmektedir.<sup>27</sup>

Hukukun **genelliğinden** anlaşılması gereken: *hukukun tarafsız hareket etmesi, kuralların herkese uygulanması* ve özel durumlara yönelik olmamasıdır. Hukuk gibi insan davranışlarını kontrol etmek ve yönlendirmek niyetinde olan sistemlerde genel kural koyma gerekliliği ağır basmaktadır. Örneğin, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesi 2. fıkrası a bendi şu şekildedir: “*Yükseköğretim Kurulu kararlarına veya ilgili mevzuat hükümlerine istinaden başta yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans veya lisansüstü öğrenim görecek adayların puan sıralamasına göre tespiti veya yerleştirilmesi ile yükseköğretim kurumlarında atama veya yükselmelerde esas alınan sınavlar olmak üzere, ulusal ve uluslararası her türlü bilim, yetenek veya yabancı dil sınavları ile gerektiğinde yerleştirme işlemlerini yapmak.*” Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları bilirler ki, üniversitede okuyabilmenin ön koşulu, söz konusu sınavı geçmektir. Siyam ikizlerinin barajı geçememiş olmalarına rağmen üniversiteye kabul edilmeleri için yapılan

<sup>25</sup> Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha, Kasım 2011, s. 5-6.

<sup>26</sup> Lon L. Fuller, ‘*A Rejoinder to Professor Nagel*’, *Natural Law Forum* 30, [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd\\_naturallaw\\_forum](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd_naturallaw_forum) (erişim tarihi 20.04.2021), s. 84.

<sup>27</sup> Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, s. 7-10.

başvuru genellikle ilkesine aykırıdır.<sup>28</sup> Genellik ilkesi ihlal edilmeden bütün siyam ikizleri vb. durumda olanlar için bir düzenleme yapmak ve bunu gerekçesiyle ilan etmek, temel bir ilkedен hareket etmek, kendini bu temel ilke ile bağlı saymak, egemenin kendisi dışında hukuka da bir varlık tanınmasıdır. Hukuk sistemi içerisinde **ilan edilmede** de marjinal fayda ilkesi gözetilmektedir. Her bir vatandaş tek tek eğiterek, kendilerine etki edebilecek kanunlar hakkında bilgi sahibi olmalarını beklemek gerçekçi değildir. Bir örnek vermek gerekirse:<sup>29</sup>

*F: Kanunların ilan edilmesi ile ilgili ne diye yaygara kopartılıyor ki? Ortalama bir vatandaş ceza kanununu okumasa da öldürmemesi ve çalmaması gerektiğini bilir. Daha özel kanunların da tam metinleri her köşe başında dağıtılsa dahi yüz kişiden biri bile bunları okumayacaktır.*

*S: Yüz kişiden bir tanesi bile kendisine uygulanabilecek kanunlardan birini dahi öğrenme zahmetine giriyorsa; bu, kanunları genel olarak erişilebilir kılmak zorunludur. En azından bu vatandaşın bilmeye hakkı vardır ve bu kişinin kim olduğunu da kanunları ilan etmeden bilemeyiz.*

Önemli olan husus aslında hukukun az kişi tarafından biliniyor olmasına rağmen nasıl çoğunluk tarafından davranışları yönlendirici olarak kabul edildiğidir. Çünkü insanlar, diğer insanları taklit ederek hukuka uyarlar, diğer bir ifadeyle kanunları kendilerinden daha iyi bildiklerini düşündükleri insanların oluşturdukları kalıplara uygun olarak davranışlar geliştirirler. İlanı gerekli kılan bir diğer husus ise, kanunların kamusal eleştiriye tâbi olabilmesi için de ilan edilmesinin gerekliliğidir. Son bir husus daha vardır bu konuda, o da: modern kanunların büyük kısmı belli özel edimlere ilişkindir. Belli bir mesleğe ya da belli bir işe özgüdür. Hal böyle olunca, insanlar kendileri ile ilgili olan, kendi koşullarını etkileyen kanunları bilmek isterler.<sup>30</sup>

Kıskırtıcı bir iddia ileri sürülebilir: Hukuk insan davranışlarını düzenlemeye aday ise, yarın çıkaracağı bir kanun ile bugünkü davranışları düzenlemeyi düşünmesi sadece bir safсата olmayacak mıdır? Yarın çıkacak bir kanun hakkında vatandaşın sağlıklı bir bilgiye sahip olması imkansızdır, ancak tahminlerde bulunabilir. Geriye etkili kanunlarla ilgili tartışmayı Fuller bir örnek üzerinden anlatır: Evlilik işlemlerinde töreni yürüten kişinin evlilik cüzdanına devlet tarafından özel bir mührün basılmasını zorunlu kılan ve mührün eksik olması halinde evliliğin geçersiz sayılacağını hükme bağlayan bir yasanın yürürlüğe girdiğini düşünelim. Fakat yasa yürürlüğe girdikten sonra yaşanan bir kriz nedeniyle mühürler basılamıyor ve dahası meclis tatile giriyor. Bu süreçte gerçekleşen evliliklerde nikah memurları mühür kullanmıyor. Bu durumda bu süreçte gerçekleşen evlilikler geçersiz mi olacak? Meclis tekrar çalışma-

<sup>28</sup> <https://www.sabah.com.tr/galeri/yasam/siyam-ikizleri-universiteli-olmanin-mutlulugunu-yasiyor>; <https://www.haberler.com/siyam-ikizlerinin-universite-hayali-gercek-oluyor-12323082-haberi/> (erişim tarihi 24.09.2021).

<sup>29</sup> Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin Yayınları, 2016, s. 62-67.

<sup>30</sup> Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s. 67.

ya başladığında geçiş dönemindeki evliliklere geriye dönük olarak geçerlilik verdiğinde bu durum hakkında nasıl bir kanaat geliştirmek gerekmektedir? İkinci kanunun geriye etkili olarak yürürlüğe girmesi hukukilik ilkesini ihlal etse de kanunların, *bu kanunlardan etkilenecek insanlar tarafından bilinmesi ve onların itaat edebilecek koşullarda olmaları* gerekir. Örneğimizde iki şartın da gerçekleşmemesi sebebiyle geriye etkili olan kanunun aslında hukukilik ilkesine zarar vermediği aksine iki şartı gerçekleştiremeyen sistemin hukuk dünyası için daha zararlı olduğu sonucuna ulaşmak da *işten değildir*. Fakat dolabın içinde bir “boogeyman”<sup>31</sup> olduğu için karanlıkta yatmak istemeyen çocuğa, olmadığını ispatlamak için dolabı açmaktan başka çaremiz yoktur ve korku filmi de dolabın içindeki boogeymanın gerçekliğiyle başlar: Fuller, Hitler’in 1934 yılında 100 kişinin öldürülmesiyle sonuçlanan Roehm tasfiyesini örnek verir. Olaydan sonra Berlin’e yeniden dönen Hitler, bir diktatör olarak kolaylıkla aldirabileceği göstermelik mahkûmiyet ve infaz kararlarını aldırarak yerine doğrudan ölüme karar vermiş olmayı hukuk sistemi içinde nasıl meşrulaştıracaktı? Bu cinayetleri hukuka uygun hale getiren geriye etkili bir kanunu meclisten hızla geçirtmiş ve sonrasında “Alman halkının yüksek mahkemesinin kendi bünyesinde toplandığını” ilan etmiştir yani ona göre, cinayetler işlendiğinde elinde tuttuğu silah aslında adaletin esasıdır!<sup>32</sup> Devletler kendi sebep olduklarından kendileri mağdur olurken bu mağduriyetten de alınları ak, başları dik bir şekilde çıkmının yolunu da bulmakta ve bunu *adalet* için yapmaktadırlar. Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1931 yılında vermiş olduğu karara göre, “geçmişe dönük olarak yükümlülükler getiren bir yasama faaliyeti ile devlet yönetiminin yanlışlık ve bozukluklarını gidermek için düzeltici bir yasa yapmak arasında bir fark olduğunu kabul etmek ve karara varmak gerekmektedir.”<sup>33</sup>

Geriye etkili kanunlar yapmanın bir diğer yönü, yargıçlık makamının içine düştüğü durumlar ile ilgilidir. Örneğin, Ekin ve Ilgın arasında bir sorun olduğunu düşünelim. Bu sorunun çözümü için mahkemeye başvurulduğunda, hâkim hem Ekin’in hem de Ilgın’ın savlarını inceledikten sonra her ikisinin pozisyonunun da aynı derecede haklı olduğuna kanaat getirirse uyuşmazlık nasıl çözülecek? Her ikisi de eşit derece haklı ise hâkimin uyuşmazlığı nasıl çözeceğine dair bir ölçüt var mı?<sup>34</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun herkesin malumu olan 1. maddesine göre:

<sup>31</sup> Öcü. Batı literatüründe çocukları hedef alan bir çeşit karabasan.

<sup>32</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 69-71.

<sup>33</sup> “It is apparent, as the result of the decisions, that a distinction is made between a bare attempt of the legislature retroactively to create liabilities for transactions which, fully consummated in the past, are deemed to leave no ground for legislative intervention, and the case of a curative statute aptly designed to remedy mistakes and defects in the administration of government where the remedy can be applied without injustice.” Gramam v. Goodcell, 282 U.S. 409 (1931). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/409/> (erişim tarihi 21.02.2021).

<sup>34</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 72.

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

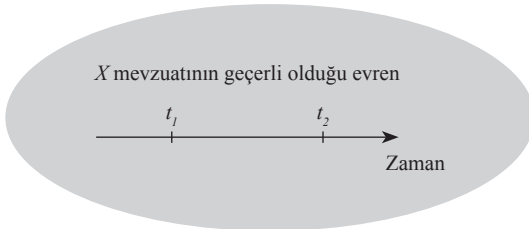
Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Burada hâkimden beklenen, kanunun ruhunu esas alarak bir ölçüt yaratmasıdır. Hart’ın kolay dava-zor dava ayırımında olduğu gibi, hâkimin ilgili hükmü alıp aynen uygulayabileceği durumlar kolay davaları oluştururken, hâkimin bir yorum faaliyetinde bulunduğu durumlar zor davaları oluşturmaktadır. Hâkim, kanunu aynen uyguladığı durumlarda nesne konumundadır; özne olması için aktif olması, bir eylemde bulunması, diğer bir ifadeyle yorum faaliyeti yapması, gerekmektedir. Hâkimlerin yalnızca kanun uygulayıcısı olduğu bir hukuk sistemi içinde hâkimin “özne” olarak nitelendirilmesi zordur. Özneye ilişkin felsefi tartışmalarda Descartes’in öznesini benimseyerek açıklamak gerekirse, “ben”e dönüşmek için düşünmek, öyleyse var olmak gerekir. Fiziki varlıktan önce şüphe etmek; şüphesini düşünmek edimi üzerinden bertaraf etmek özne olmanın şartıdır.<sup>35</sup> O halde kanunu, aynen alıp uygulayan bir hâkim, özne değildir, günümüzün moda tartışmasına atıfla “yapay zeka”ya yerini bırakana kadar *aynen uygulama koltuğunun* sahibidir. Özetle hâkimin özne olmak için hukuk devleti için hukukun bilhassa tesisinin gerekli olduğu zor davalarda ilgili kanunların ruhunu kavraması ve aktif bir düşünce sürecinin sonunda kararıyla o sürece varlık kazandırması ve tüm bunlarla eyleyen olma sıfatını kazanması gerekmektedir. Acaba aslında hâkimlerden Dworkin’in (farazi) Herkül yargıcı olmaları mı beklenmektedir? Ilgın ve Ekin’in durumunda, 10 uyuşmazlıktan 9’unda çözüm sunan bir mevzuat hükmü bir tanesinde çözüm sunmamaktadır. Hâkim bir karar vermezse, uyuşmazlıkları çözme *ödevini* yerine getirmemiş olacaktır. Eğer davayı karara bağlarsa o vakit de geriye etkili bir kanun yaratma faaliyetinde bulunmuş olacaktır:

$t_1$  zamanı: Ilgın ve Ekin arasındaki uyuşmazlık

$t_2$  zamanı hakimın karar verdiği an

Bir karar verilmesi gerektiği aşıkardır:



<sup>35</sup> Roger Scruton, *A Short History of Modern Philosophy From Descartes to Wittgenstein*, Routledge, Taylor and Francis, 2002, s. 30.



Hukuk sistemlerinde boşluk olmaması hedeflenir. Hukuk boşluğunun olduğu konusunda hakimler karara vardıkları zaman, ileriye etkili kurallar sisteminin etkililiği zarar görecektir. Kurala rahatça uyabilmek için sadece kuralları öğrenmek yetmez, aynı zamanda ilgili hükmün o uyumsuzluk için uygulanması gereken doğru hüküm olup olmadığına dair bir ihtilaf durumunda da geriye etkili kanunlar yapmak dışında bir çözüm yönteminin mevcut olması gerekir. Anayasaya aykırılık iddialarında mahkemenin verdiği iptal kararı bu tarz bir çözüm yöntemidir, ama iptalden sonra boşluk oluşursa ivedilikle ileri etkili olacak şekilde yeni bir hükmün üretilmesi gerekir ki boşluk olmasın ya da hâkim az önce açıklandığı üzere geriye etkili olacak şekilde kendisi norm üretmesin. Örneğin, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarih ve E. 1987/1, K. 1987/18 sayılı Kararı ile iptal edilen 443. maddesi şu şekildeydi:

*“Nesebi sahih olmayan hısımlar; ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır.*

*Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih fûruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yansını alırlar.”*

Daha önce defalarca uygulanmış bir mevzuat hükmü birdenbire anlamını kaybetmiş ve uyumsuzluğun çözümünde yetersiz kalmış hatta daha doğru bir ifadeyle çözüm için engel olarak değerlendirilmiştir. Hâkim, yukarıda da belirtilen şekilde hukuk sisteminin içindeki çözüm yöntemine başvurarak Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. 11.09.1986 tarihinde Sorgun Sulh Hukuk Mahkemesine başvuran kişi, ilgili hükmün yani mirastan yarım pay almasının -Anayasa'nın 10, 12, 35 ve 41. maddelerine aykırı olduğunu- daha da basit şekilde ifade edecek olursak kendi durumunda bu hükmün başlı başına bir sorun olduğunu iddia etmiştir. 11.09.1987 tarihinde Anayasa Mahkemesi karar verdiğinde kişinin uyumsuzluğu çözülmüştür. Hukuk sistemi içinde gösterilen çözüm yoluna uyan hâkim, bir anlamda uyumsuzluğu karar anına kadar dondurmıştır. Bundan sonraki olaylar için ortaya çıkmış bir kanun boşluğundan da söz edilemez. Anayasa mahkemeleri sistem içinde, bahse konu edilen türde geriye yürümleri önlemiş olur.

Fuller'in diğer ilkeleri olan açıklık, çelişkisizlik, uyma olanağı, kalıcılık ve ilan edilen kural ile eylem arasında uygunluk ilkeleri arasında en karmaşık olanı sonuncusudur. *Yanlış yorumlama, hukuka erişimin olmaması, bir hukuk sisteminin bütünlüğünün nasıl korunacağına dair kavrayış yetersizliği, adamsendecilik, aptallık, rüşvet, önyargı, kişisel iktidar arayışı* gibi sebeplerle uyum zayıflayabilir ya da bozulabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukukun ilan edildiği hali ile bilfiil uygulanması arasında bir çelişki olmasını engelleme görevi, yargıya



birakılmıştır. Fuller'e göre, bu sayede sorumluluk pratiğin içinde olan insanlara yüklenmiş, kamusal denetim sağlanmış ve hukukun üstünlüğü dramatize edilmiş olur. Fakat Fuller, bu avantajların yanında ortaya çıkacak sorunları da dile getirir. Hukukun kanunsuz olarak uygulanmasına karşı istihkam olarak sadece mahkemelere bel bağlayan bir sistemin ciddi sorunları olduğunu belirtir. *Hak ihlallerinin düzeltilmesi, ihlalden etkilenen kişilerin bunu mahkemeye taşıma isteklerine ve dahası finansal imkanlarına bağlı olarak kalacaktır.* Fuller, bu sistemin polisin kanunsuz davranışlarının denetlenmesinde de etkili olamayacağını iddia etmiştir. Hatta alt mahkemelerin, polis kuvvetlerinin moralini muhafaza etmeyi bir görev olarak benimseme eğilimi<sup>36</sup> nedeniyle sistemin daha da kötüleştiğini de belirtir.<sup>37</sup>

Fuller'in ilkelerini mevzuatımızdaki "torba kanun" üzerinden de değerlendirmek mümkündür. Roma Hukuku'nda farklı konuları içeren kanunlar için "leges saturae"<sup>38</sup> kavramı kullanılmaktadır. Leges saturae'ye benzer şekilde "birden çok ve farklı konuları düzenleyen ve çeşitli kanunlarda değişiklikler öngören düzenlemelere hukuk sistemimizde torba kanun"<sup>39</sup> adı verilmektedir.<sup>40</sup> Örneğin, 28.07.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7333 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'unla değişiklik yapılan kanunlar ve kanun hükmünde kararnemeler şunlardır: 1) 442 sayılı Köy Kanunu, 2) 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 3) 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 4) 6831 sayılı Orman Kanunu, 5) 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 6) 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun, 7) 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, 8) 3194 sayılı İmar Kanunu, 9) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 10) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 11) 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 12) 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanun, 13) 5378 sayılı Engelliler Hakkında

<sup>36</sup> İskandinavya'da 1809 yılında kraliyet gücü karşısında bireyleri korumak için ombudsmanlık kurulmuştur. Yargı ombudsmanlığı ise yargıdaki ve kamusal alandaki kötü yönetimin bağımsız şekilde denetlenmesi ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. <https://nordics.info/show/artikel/preview-ombudsman-1/#:~:text=The%20Nordic%20institution%20of%20the,Swedish%20origin%20meaning%20representative> (erişim tarihi 19.03.2021).

<sup>37</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 101, 102.

<sup>38</sup> Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, V. 43, s. 546 .

<sup>39</sup> Erdoğan Teziç, 'Torba Kanun', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı: 2015/1, Yıl: 2015, s. 3; Şeref İba, 'Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 199.

<sup>40</sup> Torba kanunların yaratacağı karmaşayı önleyebilmek için Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 17.02.2006 tarihinde RG'de yayımlanmıştır. Fakat hükümet sistemi değişikliğinden sonra söz konusu yönetmelik büyük ölçüde işlevini kaybetmiştir. <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20059986&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi 19.03.2021).

Kanun, 14) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 15) 5941 sayılı Çek Kanunu, 16) 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 17) 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 18) 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrası, 19) 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 20) 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 21) 640 sayılı Gümrük Personeli ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. Tek bir başlık altında yirmi bir tane birbiriyle ilgisiz kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılmıştır.

Yakın tarihli bu örneğin bir istisna olmadığını yine 7333 sayılı Kanun'un değişiklik öngördüğü kanunlardan biri olan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da da görmekteyiz. Kanunun adından da anlaşılacağı üzere söz konusu kanunda Covid-19 salgınının ekonomik ve sosyal hayatta yarattığı olumsuz etkileri azaltma amacı güdülmüştür ve BAZI kanunlarda değişiklik yapılmaktadır. Hangi kanunlarda? BAZI kanunlarda. İlan edilme kuralı, bizim sistemimiz açısından gerçekten hayat bulmakta mıdır? Yoksa yapılan değişiklikler sadece yazılıp sıralanmakta mıdır? Sıralanan değişiklikler gerçekten aleniyet kazanmakta mıdır?

7333 sayılı Kanununun 15. maddesi, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunda değişiklik yapmaktadır. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun değiştirilen hükmü bir yıl önce de değişiklik geçirmiştir. Günlük hayatta bir kişinin herhangi bir konuda bir plan yapabilmesi için öncelikle o konudaki değişkenleri bilmesi gerekir ve kişi o değişkenlerin diğer değişkenlerle ve ortamla olan ilişkisini bilmeye ihtiyaç duyar. Çok fazla değişkenin olduğu bir ortamda kişi plan yapmakta zorlanacaktır. Kişinin hayatını, seçimlerini planlayabilmesi için öngörülebilir bir ortamın olması gereklidir. Modern hukukun vadettiği en önemli şeylerden biri öngörülebilirliktir. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin 6. fıkrasının 3. cümlesinde yer alan "iki yılı" ibaresi 23.07.2020 tarihli 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesiyle "üç yılı" şeklinde değiştirilmiştir ve ardından 18.07.2021 tarihli 7333 sayılı Kanununun 15. maddesiyle, "üç yılı" ibaresi "dört yılı" şeklinde değiştirilmiştir. Hukuk sistemimizin öngörülebilir olduğundan hareketle, 2022 yılının temmuz ayının herhangi bir gününde bu fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "dört yılı" ibaresinin "beş yılı" şeklinde değiştirilmesi beklenebilir. Dijital Mecralar Kurulması isimli bir kanunla, Engelliler Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmış olması elbette ilan edilme ilkesinin gerektiği gibi işlemediğinin de basit bir örneğidir. Dahası, eğer Resmi Gazete'yi düzenli olarak takip etmiyorsanız, kanunların ilan edilmesinde ve dolayısıyla aleniyet kazanmasında yardımcı olan ve hukukçuların

sıklıkla kullandığı resmi “mevzuat.gov.tr” adlı siteyi incelediğinizde 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un geçici 3. maddesinin 6. fıkrasının 3. cümlesindeki değişikliğin, 6. fıkraya atıf yapan 6. dipnota göre<sup>41</sup> 18/7/2021 tarihli 7331 sayılı Kanunun 15’inci maddesiyle gerçekleştiği sonucuna varacaksınız. Oysa 7331 sayılı Kanun 08.07.2021 tarihinde kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanunu ve (*elbette*) (!) Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dur ve 15. maddesi şu şekildedir: “5271 sayılı Kanunun 109’uncu maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “(e) bendinde” ibaresi “(e) ve (j) bentlerinde” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir: “Ancak, (j) bendinde belirtilen konutunu terk etmemek yükümlülüğü altında geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınır.” İnsanların hayatlarında değişiklik yapılırken resmi görevlilerin daha titiz davranmalarını beklemek abesle iştigal değildir.<sup>42</sup>

7333 sayılı Kanunla değişik 640 sayılı Kanun Hükmünde Kararname de oldukça ilginçtir. Söz konusu kanun hükmünde kararnamenin, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 39. ve 40. maddeler hariç tüm maddeleri 2018 yılında mülga olmuştur. Amaç, kapsam ve görevleri, bakanlık teşkilatı, hizmet birimleri, taşra ve yurtdışı teşkilatı, sorumluluk ve yetkileri mülga olmuş, personele ilişkin başlıkta bir tek 39. ve 40. madde kalmıştır. 7333 sayılı Kanunla Ek madde 2 ilave edilerek 39. maddeye düzenleme getirilmiştir. Burada yasa koyucunun böyle bir düzenleme yapmasında teknik açıdan bir sakınca yoktur, eleştiri konusu olan yasa koyucunun kendi kararı ile neredeyse adı dışında hiçbir şeyi kalmamış bir mevzuat üzerinde bu şekilde tasarrufta bulunması ve dolayısıyla sistematiklikten uzak, kolay bulunabilir olmayan bu tasarrufların “orta zekalı vatandaş” için hukuku hiç de kolaylaştırmamasıdır.

7333 sayılı Kanun, farklı yürürlüğe girme hükümleriyle kanunların geriye yürümeme ilkesini de ihlal etmektedir. Lehe olan kanunların geriye yürümesi vatandaşlar için olumlu durumlar öngördüğünde kabul edilebilir olmakla beraber Hart-Fuller Tartışması olarak anılan olayın bir boyutunu da geriye yürüme oluşturmaktadır. Söz konusu 7333 sayılı kanunun belirli hükümler için 01.01.2021, 30.06.2021 ve 07.07.2021 ve kalan hükümler için yayımlanma tarihini geçerlilik tarihi olarak belirlemesi hem kanunların geriye yürümemesi ilkesinin ihlali hem de açıklık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Uyma olanağını güçleştirmesi ise başka bir ihlal olarak kabul edilebilir. Egemen, yasaları sürekli takip etmek zorunda bıraktığı vatandaşlarına, basiretli vatandaş olma yükümlülüğü getirmektedir.

<sup>41</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (erişim tarihi 20.09.2021).

<sup>42</sup> Söz konusu resmi siteyle ilgili olarak yapılabilecek bir eleştiri de 3662 sayılı Mahpeyker, Türkân, Ali, Rana ve Hümeýranın Türkiye’ye Avdet Etmelerine Dair Kanun sistemde bulunmamaktadır. Aynı şekilde 1982 Anayasası dışında diğer anayasa hükümlerine de ulaşılammaktadır. Bahsi geçenler TBMM sitesinde bulunabilmekte, fakat bir meslek grubunun yoğun olarak kullandığı devlet destekli ve salt amacı mevzuatı görünür kılmak olan bir sitede yer almamaları aleniyet açısından eleştiriye açıktır.

Sonuç olarak, Hume'un izinden giderek varılan doğal hukuk anlayışı pozitivistlerce eleştirilen ve reddedilen iki sava ulaşıyor: Birincisi, ahlak, rasyonel olarak ispatlanması mümkün davranış ilkelerinin gözlemlenmesini kapsar. İkincisi, hukuki geçerliliğin diğer gereklilikleri ne olursa olsun, rasyonel olarak kanıtlanabilen bu davranış ilkelerini reddeden hiçbir hukuk, hukuk olarak bağlayıcı ya da geçerli değildir. Öte yandan Finnis iki savın doğal hukuk geleneğinin temel doktrinleri olduğunu reddeder. Farklı bir yaklaşım geliştirerek, bu iki önermeye yönelen pozitivist eleştirinin, doğru doğal hukuk kuramının etkili bir şekilde reddi olduğuna karşı çıkar. Diğer bir ifadeyle, modern hukuki pozitivizmin fikirlerini benimser ve onları yeniden değerlendirir, buna ek olarak bir de doğal hukuk kuramını içerisinde bunların hakkını vererek ötesine geçme iddiası da taşır.<sup>43</sup> Finnis, laik bir doğal hukuk teorisi geliştirerek doğal hukukun hakikatine vardığını, kendi doğal hukuk anlayışının Tanrının varlığını önceleyen ve kaynak olarak vahiyi almayan bir anlayış olduğunu belirtir. Finnis, sezgisel bir noktadan bakar: İyinin, insan iyilerinin içten kaynaklanan bir varlığı olduğunu iddia eder. Doğal hukuk kuramının temel nitelikleri şunlardır: a) Etik şüpheciliği, dogmatizmi ve konvansiyonalizmi eleştirir ve reddeder. b) Sosyoloji ve politika bilimi gibi tanımlayıcı ve açıklayıcı sosyal teorilerin metoduna açıklık getirir. c) faydacılık ve sonuçsalcılıkta olduğu gibi toplamcı hak ve adalet kavramlarını eleştirir ve reddeder.<sup>44</sup>

Finnis'in özellikle Aristoteles ve Thomas Aquinas'tan yola çıkarak geliştirdiği 7 temel iyisi vardır: Yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik, pratik makullük ve din. Bu yedi temel iyi kendi içlerinde iyilerken, diğer iyiler ancak bunlara katılımı sağlarlar.

İyiler arasında bir hiyerarşi bulunmasa da pratik makullük adeta kuramın kalbini oluşturmaktadır. Çünkü bizim başlangıç noktamız daima "İnsan akıl sahibi bir varlıktır." olmaktadır. Eylemlerimizin temelinde duygusal saikler de vardır, hislerimiz, hayallerimiz, bedenselliğin diğer görünüşleri birleşir ve hepsi davranışa yansır. Dışa yansıyan, dış dünyada somutlaşan eylemler içinse rasyonel bir görünüm, akli gerekçeler aranır. Sebebin ve amacın ne olduğuna göndermede bulunulur. Onun bunu yapmasının sebebi = onun bunu yapmasının amacı. Çünkü sebep (gerekçe), temel insani değer sağlamak anlamında kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, temel insani değerler, eylemin nedenlerini saptayan ve böylece insanın akli eyleminin örneklerini oluşturan prensiplerdir. Bu temel değerler uyulması emredici bir dizi ahlakı iyiden ziyade insan eylemlerini değerlendirmek için ahlakı önceleyen dayanaklardır. Objektif hakikatler olan insani değerler özgür seçim yapmaya açıktır. Bir seçim yapıldığında, onun akla uygunluğunu tipikleştiren şeylerden biri, bir seçim olanağının mevcut olması, o seçim içerisinde seçilenin diğerleri ile kıyaslandığı-

<sup>43</sup> Neil MacCormick, 'Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret', (çev. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 3, Yıl: 2015, s. 918.

<sup>44</sup> Aktaş, Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi, s. 8.

da daha tercih edilebilir olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken, seçilebilir tek şeyin olması zorunluluğunun olmamasıdır. Seçilen dışında seçilebilir olan başka seçenekler de mevcut olabilir. Üstelik, yanlış seçim olabileceği gibi birbiriyle yarışan aynı kıymette birden fazla doğru seçim de olabilir. Pratik makullük bize kendi tercihlerimizi yapma olanağı sağlar, öte yandan gerçekleşmek için de 9 tane gereğe ihtiyaç duyar:<sup>45</sup> Pratik makullük iyisi, tutarlı yaşam planı, değerler arasında keyfi tercihte bulunmama, kişiler arasında keyfi tercihte bulunmama, mesafelilik ve bağlılık, sonuçların sınırlı ilgisi (mantık içinde davranabilme imkanı), tüm eylemlerde tüm değerlere saygı, ortak faydanın gerekleri, kendi vicdanını dinleme.

Finnis’in tezi, doğal hukuku analitik hukuk felsefesi ile bütünleştirmeye çalışmaktadır. Bir yandan da hukukun doğal hukuktan ayrıştırılarak incelenmesinin doğru sonuçlar vermeyeceğine dikkat çeker. Ona göre hukukun anlam ve önemi, pratik makullük ilkesinin gerekleri ile tutarlı insan hayatı yapılanma stratejisinin bir parçasıdır.<sup>46</sup> Hart’ın da belirttiği gibi, Finnis’in teorisine pozitif hukuka meydan okuyan bir doğal hukuk teorisinden ziyade pozitif hukukun tamamlayıcısı olarak yaklaşılabilir.<sup>47</sup>

## II. HUKUKİ POZİTİVİZM

Hukuki pozitivism, hukukun varlığının ve içeriğinin sosyal olgulara dayandığı, ama değerine dayanmadığı tezidir. John Austin şöyle formüle etmiştir: “Hukukun varlığı bir şeydir; onun değeri ya da değersizliği başka bir şeydir”. Pozitivist tez, hukukun özünün, anlaşılmaz, önemsiz ve hukuk felsefesine yabancı olduğunu söylemez. Söylediği şey, hukukun özünün, kuralların ya da hukuk sisteminin var olup olmadığını inceleme konusu yapmamasıdır. Bir toplumun hukuk sistemine sahip olup olmaması, belirli bir yönetim yapısının varlığına bağlıdır, hukukun egemenliği, demokrasi ve adalet idealinin belirli bir ölçüde tatminine değil. Bu sistemde yürürlükte olan hukuk kuralları yetkililerin hangi sosyal standartları -örneğin, yasama faaliyetleri, yargı kararları ya da sosyal gelenekler- buyurucu olarak tanıdıklarına bağlıdır. Bir siyasanın adil, akıllıca ya da ölçülü olması onu gerçekten bir hukuk kuralı olarak düşünmek için asla yeterli bir neden değildir ve aynı şekilde adil olmaması, akıllıca olmaması, ölçülü olmaması da ondan şüphe etmek için yeterli bir neden değildir. Pozitivizme göre hukuk neyin önerildiği (emredildiği, karar verildiği, uygulandığı, tahammül edildiği) meselesidir. Austin, “basit ve göz kamaştırıcı” olarak nitelendirir.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Sevtap Metin, ‘Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis’, İÜHFİM, Cilt: LXII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 176, 177.

<sup>46</sup> Metin, s. 183.

<sup>47</sup> Metin, s. 182.

<sup>48</sup> Green, Leslie/ Thomas Adams, “Legal Positivism”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> (erişim tarihi 30.08.2021).

Austin'in ve Bentham'ın hukuk teorilerinin ardındaki motivasyon ve yönelim İngiliz Common Law geleneğine karşı besledikleri derin düşmanlıktır. Ama öte yandan her ikisinin geliştirdiği tepkiler de bir o kadar farklıdır. Austin'i kaygılandıran, Common Law'da açıkça tanımlanabilir rasyonel ilkelere dair sistematik bir organizasyonun ya da yapının tamamen eksik oluşuydu. Austin'in hedefi, hukuk anlayışına yönelik rasyonel ve bilimsel bir yaklaşımın; arkaik, karışık, gelenek bağımlı Common Law düşüncesinin yerini alacak ve hem yaşamayı hem de yargıç yapımı hukuku kapsayacak modern bir hukuk görüşünün haritasını çıkarmaktı. Bentham, yargısal kararların hukukun münhasır kaynağı olduğu fikrine şiddetle karşı çıkar ve bu durum Austin ile arasındaki farklılıklardan biridir. Savingy tarafından küçümsenen ve karşı çıkılan kodifikasyon Bentham'ın kesinlikle talep ettiği bir şeyken; yargıç yapımı hukukun modern hukuk sisteminin vazgeçilmez unsuru olduğunu ve belli zamanlarda ve belli alanlarda hukuki gelişimin genellikle tek pratik aracı olduğunu kabul eden Austin, kodifikasyonu takdir etmekle beraber -hatta Kıta Avrupası hukukçularının yorumlarıyla gelişmiş Roma Hukuku'nun Common Law'dan daha üstün bir rasyonel hukuk sistemi olduğunu belirtmesine rağmen- kodifikasyonun ciddi bir yasama hüneri, hukuk bilgisi ve politik vizyon gerektirdiği hususunu da belirtir. Bentham, hukukun yasama araçlarıyla maksatlı ve bilinçli olarak yaratılması gerektiğini iddia eder. Hukuk, olabildiğince, rasyonel ve sistematik biçimde organize edilmiş kodlarda ifade edilmelidir.<sup>49</sup>

Bentham, Common Law'u hedefine alarak, yazılı olmayan hukukun özü itibariyle muğlak ve değişken olduğu ve bu özelliklerinden dolayı, Common Law'un davranışlara rehberlik edebilecek güvenilir ve kamusal bir ölçüt sağlayamayacağı tespitinde bulunmuştur. Bentham tarafından *Yargıç ve Şerikleri (Judge & Co.)* olarak adlandırılan durumu da kısaca açıklamak yararlı olacaktır. Gayrimenkul işleriyle ilgilenen Common Law sisteminde özel bir yeri olan avukat grubuna dair Bentham'dan yola çıkarak Scott Shapiro da şu çıkarımda bulunmuştur: Yaptıkları hukuku sadece kendileri anlar, ama zaman geçtikten sonra kendileri dahil hukukun bütününe kimse kavrayamaz.<sup>50</sup> Bu da Common Law'a ve Common Law yargıçlarına sıra dışı bir bağımsızlık sağlar, öte yandan bu bağımsızlık, kaçınılmaz bir yozlaşma ve insanların evrensel hukuk cehaleti pahasına kazanılır. Davacı ve hukuk arasına yetkililerce, teknik detaylarca ve usul kurallarınca oluşturulan korkutucu bir bariyer dikilir ve bu bariyeri ancak parası ve zamanı olanlar yönlendirebilir ve aşabilir. Böylece, nüfusun büyük kısmı hukuka başvurmanın faydasından tamamen dışlanır ve hukukun korunmasından mahrum kalırlar -nüfusun aynı kesimi hukuk tarafından korkutulur.<sup>51</sup> Eğer Common Law, pratik ya da gelenek sorunuyorsa, bu

<sup>49</sup> Roger Cotterrell, *Hukuk Biliminin Politikası- Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. Saim Üye), Pinhan Yayıncılık, 2018, s. 90, 91.

<sup>50</sup> Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, [epub], 7.122.

<sup>51</sup> Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 2019, s. 261.



gelenek profesyonel hukuk elitlerinin, hukuk ortaklıklarının, *Yargıçlar ve Şeriklerinin* oluşturduğu yapay bir gelenektir. Common Law geleneği, gayrimeşru ortaklıkların doğurduğu, yozlaşmanın beslediği; “custom in pays” (halkın geleneği) olmaktan ziyade, “custom in foro” (yargıcın geleneği) olan bir gelenektir. Common Law’un aşırı karmaşık, teknik ve yapay kavramlarının, kurallarının ve biçimlerinin, halkın pratiklerini, geleneklerini ve adetlerini yansıttığı inancının sürdürülmesi ne derece mümkündür?<sup>52</sup> Common Law, yargıç yapımı hukukun bir derlemesidir, her bir durumda, yargıcın hukuk etkisi verdiği kural, yargıcın kendi zihninin ürünüdür. Öte yandan Bentham, yargıçlar, diğer yargıçları ve karardan etkilenenleri hukuk yapmadıklarına ikna edebilirlerse, hukuk yapmada başarılı olurlar der ve muzipçe aslında bunu yaptıklarını ima eder. Common Law yargıçları, tarafları önceden bilmedikleri ve bilmedikleri için davranışlarında bir mihenk noktası olarak kullanamadıkları bu kurallarla bağlı olduklarını da kabul etmek zorunda bırakırlar. Bentham, bu geriye yönelik olarak kural koyma sistemine üç itiraz yöneltir: İlki, somut vakalarda söz konusu tarzdaki yasa ve kararlar, tarafların beklentilerini karşılamaz, boşa çıkarır. Dahası Common Law ideolojisi, sistemin sebep olduğu kayıpları telafi etmede, azaltmada ya da önlemede yargıcın adım atmasını imkansızlaştırır. Bentham’ın bakış açısına göre çok daha ciddi olan ikincisi, daha çok geçmişe yönelik tarzda işleyen hukuk biçiminin genel, sistematik sonuçlarıdır. Belirli beklentilerin karşılanmamasından ve en nihayetinde belirli durumlarda en azından geçersiz kılınabilen ya da tazmin edilebilen haksızlıklardan çok daha ciddi, hukuk sisteminin kendine karşı yaptıklarıdır: Hukukun birincil ve ağır basan erdemi, güvenlik, neredeyse tamamen zayıflatılır. Belki de daha derin bir itiraz olan üçüncü itirazını yaparken “köpek hukuku/dog law” tanımını kullanır. Geriye yönelik olarak kural koyma sisteminde, kişi önce cezalandırılarak suçu öğrenir, akla ve sorumluluğa dayanan bir itaat de saf dışı bırakılmış olur. Common Law, bir tür sosyal düzen gerçekleştirir, Bentham, Common Law’un bunu insanlara canavar hayvan muamelesi yaparak gerçekleştirdiğini iddia eder: Common Law düzeni, “köpek hukuku” olarak adlandırdığı, canavar disiplini. “Köpeğiniz, sizin bırakmasını istediğiniz bir şeyi yaptığında, onun o eylemi tekrar yapmasını beklersiniz ve bunun için ona vurursunuz. Bu sizin köpeğiniz için hukuk yapma biçiminizdir: “ve bu yargıcın sizin ve benim için hukuk yapma biçimidir. Öncesinde ne yapmaması gerektiğini söylemezler. Yapmaması gerektiğini söyledikleri şeyi yapana kadar yatarlar ve sonra yaptığı için onu asarlar.”<sup>53</sup>

Öte yandan Austin için “yargıcın hukuk yaratması”, hukukun “bağımlı kaynağı”dır. Mahkemeler görevlerini icra ederken diğer bir ifadeyle anlaşmazlıklarla ilgilenirlerken yargıç hukuk yaratır. Yazılı bir yasa olmadığı durumlarda dahi anlaşmazlığın giderilmesi, davanın bir karara bağlanması gerekir. Hakkın gözetil-

<sup>52</sup> Postema, s. 268, 269.

<sup>53</sup> Postema, 270, 271.



mesi, anlaşmazlığın çözülmesi için bu süreçte yeni bir kural yaratılmış olur. Mahir yargıçlar bunu yorum faaliyetinin ardına başarıyla gizlerken; mahir olmayan yargıçlara dayanan sistemler, çok başarılı olamazlar. Austin, toplumun, kendi davranışlarını yönlendirecek kurallar üzerindeki kontrolünü, bağımlı yargıçların tam bir yasa yapma gücüne erişmeleri durumunda kaybedeceğini belirtir. Bunun bir sorumluluk sorunu olduğu kanaatindedir: Yargıçlar “toplumun çoğunluğuna” karşı sorumlu olmalıdırlar. Bunun bir yolu, açık olduğu durumlarda pozitif hukukun uygulanması, diğer yolu ise, yargıçların tayin konusunun sadece kralın yetkisinde olmasından çıkarılarak, *gerçek egemen* ya da *devlete* hizmet etmelerinin sağlanmasıdır. “Tayin yetkisinin, genel olarak toplumun çıkarlarıyla çatışmayan bir tarafa verilmesi” gerektiği görüşündedir.<sup>54</sup> Yargı bağımsızlığı ile hâkim güvencesi birbirini besleyen unsurlardır. Hâkim güvencesi sağlanmadıkça yargı bağımsızlığından bahsedilemez. Bu nedenle örneğin modern hukuk sistemlerinde yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi anayasal teminat altına alınmıştır. Ülkeler arasında farklar bulunsa da benimsenmiş genel standartlar: azil yasağı, re’sen emekli edilememe, maaş ve ödenekten yoksun bırakılmama, rızası dışında başka bir göreve getirilmeme, (ülkemiz 1961 ve 1982 Anayasaları’nda yer almayan) coğrafi güvence. Amaç, yürütme ya da yasama organının azil dışındaki çeşitli yollardan biriyle bir hâkimin/savcının mesleki hayatı ve özlük hakları üzerinde etkili olarak hakimlik teminatının zarar görmesini engellemektir.<sup>55</sup> Hakimlik teminatının kâğıt üzerinde kaldığı sistemlerde, bağımsız yargının olmamasından kaynaklanan sorunlara odaklanmak ve çözümü yargıyı bağımsız ve tarafsız yapacak mekanizmalarda aramak yerine, “Peygamber postunda oturan” adil hakim olarak Kaf Dağı’nın ardındaki Mehlika Sultan’a varmak için yola düşmek gibi “*çıkırığı yok bir kuyu*”dan<sup>56</sup> adalet devşirmeye çalışmak daha kolay olsa gerek. Öte yandan hâkim verdiği karar nedeniyle soruşturma geçiriyorsa, görev yeri değiştiriliyorsa, “*senin gücün hayır demek*”<sup>57</sup> diyerek ona moral vermektен fazlasını yapmaktır zorundayız.

Öte yandan Austin, yargıçların hukuk yaratmasının keyfi olabileceği tehlikesini görür ve bunun kontrol edilmesi gerektiğini belirtir. Önerileri şu şekildedir:<sup>58</sup>

- Üst derece mahkemelerinin bulunduğu, alt derece mahkemelerinin kararlarının temyiz mercilerince denetlendiği hiyerarşik yapıya sahip bir hukuk sisteminin varlığı. Örneğin, bizim adli yargı sistemimizde ilk derece mahke-

<sup>54</sup> Ertuğrul Uzun, ‘İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin’, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2003, s. 21.

<sup>55</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 648; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 332.

<sup>56</sup> Yahya Kemal Beyatlı’nın Mehlika Sultan’ın aşıkları adlı şiirinden bir dize.

<sup>57</sup> There is No Evil / Şeytan Yoktur adlı, yönetmenliğini Mohammad Rasoulof’un yaptığı, İran filminden bir replik.

<sup>58</sup> Uzun, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, s. 22.

meleri, İstinaf mahkemeleri ve Yargıtay yer almaktadır. Austin'in önerdiği şekilde hiyerarşik bir yapı vardır. Fakat bunun Austin'in beklediği şekilde keyfiliği önleyip önlemediği tartışmalıdır.

- Yargıçların, yasa koyucunun bizzat kendisi bu olayla ilgilenmiş olsaydı ne yapacağı yolundaki düşüncesi tarafından yönlendirilmeleri. Örneğin, 4721 s. Türk Medeni Kanunu Madde 1: “*Kanun, sözüyle ve özüyle deşindiği bütün konularda uygulanır.*

*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*

*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” ve*

Madde 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”*

- Salt “meslek çıkarını” koruyan kurumların (örneğin Baronun) ve diğer hukukçuların düşüncelerinin etkisinin azaltılması.

Austin, İngiliz hukuk sistemini eleştirirken, “kaosun ve karanlığın imparatorluğu” demektedir. Roma Hukukçuluđu konusunda ise genel ilkelerin büyük bir açıklıkla, incelikle kavrandığı ve bu ilkelerin, detayların açıklanmasına hayran olunacak şekilde uygulandıkları ve sonuç olarak pozitif hukuk sistemini tam ve tutarlı bir bütün olarak tanzim ettikleri tespitinde bulunur.<sup>59</sup> Bentham'ın İngiliz Hukuk Sistemine yönelttiği eleştiriler ise yukarıda belirtildiği şekilde çok daha serttir. Common Law'da yasa metinlerinin kaleme alınmasındaki sorunları, düzeltilabilir bulmakla birlikte “küçük sinekleri ve böcekleri yakalayabilen ama eşek arılarının geçmesine izin veren antik barbarlık sistemi”nin yıkılması gerektiğini de söyler. Bentham'ın görüşüne göre, Common Law'un doğasında, zoraki cehalet ve terör teknikleriyle kontrol etmenin kökleri bulunmaktadır ve bunun iki önemli sonucu vardır: toplumu küçük düşürücü bir bağlılığa çeker ve hukukla örtülen uğursuz çıkarlarla insanların soyulmasına ve baskıya olanak sağlar.<sup>60</sup> Örneğin, 18. yy'da İngiltere'de, çoğunlukla mülkiyete karşı suçlar için ceza kanunlaştırmasında, özellikle ölüm cezalarında, muazzam bir artış görülmüştür. *Parlamentonun faaliyeti, acele, sistematikten yoksun ve körlemesine tepkisel olmuştur.* Cezalar, hem halk kitlelerinden algılanan tehdide karşı egemen sosyal hiyerarşiyi korumak için tasarlanmışlardır hem de her bir olayda hissedilen yeni tehdide karşı *olay temelli* ve şiddetli bir tepkisellik taşımaktadır. Bu tepkisel ceza yasalaştırmasına karşı alaycı, aşığılayıcı bir eleştiri getirir Bentham: Şalgam-

<sup>59</sup> Cotterrell, s. 91.

<sup>60</sup> Postema, s. 260.

larını çaldıran bir toprak ağası, çalışmalara başlar ve şalgam çalınmasına karşı kanlı bir ceza getirir. Ama cezanın patatesleri kapsamadığını ve ertesi yıl aynı olayın patateslerinin başına geleceğini kavrayamayacak kadar da idrak yoksundur. İngiliz modern yasama faaliyetinin iki ilkesi, *tutkularınız alevlenene kadar parmağınızı bile kıpırdatmayın ve burnunuzun ucunu dahi görmeyindir!* Yüzyıl ortalarında İngiliz Common Law sisteminin kafa karışıklığı devam etmekteydi. İdam cezalarına ilişkin bir katalog yayınlanmıştır, bu katalogta mülkiyet ihlali suçlarına karşı nadiren verilen bedensel cezalar bile düzenlenmiştir ancak beterin beteri olarak adlandırabileceğimiz suçlar dışarıda bırakılmıştır. Örneğin, koyun ya da at çalarsanız, birinin cebinden para çalarsanız cezanız ölümken, babanızı öldürme girişiminiz kabahat olarak görülmüştür. Tüm bunlara ek olarak Bentham, sistemin esas aldığı varsayımı -kanunu bilmemek bir mazeret değildir- da eleştirmektedir: Kanunu bilmemek bir mazeret değildir varsayımı çok az insanın hukuki tavsiye alabildiği bir ortamda çoğunluk için sadece kötü bir şakadan ibarettir. Bentham, insanların, neyi bilmeleri gerektiğini ve neyi yapabildiklerini bilemedikleri için mahvolduklarını dile getirir. Öte yandan Common Law, yalnızca saçma ve bilinmez değil, ayrıca vahşidir. Drakon Yasaları<sup>61</sup> -suçun tüm aşamaları karıştırılmış ve tüm ceza oranları tahrip edilmiş anlamında- olarak adlandırılabilir.<sup>62</sup> Bentham'a göre, cehaletin manipüle edilmesi, karmaşıklık ve habis amaçlar için tercih edilen terör dönemin yasama faaliyetinde de bariz olan, hukukun rasyonel sisteminden yalnızca bir sapma olarak görülemez. Sapmadan ziyade, yazımı yüzyıllar süren bir destanın beklenen bir bölümünü oluşturmaktadırlar. *Eğer toplum gelişme görmek istiyorsa, hukuk reformu yapılmalı; eğer reform yapılmak isteniyorsa, o hukukun kökü yakılmalı ve yeni ve akli modele göre yeniden inşa edilmelidir.*<sup>63</sup> Common Law sadece bir hukuk anlayışı değildir, Westminster Mahkemeleri'nin dışında İngiliz toplumunda ve politikada oynayacak bir rolü olan inanç ve tutumları şekillendiren bir çerçevedir. 18. yy boyunca politik ilkeler ve fikirler üzerindeki baskın anlayış olduğu için Bentham'ın eleştirileri ayrı bir teori olmamış ve olamamıştır. Bir hukuk teorisi olmaktan ziyade egemen politik ideolojiye bir başkaldırı olarak görülmüştür ve Bentham da kesinlikle bunun bilincindedir.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Draconian Law, Drakon Yasaları, MÖ. 621'de Draco tarafından hazırlandığı iddia edilen Athena Sitesinin geleneksel hukuk kodlarıdır. Drakon Yasalarının ana kaynağı olarak Aristoteles, Drakon'un Athena kurallarını yazılı hale getiren ve piyadelere ve alt sınıf askerlere vatandaşlık tanıyan bir anayasa hazırlayan kişi olduğunu iddia etmektedir. Draco Hukuku, mürekkeple değil kanla yazılan acımasız bir hukuk olarak adlandırılmaktadır. <https://www.britannica.com/topic/Draconian-laws> (erişim tarihi 03.05.2021).

<sup>62</sup> Postema, s. 258, 259 ve 8. Bölümde 8. Dipnot.

<sup>63</sup> Postema, s. 260.

<sup>64</sup> Postema, s. 303-304.

Kendinde Luther ışığı gören Bentham, gizemin iki temel aracının hukukçularca ustalıklarla kullanıldığını düşünmektedir. İlk olarak hukukçuların kullandığı hukuk dili sorunu vardır: hukuk jargonu ve jargonun oluşturulması. Bentham, hukukçuların resmî belgelerde, sözleşmelerde, gayrimenkul alım satımına özgülenmiş belgelerde, ithamlarda, savunmalarda, kararlarda kullandıkları dilin yorucu, uzun ve doğal olarak insanların kullandıklarından farklı olduğunu ve üçlü habis amaçlara hizmet ettiğini iddia etmektedir. Söz konusu bu üçlünün ilki, hırsızın riyakâr sözleri gibi; falcılık, astroloji, simya, büyü gibi sahte bilimlerin başkalarının anlamadığı dilleri gibi hukukçular da kendi aralarındaki birliğin dışarıya kapalı sınırnı, yeniliğe direnerek ve rahatlıklarını pekiştirerek hukuk dili ile oluştururlar. İkincisi, hukuk dili, avukatlık ücretleri ve inanılmaz sayıda fazla ve karışık yargılama işleriyle bir çeşit soygun aracıdır. Üçüncü ve sonuncusu, hukukçuların etrafında -eleştiriyi küçümseyen, hukuk reformunu gerçekleştirme görevi için insan ürünü fakültelerin yeterli olmadığı izlenimini destekleyen- bir korku atmosferi yaratır. Sonuç olarak tüm bu hukuk dili kullanımı, hukukun eksiklerini, hatalarını saklar, eğer günlük bir dil kullanılsa herkesin göreceği bu kusurlar böylece görünmez ve örtülür. Bentham, hukukçuların kullandığı dil ve kıyafetler konusundaki eleştirisini şu şekilde de dile getirir: Sultan Süleyman'ın,<sup>65</sup> hâkim sıfatıyla sıradan bir sandalyede, sıradan bir dili kullanarak, başında peruk olmaksızın sadece kendi saçlarıyla otururken; Bartholon'un Lordlar Kamarası koltuğunda, mor, pahalı ketenler ve peruklar içinde davacı ve davalının iddialarını dile getirdiğini, davacı ya da davalı yerine mahkemede vekalet ettiğini söyler.<sup>66</sup>

Common Law'un dayandığı gelenek konusunda da Bentham eleştiride bulunur. Doğal hukuka ya da akla atfedilebilecek tek somut, belirleyici içerik, doğal hukukun ve doğal aklın soyut olmasından dolayı, tamamen özel ve öznelidir. Bu nedenle de hukukun, kuralların, kararların, eylemlerin değerlendirilmesinde ortak kamusal bir standart öneremezler. Hukuk ve muhakeme açısından bunun iki kötü sonucu vardır: a) Yargısal kararların gerekçelendirilmesi, tamamen kamusal alandan çıkarılmıştır. Yargısal kararlar, tamamen kişisel duygu ve kaprise dayanan doğal hukuka ya da doğal akla dayanırlar. b) Bu da hukukun, hukuka tâbi olanların habis çıkarlarıyla yönlendirilmesine ve yozlaşmasına sonuna kadar kapı açar.<sup>67</sup> Özetle Bentham, hukukun doğasında bulunan akla uygunluğun yanı sıra tarihsel ve dolayısıyla popüler öncüllerle de meşrulaştırıldığını, akla aykırı, doğal hukuka aykırı, kadim geleneklere aykırı demenin aslında tek bir anlama geldiğini, “*benim isteklerime aykırı*” demek olduğunu dile getirmektedir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Peygamber olan Sultan Süleyman.

<sup>66</sup> HLA. Hart, *Essays on Bentham Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 2001, s. 29, 30.

<sup>67</sup> Postema, s. 264.

<sup>68</sup> Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma Süzgün Şahin, Serdar Ünver), Astana Yayınları, 2016, s. 114.

Bentham'ın hukukun gizemli hale getirilmesi ve hakimler konusundaki eleştirilerini Türk hukuk sistemi açısından da değerlendirmek mümkündür. Şöyle ki, usul hukuku kurallarının baş tacı olarak nitelendirilebilecek olan yargılamanın aleniliği, çeşitli açılardan sürekli ihlal edilmektedir. Aleniyet ilkesinin tarihi Batı hukuk sisteminde İngiltere'nin 1066'da (William the Conqueror) Fatih William tarafından ele geçirilmesiyle başlamaktadır.<sup>69</sup> Yine benzer şekilde kovuşturmanın aleni olması da bugün için ne kadar temel ve elzem görünse de -hakim ve jüri sisteminin izi Orta Çağ'a kadar sürülebiliyorken- kovuşturmanın aleni olması tarih sahnesine Tudor döneminde çıkarak hukuk sistemine oldukça geç bir giriş yapmıştır.<sup>70</sup> İslâm Hukuku, Had suçlarında suç aleniyet kazanmamışsa, suçu kişi ile Allah arasındaki alana terk etmekteydi, öte yandan mahkemelerde yargılamanın aleniyetini ve kadının adil bir karar vermek için daha özen göstermesini sağlayan “şühûddü”-“l-hâl” denilen ahali de bulunurdu.<sup>71</sup> Mecelle'nin 1815. maddesinde “*Hâkim, yargılamayı alenen yürütür. Fakat hüküm vermeden önce ne şekilde hüküm verileceğini açığa vurmaz.*” şeklinde dile getirilmiştir.<sup>72</sup> Günümüzde hem Anayasa'da hem de CMK'da ve HMK'da<sup>73</sup> aleniyet ilkesi düzenlenmiştir. Kemal Gözler, çok doğru bir yaklaşımla aleniyet ilkesinin sadece duruşmayı kapsar şekilde anlaşılmasını eleştirmektedir. Gözler, “*Muhakeme hukukunda alenî olan şey, sadece “duruşma” değil, “yargılama”nın bütünüdür. Mahlum “duruşma”, “yargılama”nın sadece bir safhasıdır. “Yargılama” kavramı “duruşma” kavramını da içine alan, ondan çok daha geniş olan bir kavramdır. Eğer alenilik ilkesi, yargılamanın değil, sadece duruşmanın aleniliği şeklinde anlaşılrsa, bu ilkenin sağladığı güvence, hukuk ve ceza yargılamalarında çok büyük ölçüde daralır. İdarî yargıda ise bu ilke, anlamını tamamıyla yitirir; çünkü, bilindiği gibi, idarî yargıda istisnaen duruşma yapılır ve prensip olarak yargılama dosya üzerinden yürütülür.*”<sup>74</sup> demektedir. Yine Gözler, mahkeme kararlarının yayınlanmasında bir engel olmadığını belirtir. Gözler'e göre, bir yargı organı tarafından verilen ve yargı organının yargılama fonksiyonu içinde yer alan kararların FSEK m.31 kapsamında yayınlanmasında bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, yargılamanın aleniyeti gibi

<sup>69</sup> Legal History: Origins of the Public Trial, Indiana Law Journal: Vol. 35, Iss. 2, Article 8, 1960, s. 251. (İlgili derginin notlar bölümünde yer aldığı için yazarın adı belirtilmemiştir).

<sup>70</sup> John H. Langbein, ‘*The Origins of Public Prosecution at Common Law*’, The American Journal of Legal History, Cilt: XVII, Yıl: 1973, s. 313. [https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_Origins\\_of\\_Public\\_Prosecution\\_at\\_Common\\_Law.pdf](https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Origins_of_Public_Prosecution_at_Common_Law.pdf) (erişim tarihi 22.08.2021).

<sup>71</sup> İbrahim Orkun Atalay, “*Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme*”, EÜHFD, Cilt: XI, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, s. 248, 243.

<sup>72</sup> Yusuf Sancak/ Emre Kıyak, ‘*Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbül Kazâ: Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme*’, SÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 72.

<sup>73</sup> Anayasa m.141; HMK m.28/1; CMK m.182/1.

<sup>74</sup> Kemal Gözler, *Alenî Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama mı?* <https://anayasa.gen.tr/alenilik.htm> (erişim tarihi 29.10.2021).

temel bir hukuk ilkesinden de hareket ettiğimizde yargı kararlarının yayınlanmasında ve ulaşılabilir olmasında bir engelin olmaması gerekmektedir.

Ankara Türkiye’de S, 1 Ekim 2021 tarihinde Google arama motoruna Texas Country Courts yazmıştır. Çıkan seçenekler içerisinde Trial Courts<sup>75</sup> seçeneğini seçmiştir. Açılan sayfada rastgele yaptığı aramalarda örneğin, 14 Aralık 2001- 6 Nisan 2021 tarih aralığındaki nefret suçlarının bilgilerine ulaşmıştır.<sup>76</sup> Texas Judicial Council’in (Texas Yargı Komisyonu) toplantı geçmişine ve toplantıların gündemlerine ulaşmıştır.<sup>77</sup> Site içerisinde gezinirken edindiği bilgilerden yola çıkıp Texas’a bağlı Travis Mahkemelerine ulaşmış ve yine rastgele yaptığı aramalarda eğer Texas’ta bir avukat olsaydı, gizlilik kararı alınanlar dışındaki tüm kararlara ulaşabileceğini öğrenmiştir.<sup>78</sup> Mahkeme kararlarına ulaşmak hukuk sistemimizde gerek avukatlar gerekse vatandaşlar için kolay değildir. İlk derece mahkemelelerinin kararlarına erişim mümkün değildir, aynı şekilde istatistiklerine de erişim mümkün değildir; Yargıtay ve Danıştay kararlarının ise sadece bazıları internet üzerinden yayınlamaktadır. Ücretli siteler üzerinden kararlara erişim ise başlı başına bir tartışma konusudur. Zira bu kararlar vatandaşın ve avukatın erişimine kapalı iken bir şirkete açık olması, ücret karşılığı sitenin bu kararları paylaşması aleniyet değil, olsa olsa devletin edindiği (kararlar üzerindeki) mülkiyeti<sup>79</sup> (!) ücreti mukabilinde kullandırmasıdır. Kişisel verileri korumak hassasiyeti de göz önünde bulundurularak, tıpkı şirketlerin yaptığı gibi isimler saklanarak tüm kararların erişime açık olması gerekmektedir ki Bentham’ın ileri sürdüğü hakimler üzerindeki halk denetimi hayata geçebilsin. S, için ilginç olan bilgilerden biri de Bölge Mahkemesi (District Court) hakimlerinin kimler olduğunu da görebilmesi olmuştur.<sup>80</sup> S, daha sonra kendi ülkesinde Ankara Mahkemeleri şeklinde bir arama yapmıştır.<sup>81</sup> Mahkemelerin adreslerine ulaşmış, Cumhuriyet Başsavcısının ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu üyelerinin kimler olduğu bilgisine ulaşmıştır. Travis County 53<sup>rd</sup> Civil District Court hâkimi The Honorable Maria Cantu Hexsel’in resmine ve ofis numarasına, ofisinde çalışanların numarasına ulaşmış olmasına rağmen Ankara Mahkemeleri için ulaştığı sitede, yalnızca santral numarasına ve ön büro ve kalem numaralarına erişebilmiştir.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> <https://www.txcourts.gov/> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>76</sup> <https://www.txcourts.gov/media/1452714/20210830-hate-crimes-updated.pdf> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>77</sup> <https://www.txcourts.gov/tjc/meetings-agendas/> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>78</sup> <https://www.traviscountytexas.gov/district-clerk/public-access> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>79</sup> Bir mülkiyetten bahsedeceksek, bu ücretin davanın taraflarına ödenmesi ve hatta belli durumlarda kararı veren yargı mensubuna da ödenmesi gereklidir, fakat fikri mülkiyet tartışması başlı başına bir araştırma konusudur, burada sadece kısaca değinilmektedir.

<sup>80</sup> <https://www.traviscountytexas.gov/courts/civil/district> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>81</sup> <https://ankara.adalet.gov.tr/mahkemeler> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>82</sup> <https://ankara.adalet.gov.tr/iletisim> (erişim tarihi 29.10.2021).



S, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi şeklinde yaptığı aramada ise sadece isimlere ulaşmıştır. Başsavcı dışında ve sitede yer alan haber niteliğindeki görseller dışında yargı faaliyetini sürdüren kişilerin sadece isimlerine, mahkemeler arası iş bölümüne vb. bilgilere, bir anlamda genel geçer bilgilere ulaşmıştır. Yargılamayı yapan kişiler, sıradan vatandaş için “görünmez”<sup>83</sup> ve ulaşılmaz insanlardır. Bentham’ın hukukun gizemlileştirilmesi şeklinde eleştirdiği de tam olarak budur. Görünmeyen, etki altında kalacakları endişesiyle (sadece) sıradan vatandaş için kendilerine ulaşılması imkânsız olan ve verdikleri kararların altında dahi zaman zaman isim yerine sicil numaraları yazan hâkim ve savcılar gizemli, mistik bir hukuk sisteminden başka bir şey değildir. Tarafı olduğunuz bir davada ilk kez duruşmaya gideceğinizi düşünelim. O gün eğer hâkimin rahatsız olduğunu ve yapılacak olan işin davayı başka bir tarihe ertelemek dışında bir şey olmadığını ve kâtibinin bunu zaten çok güzel yapacağını düşünmüş ve kâtime “Yerime sen gir, idare et beni bugün.” demiş olduğunu farz edelim; siz hâkimin, hâkim olmadığını anlayabilir misiniz? Şüphelenseniz dahi bunu dile getirebilir misiniz? Aşırı ve fantastik bir örnek gibi değerlendirilebilir, fakat temmuz ayında gazetelere yansıyan haberde kişi, savcı eşini dahi kandırmıştı hâkim olduğu konusunda...<sup>84</sup> Karşılaştırmanın Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile yapıldığı eleştirisine karşı şu yanıtı vermek mümkündür. Öncelikle kararların bağlayıcılığı değil, aleniliği ve yargıda alenilik karşılaştırması yapılmaktadır. Bir Kıta Avrupası ülkesi olan Fransa’da, içtihatla bağlılık ilkesi kabul edilmiş olmasa da yargı kararlarına internet üzerinden ulaşmak mümkündür. Danıştay ve Yargıtayın yanında ilk derece mahkemelerinin kararlarına da resmi Legifrance<sup>85</sup> sitesi üzerinden ulaşmak mümkündür. Ayrıca Danıştaya ait ArianeWeb<sup>86</sup> sitesi üzerinden 1873’ten itibaren idari yargıya ilişkin dönüm noktası oluşturan tüm kararlara erişilebilmektedir. Bunların yanında Fransa Ulusal Kütüphanesinin dijitalleştirme projesi olan Gallica<sup>87</sup> veritabanı üzerinden de 1804-1909 arasında Yargıtayın hukuk davalarındaki kararlarına ilişkin hemen hemen tüm bültenlere ulaşmak mümkündür.

Özetlemek gerekirse, hukuki pozitivizmin klasik yorumcuları olarak Bentham ve Austin arasında, hukuk, egemen, emir ve yaptırım tanımlarında farklılıklar bulunsa da Common Law eleştirisi konusunda uzlaşmaktadırlar. Austin, faydadandan yola çıkaracak pozitif hukuktan beklentisini özetlemektedir. Eğer fayda,

<sup>83</sup> Örneğin, <https://ankarabam.adalet.gov.tr/baskanlar-kurulu> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>84</sup> <https://www.posta.com.tr/son-dakika-hakim-oldugunu-soyleyen-kadindan-seytani-plan-savci-kocasini-bile-kandirmis-2353126> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>85</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab\\_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true). (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>86</sup> <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>87</sup> <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34488540t/date.r=cour+de+cassation.langFR> (erişim tarihi 29.10.2021).



pozitif hukuk ile ahlakiliğin en yakın oldukları noktaysa, insanlar arasında devam eden davranış kuralları ile Tanrı tarafından konulan kuralların birbirine uyması imkânsız olacaktır. Tanrının iradesinin işareti tamamlanmamış ve belirsizdir. Kurallarıyla bağlı olan insanlar için anlaşılması güç şekilde ifade edilirler ve kaçınılmaz ve gönülsüz bir yanlış yorumlamanın konusu olurlar. Fayda ilkesinde biçimlenen pozitif hukuk ve ahlakilik, insan eylemlerinin eğilimlerinde gözlemlenir ve onlardan çıkarılır. Bu eylemler mükemmel şekilde belirlenip, sınıflandırılana ve sonuçları incelenip, benzer bütünlüklerle değerlendirilene değin, fayda ilkesinde biçimlenen pozitif hukuk ve ahlakilik öyle ya da böyle kusurlu ve eksik olacaktır. Sınırsız sayıdaki insan eylemleri ve bu eylemlerin sınırsız sayıdaki sonuçları düşünüldüğünde, bunların tamamını sınıflandırma ve etkilerini derleme işi, yaratılmış ve sonlu varlıkların sınırlı olanaklarını aşmaktadır. Aynı şekilde, eğer fayda pozitif hukuk ve ahlakiliğin en yakın olduğu noktaysa, genel ve avam etik kusur ve yanlışları nedeniyle pek de çare olmayacaktır.<sup>88</sup>

Hukuk ve ahlakilik ilişkisine, hukukta doğal hukukun asgari içeriğini kabul ederek yeni bir yaklaşım getiren düşünür Herbert Lionel Adolphus Hart'tır. Esasında günümüz hukuki pozitivizmi 3 temel iddia üzerinde yükselir: a) Ayrılabilirlik Tezi: Hukukun içeriğinde *zorunlu* ahlaki kısıtlamaların varlığını reddeder. Her nedense hukuk-ahlak birlikteliğinin zorunlu olmaması çoğu öğrenci nezdinde infial yaratmaktadır. Ahlakın dışlandığı bir toplum tahayyülüne kapılmaktalar ve ahlaki zorlamanın toplum için zorunlu olduğu fikrinde birleşmektedirler. b) Köken Tezi: Hukuki geçerliliğin zorunlu ve yeterli koşullarını yasanın kim tarafından ya da nasıl kabul edildiği üzerinden açıklar. c) Takdir Hakkı Tezi: Hakimlerin zor davaları yeni hukuk yaratarak çözdüğünü ileri sürer. Hart, bir pozitivist olmasına karşın, doğal hukuk doktrinlerindeki tartışmasız gerçeğin özünü kabul etmektedir. Hart'a göre hukuk, toplumsal bir fenomendir. Yalnızca toplumun gerçek pratiklerine dayanılarak anlaşılabilir ve açıklanabilir. Hart'ın hukuk teorisi anlayışının sadece konuyla ilgili olan kısmına, tanıma kuralına, odaklanmak istiyorum: Bentham ve Austin'in hukuk teorisi anlayışları, hukuku emir teorisi üzerinden, egemen üzerinden, açıklamaktaydı. Hart, ise kurallar üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Emir teorisi, egemeni hukukun üzerine yerleştirmekteydi; bu ise yasa koyucuların yasama usullerine uyma zorunluluğunu göz ardı etmektedir.<sup>89</sup>

Kaynak: Egemen



Ürün: Hukuk

<sup>88</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, s. 77.

<sup>89</sup> Wacks, s. 138, 140.

Bu basit tabloda da görüldüğü üzere hukuku yapan egemen, kendini onunla bağlı görmezse ne olur? Yasa koyucu *temel yasama usullerine* uyma zorunluluğunu göz ardı ederse ne olacak? Zaten bu kadim sorunlar nedeniyle sınırlı iktidar, anayasal sınırlar, bireysel haklar, idare hukuku üretilmiştir. Üretilmiştir, çünkü insan ihtiyaç duyduğunda alet yapma becerisine sahiptir ve hukuk da onun ürettiği aletlerden biridir. Bir anlamda Hart da kural temelli bir hukuk teorisinden yola çıkarak bu yapılmışlığa vurgu yapmaktadır.

Austin'e göre, bağımsız ve siyasi bir toplum ancak kendisine alışkanlıkla itaat edilen kişi ya da grubun, belirli ve üstün başka bir kişi ya da gruba itaat alışkanlığı taşınamasıyla oluşabilir. Modern devletin soyguncudan farkı da kendi egemenlik alanında bir çeşit üstünlüğünün olması ve diğer aktörler karşısında bağımsızlığının olmasıdır. Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için, itaat eden itaat edilen ikiliğinin olması; tehditle desteklenmiş genel emirler yayımlayan kişi ya da grupların olması ve itaatsizlik durumunda tehditlerin gerçekleşeceğine dair bir inancın olması gerekmektedir. Aşına olduğumuz klasik tanıma göre, ülke içinde üstünlük ve dışarıda bağımsızlık söz konusudur. Görüldüğü üzere Austin'in tanımı hukukun zorlayıcı yönüne, egemene ve cebre, odaklanmaktadır. Hart ise kurallar ve yargısal kararlar etrafında insan davranışının cebre başvurmadan düzenlendiği yolları göstermeye odaklanır.<sup>90</sup> Hart'a göre, bir toplumun varlığını sürdürebilmesi için belirli kuralların var olması gerekmektedir. Ahlaki yükümlülüklerin diğer sosyal standart ve kurallardan farkını önem, kasıtlı değişimlerden bağımsızlık, ahlaki ihlallerin rızai karakteri ve ahlaki baskının özel biçimi olarak 4 kriterle açıklamaktadır. Bu dört kriter, kuralların ya da standartların ahlaki olabilmeleri için gereken zorunlu bir içeriğe hatta bu kural ve standartların, sosyal hayatta hizmet etmeleri gereken herhangi bir amaca atıfta bulunmaz. Asıl olarak insanlara ya da şeylere karşı şiddetin kullanımının bazı yasaklanma biçimlerinde, ahde vefa, doğruluk ve adil davranma gerekliliklerinde ahlakiliğin bulunabileceğinde ısrar edilmesi gerekmektedir. Eğer insanlar sürekli olarak bir arada yakınlık içinde yaşayacaksa, tüm bu sayılan özellikler, fizik dünyanın niteliği ve insan doğasının kesin doğruluğu verili kabul edilerek, esas olarak kabul edilirler ve bu sebeple eğer bunu sağlayan kuralların ahlaki önemle ve oluşturduğumuz statülerle bahsedilmemesi sıra dışı olacaktır. Kişisel çıkarların kurban edilmesini gerektiren kurallar, bir arada yaşamak için ödemesi gereken bir bedel olmaktadır ve tüm bunlar doğal hukuk doktrinlerindeki gerçeğin tartışmasız özünü inşa ederler.<sup>91</sup> Bu noktada şöyle bir değerlendirme yapmak mümkündür: Hukuk, belirli bir zaman ve yerdeki X grubunun her çatışmasında "kazan-kazan" politikası sağlayamaz ya da bunu sağlayan hukuk tarafsız olamaz. Demokratik ve hak temelli bir toplumda yaşamının ön şartı, kazançlar temelli bir birliktelik değil, kayıplar temelli bir bir-

<sup>90</sup> Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, 2014, s. 38, 39.

<sup>91</sup> Hart, s. 180, 181.

likteliktir, diğer bir ifadeyle “kaybet-kaybet” politikasıdır. İnsanların sistemden beklentisi, diğerinin de kaybedeceğinin garantisinin verilmesidir. Kişi, bir arada yaşamak için sadece kendisinin değil, diğerinin de ödün verdiğiinden emin olmak ve bunu görmek ister. Bu nedenle Hart’ın hukuki pozitivizmi, belirli bir kesimin en azından görünürde daima kazandırılmadığı toplumlarda sağlıklı işleyebilir.

Hart’a göre, hukuk ve ahlak arasında birkaç farklı tür ilişki vardır. Bunlardan bir tanesini seçip ona odaklanmak faydalı olmayacaktır. Bunun yerine, hukuk ve ahlak arasında bir ilişki olduğunu inkâr eden ya da bu konuda ısrar eden çalışmalar arasındaki farkı ortaya koymak daha yararlı olacaktır. Zaman zaman hukuk ve ahlak arasında neredeyse kimsenin inkâr etmediği bir ilişkinin varlığı iddia edilir. Öte yandan bu ilişkinin varlığının tartışmasız kabulünü, çok daha şüpheli bir ilişkinin işareti olarak görmek doğru olmayacaktır. Bu nedenle her zaman ve her yerde hem belirli sosyal grupların ideallerinden hem de geleneksel ahlakilikten ve hatta ahlaki ufukları kabul edilen ahlakiliği aşanların, aydınlanmış ahlaki eleştiri biçimlerinden etkilenen bir hukuk gelişimine ciddi şekilde karşı çıkılamaz. Bir sonraki aşama için bu gerçeği örtük kabul mümkündür: Diğer bir ifadeyle bir hukuk sistemi ahlakilik ya da adaletle belirli bir uyum göstermelidir ya da bu hukuka itaat edilmesi gerektiğine dair bir ahlaki ödevin olduğuna dair yaygın kabul görmüş bir inanişaya dayanmalıdır. Bu sav bir bakıma doğru olsa da buradan bir hukuk sisteminde kullanılan belirli yasaların hukuki geçerlilik kriteri, açıkça olmasa da zımnem, ahlakiliğe ya da adalete referansı içermelidir sonucuna ulaşılamaz. Hart, *The Concept of Law*’da hukuki pozitivizmi, basit belirli ahlaki arzuları tatmin eden ya da yeniden üreten yasaları asla zorunlu bir doğruluk anlamında olmadan basit bir içerik anlamında ele almıştır ki aslında sıklıkla yasalar ahlaki arzuları tatmin eder ya da yeniden üretir. Fakat bu görüşü kabul edenler ya sessiz kaldıklarından ya da ahlakiliğin doğasıyla ilişkin olarak daha fazla farklılaştıklarından hukuki pozitivizmin reddedildiği iki farklı biçimle ilgilenmek zorunludur. Bunlardan biri, klasik doğal hukuk teorilerinde açıkça ifade edilir: İnsan davranışlarının, eğer insan yapımı hukukun geçerli olması isteniyorsa, insan aklıyla keşfedilmeyi bekleyen belirli ilkeleri vardır. Diğerisi ise, ahlakiliğin daha az rasyonel biçimini ele alır ve hukuki geçerlilik için ahlak değerleri ile bağlantıyı önerir.<sup>92</sup>

Hart, yine *The Concept of Law*’da basit gerçeklikleri ve onların hukuk ve ahlakilik ile olan ilişkilerini dikkate alarak, hukuk ve ahlakilik ilişkisinin özel bir içeriği olmasını temellendiren olguların incelenmesinin önemli olduğunu belirtir. Savın genel biçimi, -basit şekilde- hukukun ve ahlakın söz konusu içeriği olmaksızın insanların bir araya gelmekte güttükleri hayatı idame ettirme amacının sürdürülemeyeceğidir. Bu içeriğin olmaması durumunda, insanların herhangi bir kurala gönüllü itaatleri için bir sebepleri olmayacaktır ve kurallar koymanın

<sup>92</sup> Hart, s. 185, 186.

ve sürdürmenin çıkarlarına olduğunu düşünenlerin gönüllü işbirliği olmaksızın kurallara isteyerek uymayanların baskılanması imkânsız olacaktır. Bu açıdan, doğal olgular ile hukuki ve ahlaki kuralların içeriği arasındaki akli ilişkiyi belirgin şekilde vurgulamak önemlidir. Doğal olgular ile hukuki ve ahlaki kurallar arasındaki ilişkinin farklı biçimlerini incelemek hem olası hem de önemlidir. Böylece fiziksel, psikolojik ya da ekonomik koşullar tatmin edilmedikçe, hukuk ya da ahlak kodları sistemi kurulamaz ya da söz konusu yasalar sadece belli bir türe uyma işlevini görebilirler. Doğal koşullar ve kurallar sistemi arasındaki söz konusu tarzdeki ilişkiler akılla uzlaştırılmazlar, çünkü bilinçli hedeflerin ya da kurallarının bir amacının olmasıyla ilgili değildir. Bir topluluğun ahlaki ya da hukuki kodlarının oluşması ve sürdürülmesi için zorunlu koşullar olduğu söylenebilir, fakat topluluğun bunu kabul ediyor olması ahlaki ya da hukuki kodların nedeni değildir. Elbette, bu tür nedensel ilişkiler bilinçli hedefler ya da amaçlara dayanan ilişkilerle çatışmaz. Aslında söz konusu nedensel ilişkiler bilinçli hedeflerden daha da önemli olabilir; zira insanların, Doğal Hukukun başlangıç noktası olarak aldığı, bu bilinçli hedef ve amaçları neden seçtiklerini açıklama kabiliyetine sahip olmaları mümkündür. Bu tarz nedensel açıklamalar ne bilinçli hedeflerle ne de sebeplerle uzlaştırılan gerçekliğe dayanmaz: Bunlar mümkün olduğunda deneye ve incelemeye dayanan genelleme ve teori metotlarıyla kurulan diğer bilimler gibi sosyoloji ve psikoloji içindir. Bu tür gerçeklikler 1) insan kırılabilirliği 2) yaklaşık eşitlik 3) sınırlı özgecilik 4) sınırlı kaynaklar ve 5) sınırlı irade gücü ve anlayışı gibi Hart'ın (David Hume'dan etkilenerek) insanlık durumu olarak belirlediği gerçekliklerden farklıdır.<sup>93</sup> Bu sınırlılıklardan ötürü, kişileri ve mülkiyeti koruyacak; ahde vefayı sağlayacak kurallara ihtiyaç duyulur. Ancak buna rağmen Hart, hukukun ahlaki kurallardan türetildiğini ya da ikisinin arasında zorunlu bir kavramsal ilişki olduğunu söylememektedir. İnsanın kırılabilirliğinden dolayı kabul etmek zorunda kaldığımız mülkiyeti korumaya, ahde vefayı sağlamaya vb. yönelik kurallar doğal hukukun asgari içeriğini kabul etmek anlamına gelmektedir Hart için. Fakat doğal hukukun asgari içeriğinin kabul edilmesi adil ve hak temelli bir toplumu garantilememektedir.<sup>94</sup>

Yasamanın, mahkemelerin ve benzer türde diğer resmi organların olmadığı bir toplum tasavvuru elbette mümkündür. Aslında, ilkel topluluklara ilişkin çalışmalar sadece sosyal hayatı betimlemezler ayrıca böyle bir topluluğun olabilirliğini de gösterirler. Söz konusu toplumlarda sosyal kontrolün tek aracı, yükümlülük kurallarını nitelendiren grubun kendi davranış standartlarıdır. Bu türdeki sosyal yapılar genel olarak “gelenek”lerden kaynaklanan bir yapı olarak tanımlanır, öte yandan Hart bu kavramı kullanmayacağını belirtir. Çünkü söz konusu kavram sıklıkla, eski olan geleneksel kuralları ve sosyal baskının daha fazla destekledi-

<sup>93</sup> Hart, s. 193-197.

<sup>94</sup> Wacks, s. 141.

lerini işaret etmektedir. Hart bu tarz zorluklardan kaçınmak için, bu tür sosyal yapıyı birincil yükümlülük kurallarından kaynaklanan bir sosyal yapı olarak tanımlar. Eğer bir topluluk sadece birincil kurallarla yaşayacaksa, insan doğası ve içinde yaşadığımız dünya hakkında en bariz gerçeklikleri mümkün kılan koşullar tatmin edilmelidir. Bu koşullardan ilki, şiddetin rahatça kullanılmasını, hırsızlığı ve hileyi sınırlandıran kuralların olmasıdır. Şiddetin rahatça kullanılması, hırsızlık, hile insanların eğilimli oldukları fakat genel olarak eğer başkalarıyla bir arada yakın bir yaşam istiyorlarsa bastırmaları gereken şeylerdir. Söz konusu kurallar aslında ilkel toplumlarda dahi bulunabilir. Bu tarz toplumlar ortak yaşama hizmet etmek ve ortak yaşama katkı sunmak için bireye pozitif ödevler yükleyen toplumlardır. İkincisi söz konusu toplum, kuralları kabul edenler ile toplumsal baskının onları uymak için zorladığı zamanlar dışında kuralları reddedenler arasında bir gerilim sergileyebilir. Şüphesiz, eğer sıkı bir örgüte sahip olmayan fiziksel güçte yaklaşık eşit bu insan topluluğu varlığını sürdüreceyse, kuralları kabul etmeyenler azınlıktan daha fazlası olamaz, zira aksi halde kuralları reddedenler için korkulacak sosyal baskı da zayıf olacaktır. Bu, içinde muhalifler ve caniler olsa da *işsel bakış açısıyla* çoğunluğun kurallara bağlı olarak yaşadığını bildiğimiz ilkel topluluklarca da doğrulanır. Şüphesiz, sadece akrabalık bağlarıyla, ortak sezişle ve inanışla birbirlerine bağlı ve istikrarlı bir çevrede konuşlanmış topluluklar gayri resmi kurallar sistemiyle yaşayabilirler. Diğer tüm koşullarda, söz konusu sosyal kontrolün basit biçimi kusurludur ve farklı şekillerde destek gerektirir. Söz konusu bu kusurun devası, birincil kuralların ikincil kurallar ile desteklenmesidir. İkincil kurallar değişiklik, yargılama ve tanıma kuralları olarak üçe ayrılırlar.<sup>95</sup>

Tanıma kuralı, gelişmiş bir hukuk sisteminde oldukça karmaşık bir görünüme sahip olacaktır. Tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin varlığı için zorunludur. Hart'a göre tanıma kuralı, hukuk sistemine geçerlilik vermek açısından kendisi bir ölçüt değildir, ama hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğinin belirlenmesi açısından önemli bir ölçüttür. Hukuk sisteminin zorunlu anayasal kuralı olan tanıma kuralı, bir kuralın gerçekten kural olup olmadığını belirleyen hukuki geçerlilik ölçütlerini ya da koşullarını belirleme anlamında hukuku idare eden yetkililerce kabul edilmelidir. Hart, İngiltere'deki mahkemelerin, yasa koyucuların, yetkililerin veya yurttaşların nihai bir tanıma kuralını kullanıp kullanmadıklarını sorabileceğimizi söyler. Bir sonraki soru, hukuki akıl yürütme süreci, artık ıskartaya çıkmış bir sisteme geçerlilik veren kriterlerle oynanan yersiz bir oyun mudur? Temelinde böyle bir kuralın bulunduğu tatmin edici bir hukuk sistemi biçimi var mıdır? Bu sistem, kötülükten ziyade iyilik mi üretir? Bu sisteme uymak için ahlaki bir yükümlülük var mıdır? Tüm bu sorular hemencecik aklımıza gelen ama çok önemli sorulardır. Tanıma kuralı hakkında sorduğumuz sorular, onun yardımıyla cevaplandırdığımız sorularla aynı şekilde cevaplanmayacaktır.

<sup>95</sup> Hart, s. 91, 92.

“Parlamentodaki Kraliçe” tarafından konulan kural hukuktur demekten, bu kural mahkemeler, resmi makamlar ve yurttaşlar tarafından nihai tanıma kuralı olarak kullanılır demeye geçtiğimiz zaman içsel bir geçerlilikten dışarıdaki gözlemciler tarafından da içselleştirilmese bile tespit edilebilecek dışsal bir geçerlilik beyanına geçilmektedir.<sup>96</sup> Hart’a göre de gelişmiş bir hukuk sistemi hakları ve ödevleri belirleyen kurallara ek olarak, o hukuk sistemi içinde kuralın ne olduğunu belirleyecek ve diğer kurallar için geçerlilik kriteri getirecek özel bir kuralı içermelidir. İşte bu kural, tanıma kuralıdır.<sup>97</sup> Tanıma kuralı, diğer ikincil kurallar olan değişiklik ve yargılama kurallarından ödev yüklemesi bakımından ayrılır. Hart’ın hukuk teorisi, hukuk sistemine, hukukun kendi içerisinde listelenmiş, derecelendirilmiş ‘geçerlilik kriterleri’ni içeren ‘nihai tanıma kuralı’ni yerleştirir. Tanıma kuralı, eğer varlığı kabul edilirse, bir hukuk sisteminin *üst düzey yetkilileri* arasında paylaşılan ve karşılıklı tutumların karşılıklı olarak kabul edilmesine ilişkin karmaşık bir sosyal fenomen olarak varlık bulacaktır. Söz konusu üst düzey yetkililerin her biri hem kendilerini ve hem de diğerlerini, yalnızca ve yalnızca belirli geçerlilik kriterlerini karşılayan kuralların tümüne uymak ve bunları uygulamakla yükümlü olarak görmelidir. Tanıma kuralı bunu gerektirir.<sup>98</sup>

Hukuk sisteminin zirvesine bir geçerlilik kriteri getiren diğer hukuk teorisye-ni Kelsen’dir. Kelsen, hukuk ve ahlak -olan ve olması gereken- ayırımında ısrarlıdır. Hukuku bir olması gerekenler diğer bir deyişle normlar sistemi olarak tasarlayarak kavramamız gerektiğini söyler. Kelsen, hukukun yalnızca normlardan oluşmadığını, hukuk normları ve hukuk normlarının belirlediği hukuki eylemlerden oluştuğunu iddia eder. Kelsen’in kavramsalcı pozitivizmi Hart’ın empirisist bakış açısı oluşturduğu normatif hukuk teorisinden farklılık göstermektedir. Kelsen yeni-Kantçı felsefenin etkilerini taşımaktadır: Bu geleneğe göre, bilgi yalnızca deneyimle kazanılan bir şey değildir, ampirik gerçekliği, yalnızca gözlediklerimizi anlamlı biçimde organize edebilmemizi sağlayacak ona dayatarak anlamaya başlarız. Her bilim, kendi kavramını üretir, bu nedenle Kelsen, yönlemsel bakımdan farklı disiplinlerin körü körüne karışımı olarak gördüğü yöntemler senkretizmini reddeder. Kelsen, Hart gibi, hukuk biliminin özgünlüğünü, onun normatifliğinde görür. Kelsen’e göre, norm bir şeyin var olması gerektiğine özellikle bir insan eyleminin bir biçimine işaret eder, bu nedenle hukuk normatif bir bilimdir. Özellikle dikkat edilmesi gereken husus, hukuk, sosyal bir fenomendir diyen Hart ister istemez sosyolojiye göz kırparken; Kelsen, hukuk teorisinin tamamen yabancı kavramlardan ve yöntemlerden arındırılması gerektiğini iddia eder. Bu nedenle

<sup>96</sup> Hart, 106-109.

<sup>97</sup> Aydan Ömür Surlu, *Hart’ın Tanıma Kuralı*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 55.

<sup>98</sup> Neil MacCormick, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, s. 56.



saf hukuk teorisi olarak adlandırmıştır kendi kuramını. Hukukun nasıl olması gerektiği politika ya da ahlak felsefesinin konusu olduğu için Kelsen, pozitif hukuku konu edinmiştir. Hukukun en önemli özelliği, kendi üretimini düzenlemesidir, diğer bir ifadeyle bir hukuk normu, başka bir hukuk normunun yetki tanınmasıyla gerçekleşir. Hâkimin, kararın ilgili olduğu koşulları düzenleyen bir norm üreten kararı, mahkemenin yargı yetkisini düzenleyen normlar tarafından yetkili kılınmıştır. Söz konusu normlar bir yasada ifade edilmiş olabilirler, bu yasa da ortaya çıkışını uygun yasama usulünü tanımlayan daha temel bir başka norm tarafından yetkilendirilmeye borçludur. Tüm bunlar bir anayasa içinde düzenlenmelidir ki, o da daha önceki bir başka anayasada içerilen norm tarafından yetkilendirilmiş olsun. Bu durum hukuk birinci sınıf öğrencilerinin bile bildiği bir hiyerarşidir: Daha üst normlar, daha ast olanların üretimine, onları kimin hangi koşullarda ve sınırlar içinde üretebileceğini belirleyerek değişik biçimlerde yetki tanıyabilirler.<sup>99</sup> Kelsen, nesnel gerçekliğin zaman ve mekân gibi belirli ve biçimsel kategorilerin uygulanması ile anlaşılabilmesi kanaatindedir. Dünyayı anlamak için kullandığımız bu kategoriler doğada mevcut değildir. Benzer şekilde hukuku anlamak için de benzer bir yol izlemek gerekir. Bu nedenle hukuk sisteminin temelinde yer alan bir Grundnorma ya da temel norma ihtiyaç duyarız.<sup>100</sup>

Hukuk sistemi, bir normlar daha doğrusu hukuk normları sistemidir. Kelsen, şu soruların yanıtlarını aramaktadır: Hukuk normlarının çokluğunun birliği nasıl açıklanmaktadır? Belli bir hukuk normu belli bir hukuk sistemine neden ait olur? Kelsen'e göre normlar çokluğu, normların geçerliliği, geçerliliğin nihai temeli olan tek bir norma kadar izlenebiliyorsa, bir düzen ya da bir sistem oluşturur. Müşterek kaynak oluşturan bu temel norm, birliği inşa eder. Bir normun bir sisteme ait olması, söz konusu normun geçerliliğinin izinin bu sistemi inşa eden temel norma kadar sürülebilmesini gerektirir. Norm sistemleri, temel normun tipine göre ikiye ayrılırlar. İki tip olarak ayırmadaki belirleyici unsur, en üstte yer alan geçerlilik ilkesinin içeriğidir. Birinci tipteki normlar, içerikleri nedeniyle geçerlidirler. Bu normların *belirlediği* insan davranışının *yapılması gereken* olduğu düşünülür. Normların içeriği aynı zamanda onlara geçerlilik kazandıran kanıtlardır. Söz konusu normların geçerlilikleri, sistemi oluşturan normların içeriğini özellikgenellik ilişkisi çerçevesinde kapsayan temel bir norma kadar götürülebilir. Bahsi geçen normlar, ahlak normlarıdır. “Çalmayacaksın”, “öldürmeyeceksin”, “aldatmayacaksın”, “ahde vefa göstereceksin” bu tarz normlardır: Temel bir norm olarak doğrudan üretilmişlerdir. “Komşunu sev” temel normundan, “başkalarına zarar vermeyeceksin”, “ihtiyacı olanlara yardım edeceksin” gibi normlar üretilebilir. Buradaki önemli husus, ahlaki düzenin farklı normlarının özel olanının genel olanda zaten içerildiği gibi temel normda da zaten içerilmesidir. Dolayısıyla

<sup>99</sup> Cotterrell, s. 165-168.

<sup>100</sup> Wacks, s. 155, 156.

la özel ahlak normları genel temel normdan zihinsel bir işlemle, yani genelden özeli çıkararak dedüksiyon aracılığıyla çıkarılabilir. Ahlakın temel normu, maddi ve statik karakterdedir.<sup>101</sup>

Hukuk normları ise ilk gruptaki normlardan farklıdır, çünkü içerikleri nedeniyle geçerli olmazlar. Hukukun normunun içeriğine dahil edilemeyecek bir insan davranışı olmayacağı gibi hukuk normunun içeriği de herhangi bir şey olabilir. Hukuk normu diye nitelendirdiğimiz norm, sadece belirli bir şekilde ortaya çıktığı için geçerlidir. Hukuk normu, belirli bir kurala uygun olarak yaratılır, özel bir yöntem izlenerek oluşturulur ve tüm bunlardan kaynaklanan bir geçerliliği vardır: Hukuk sadece pozitif hukuk olarak diğer bir deyişle çıkarılmış ya da koyulmuş hukuk olarak geçerlidir, bu nedenle de hukuk, ahlaktan ya da benzer başka norm sistemlerinden bağımsız özelliكتedir. Kelsen, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki esas farkın da burada olduğunu dile getirmektedir, çünkü doğal hukuk normları da tıpkı ahlak normları gibi, temel bir normdan yani ilahi iradeden veya salt aklın ya da doğanın sonucu olan içeriğın apaçık olduğuna inanılmasıyla çıkarılmaktadırlar. Öte yandan pozitif hukukta ise temel norm, hukuk sisteminin normlarının kendisine göre yaratıldığı temel kuraldan ibarettir. Diğer bir deyişle, hukukun yaratılmasına dair temel bir olgunun yerli yerine konulmasından başka bir anlama gelmez. Söz konusu temel norm, bir sürecin çıkış noktası, tamamen şekli ve dinamik bir karaktere sahiptir. Hukuk sistemindeki diğer normları belirli bir mantıksal çıkarımla temel normdan tek tek çıkaramayız. Normlar, onlara özgü özel bir eylemle çıkarılır ve koyulur ve bu eylem zihne ait değildir, iradeye ait bir eylemdir. Hukuk normları içerisinde genel normlar örf ya da yasamadan; tekil normlar ise özel hukuk işlemleri yahut yargısal eylemlerden çıkarılır. Hukuk normlarının izini temel norma kadar sürmenin anlamı, normların belirli bir temel norma uygun olarak yaratıldığını göstermektir. Örneğin: Cebri bir eylem, bir insanın özgürlüğünün elinden alınması ve hapsedilmesi gibi, neden hukuki bir eylem ve neden belli bir hukuk sistemine ait bir eylem olsun? Çünkü bu eylem, tekil bir norm, bir yargı kararı tarafından öngörülmüştür. Soru biraz daha değişerek, belli bir hukuk sisteminin bileşeni olarak neden geçerli olsun, şekline büründüğünde yanıt, bu tekil norm, yargı kararı, ceza kanununa uygun şekilde yaratılmıştır. Ceza kanunu neden geçerli olsun? Çünkü ceza kanunu hükümleri, yetkili otoriteler tarafından anayasal olarak öngörülmüş usul uyarınca çıkarılmışlardır. Böylece devlet anayasasına kadar ulaşılmış olur. Sorular elbette anayasanın neden geçerli olduğuna dayanabilir? Bir önceki anayasaya ve devam edersek, tarihsel açıdan en nihayetinde ihdas edilen bir anayasaya varacağız. Bu ilk anayasayı yapanları iradeleri neyin geçerli bir norm olduğunu açıklamaktadır.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016, s. 67-68.

<sup>102</sup> Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 68-70.

Özetle Kelsen için, hukuk düzeni normlar sistemidir. Bir sistemi normlar çokluğunun dışına çıkarmanın ne olduğu sorusunu sorar. Bir norm ne zaman belirli bir normlar sistemine, düzene ait hale gelir? Yukarıda da dile getirilen bu soruların yanıtlarının *geçerlilik* ile yakın ilişki içerisinde olduğunu dile getirir. Bir norma geçerlilik atfettiğimiz zemini netleştirmemiz gereklidir. Gerçekliğe dair bir ifadenin doğruluğunu varsaydığımızda, ifadenin gerçekliğe uyması söz konusudur, çünkü deneyimlerimiz bunu doğrulamaktadır. Örneğin, “Fiziki madde ısındığında genleşir.” ifadesi doğrudur, çünkü defalarca ve istisnası olmaksızın ısındıkları zaman fiziki cisimlerin genleştiğini görürüz. Bir norm, gerçeklik hakkındaki bir ifade değildir ve norm, bu bağlamda doğru ya da yanlış olarak çıkarım konusu olamaz. Bir norm ya geçerlidir ya da değildir. “Yardıma ihtiyacı olana yardım ederiz.” ve “Yararlı olduğu zaman yalan söyleriz.” ifadelerinden sadece ilki geçerli bir norm olarak ifade edilebilir, ikincisi değil. Peki, neden? Çünkü normun geçerliliğinin sebebi, onun gerçeklikle uyumu değildir. Daha önce de belirtildiği gibi norm, etkili olduğu için geçerli değildir. “*Bazı şeyler olur, bazı şeylerin olması gerekir.*” Günlük dilde, sıklıkla bir normu bir olguya atıfla gerekçelendiririz. Örneğin, “Tanrı On Emir’de öldürmeyi yasakladığı için kimseyi öldüremezsin.” denebilir. Bir başka örnek: Bir anne çocuğuna, “Baban okula gitmeni söylediği için okula gitmelisin.” diyebilir. Öte yandan örneklerdeki Tanrı’nın emri ya da babanın düzeni normun geçerliliği için sadece görünüşte bir sebeptir. Gerçek sebep, normlar örtük biçimde sorgusuz sualsiz varsayılmaktadırlar ya da diğer bir deyişle böyle olması gerektiği zannına yaslanmaktadır. Normun geçerliliğinin sebebi, öldürmeyeceksin, Tanrı’nın emirlerine itaat etmelisin genel normuna yaslanır. Aynı şekilde okula gideceksin, çocuklar babalarının sözlerini dinlemelidirler genel normuna yaslanır. Eğer bu normlar varsayılmamış, önceden kabul edilmemiş olsalardı, olguların dayandığı referanslar, neden öldürmeyeceksin ya da neden okula gitmelisin sorularına yanıt olamazdı. Bir kişinin bir şeyi emretmesi, kendi kendine, kişinin emre uygun davranması gerekir ifadesi için; emri geçerli bir norm olarak kabul etmek için; içeriği emre karşılık gelen normun geçerliliği için bir sebep olamaz. *Bir normun geçerliliği için sebep, olgu değil, sadece bir normdur.* Bir normun geçerliliği arayışı, bizi bir gerçekliğe değil, ilk normun bir anlamda sonraki normdan çıkarıldığı başka bir norma götürür. Bu nedenle de “Yardıma ihtiyacı olana yardım edeceksin.” geçerli bir norm olur çünkü “Komşunu seveceksin.” ifadesinden çıkarılır. Bu nedenle geçerli bir norm olarak kabul edilir, çünkü kaynağında ya geçerliliği kendinden kaynaklı bir temel normu ya da diğer bir ifadeyle Hristiyanlık komşuyu sevme davetinde bulunmuş ve Hristiyanlar Tanrı’nın emirlerine uyarlar postulatını geçerli bir norm olarak görürüz. Aynı sebepten ötürü, “Yararlı olduğunda yalan söyleyeceksin.” normunu geçerli bir norm olarak ele alamayız, çünkü ne kendinden kaynaklı bir temel geçerli norma ne de geçerli kabul edilen bir başka norma dayanmaktadır. Geçerliliğini âmir bir normdan çıkaramadığımız norma temel norm adını veririz. Tüm normların geçerliliği, normlar sistemini ya da düzeni biçimlendiren aynı, tek temel normdan

kaynaklanmaktadır. Temel norm genel bir kaynak olarak, düzeni oluşturan farklı normların birlikteliğini inşa eder.<sup>103</sup>

Hukuki pozitivizmin en olumlu yönü olarak sunabildiğimiz egemenin yazılı-dünyevi yasalarla sınırlandırılabilmesi ve böylelikle egemene metafizik olmayan bir meşruiyet sağlanabilmesi modern hukuk sistemlerinin sıradan halk lehine olan en önemli kazanımlarıdır. Meşhur Hart-Fuller tartışmasının çıkış noktası olan Nazi Almanyası'nda yaşananlar pozitivizmin de sınırlı iktidar için bir umut olmakta yetersiz olduğu düşüncesini kuvvetlendirirken, egemenin müdahalesinden azade temel hak ve özgürlükler alanı oluşturma ve bireyin bireysel tercihleriyle yaşayacağı kendine ait bir ahlak ya da ahlaksızlık alanına sahip olmasını sağlama görevini hukuk üstlenmiştir. Bu görevin ifasında, son dönemde covid-19 salgınıyla beraber yaşananlar, geniş halk kitlelerini iki nokta arasında bir ikileme sürüklemiştir: Bu noktalardan birincisi, sağlık ve güvenlik için hızla alınması gereken önlemler ve ikincisi, söz konusu önlemlerin temel hak ve özgürlükler alanında iktidara verdiği müdahale imkânı ve bu gücün tadına bakan iktidarın tekrar nasıl ehlileştirileceğidir.

Örneğin Almanya'da salgının başlangıcından itibaren gerek federe devletler düzeyinde gerekse federal devlet düzeyinde önlemler alınırken yatay ve dikey güç paylaşımlarında çatışmalar ortaya çıkmıştır. Konu sivil haklara ve insan haklarına geldiğindeyse orantılılık sorunu sahnede yerini almıştır.<sup>104</sup>

- Öncelikle meşru bir amaç,
- bu meşru amaca ulaşmak için uygun tedbirler,
- daha az müdahaleci tedbirlerin seçilip seçilemeyeceği
- ve son olarak meşru amacın gerçekleştirilmesi ışığında temel hakların sınırlandırılması ne kadar gerekli sorularının yanıtları verilmelidir.

İnsan hayatı standartlarını göz önüne alan mahkemeler alınan önlemlerin orantılı olup olmadıkları konusunda tereddüde düşerken, hukuki değerlendirmelerden ziyade bilimsel değerlendirmeleri esas alarak mevcut duruma odaklanmışlardır. Oysa kriz dönemlerinde temel hakların düzenlenmesi konusunda Temel Yasa uluslararası insan hakları metinleriyle kıyaslandığında yetersiz kalmaktadır. Tüm eleştiriler sabit kalmak kaydıyla Almanya için alınması gereken önlemlerin yasa ve yönetmeliklerle gerçekleştirildiği değerlendirilmesi yapılabilir.<sup>105</sup> Böylelikle hukukun temel ilkelerine kriz anlarında dahi en azından şekli olarak uymak için

<sup>103</sup> Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 2005, s. 110, 111.

<sup>104</sup> Pierre Thielbörger/ Benedikt Behlert, *COVID-19 and the Basic Law: On the (Un)suitability of the German Constitutional 'Immune System'*, <http://www.icconnectblog.com/2020/03/covid-19-and-the-basic-law-on-the-unsuitability-of-the-german-constitutional-immune-system/> (erişim tarihi 23.10.2021).

<sup>105</sup> Söz konusu düzenlemeler için bkz.: <https://brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid19vonder-laender/>; <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier>; <https://dejure.org/corona-pandemie> (erişim tarihi 23.10.2021).

çaba gösterildiği kabul edilmelidir. Türkiye’de ise önlemlerin içerikleri ve yerin-delikleri bir yana sağlam bir hukuki dayanaktan yoksun oldukları görülmektedir. Örneğin, salgın önlemi olarak okulların kapatılması olağanüstü halı gerektirirken Milli Eğitim Bakanlığı tatilin bir hafta erken başlamasına (23 Mart 2020) ve sonrasında uzaktan eğitime geçilmesine karar vermiş, fakat bu karar Resmi Gazete’de yayınlanmamıştır. Benzer şekilde üniversitelerin uzaktan eğitime geçmesine Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Yüksek Öğretim Kurulu karar vermiştir, fakat Anayasanın üniversitenin özerkliğini düzenleyen hükmü karşısında bu yöntem de eleştiriye açıktır. Çok önemli bir kısıtlama olan sokağa çıkma yasağı, Hıfzıssıhha Kanununa ve İl İdaresi Kanununa dayanılarak alınmıştır, fakat söz konusu kanunlar bu önlemin alınmasına olanak tanıyan bir hüküm içermemektedir. Uygulamada İçişleri Bakanlığının yayınlamış olduğu genelge il hıfzıssıhha kurulları tarafından aynen kabul edilerek yurttaşların bir hakkı sınırlandırılmıştır. Söz konusu kararlar Resmi Gazetede yayınlanmamıştır.<sup>106</sup> İnsan hayatına ilişkin olarak getirilecek olan yasakların Anayasaya dayanması ve yaşam tarzına doğrudan bir müdahale olmaması modern hukukun en bilinen özelliğidir. Örneğin covid-19 salgını sırasında, alkollü içki satışına ilişkin getirilen yasağın kaynağı bir türlü gösterilememiş ve polis bu konuda dayanak olarak Cumhurbaşkanının basın açıklamasını göstermiştir. İlgili olay haberlere de yansımıştır.<sup>107</sup>

## SONUÇ

Hayat bir grup insan için tarihin her döneminde zor olmuştur. İnsan, sadece biyolojik olarak değil, psikolojik ve toplumsal olarak da var olabilmek için mücadele etmek zorundadır. Bunun gerçekleşmesi için, insanın kamusal ve özel alanındaki durumların düzenlenmesi, anlaşmazlıkların çözülmesi, bazı sınırlamaların getirilmesi ve insana eyleme imkânı verilmesi gerekmektedir ve bu görev hukuktur. Örneğin, hukuk sistemi sizin varlığınızı kabul ederse buna hak ve fiil ehliyeti tanır. Örneğin, kadın bedenine sahip, ama kendisini erkek olarak tanımlayan, erkek gibi hisseden bir kişiyi hukuk sistemi erkek olarak tanımlamadığı sürece o kişi bir kadınla (şu an geçerli olan mevzuata göre) evlenemeyecektir. Her toplumda kurallara uymayanlar, daha fazlasını isteyenler, yolsuzluk yapanlar olacaktır. En basit tanımıyla bu ihlallere verilecek tepkinin şahsi intikam hissinden doğan bir tür ceza şeklinde olmaması gereklidir. Ceza, devlet tarafından hukuk aracılığıyla suçla mücadele için verilmiş olmalıdır.<sup>108</sup> Eğer hukuk tüm bu görevleri yerine getirmede başarısız olursa toplumda şikayetler, eleştiriler, talepler yükselmeye başlar. Bir bahçe hortumunun ucu tikanırsa

<sup>106</sup> Serdar Ünver, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-risks-and-the-rule-of-law-turkey/>

<sup>107</sup> <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/marketlere-alkol-yasagi-baskinlari-polis-ve-zabita-ekipleri-ceza-yazmaya-basladi-1832389> (erişim tarihi 20.10.2021).

<sup>108</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Hayat Hukuk ve Cemiyet*, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, 1944, s. 145.

akmakta olan su kendine yeni bir yol bulur; ya hortum musluktan çıkar, su özgürce akar ya da hortumda delik oluşur su kendine akacak yol bulur. Hukukun alternatifi toplumda aranmaya başlandığında aslında bu bir çözümlenin de habercisidir. Hukuk yapmaya yetkili yasa koyucunun ya iradesini halk gerçek anlamda bağlayıcı kabul etmemektedir ya da yasa koyucunun koymuş olduğu kuralların getirdiği çözümlerden memnun değildir. Hukuk sistemimizle ilgili olarak dile getirilen rahatsızlıklar mevcuttur. Bu rahatsızlıklar ve çözüm önerileri bu çalışmanın doğrudan konusu değildir. Dile getirilen eleştirilerin ciddi bir kısmını, (temel noktalarını genelleyerek) Batı Hukuku transferi hatalıdır ve diğer bir kısmını da hukuki pozitivizm bu sorunlara sebep olmaktadır şeklinde iki gruba ayırmak mümkündür.

Türk Hukuk Devrimine yöneltilen eleştiriler gerekçelendirilmeye çalışılırken sıklıkla referans edilen düşünür Friedrich Carl von Savigny'dir. Kısaca bir özet yapmak gerekirse: Savigny, aklın geleneğin önüne geçirilmesine karşıdır. Akla çok fazla önem atfedilmesi ona göre yanlıştır. Onun kuramı tarihsel perspektif üzerinden hukuka bakar. Akıl, toplumsal değişime öncülük etme vazifesi üstlenemez, asıl yaptığı ortaya çıkan değişimi yansıtmaktır. Tarihçi Hukuk Okulu'na göre hukuk, bir ulusun bütün bir geçmişinde mündemiçtir ve keyfince değiştirilemez. Hukukun nihai kaynağı halktır ve burada keyfi yasamaya hiçbir şekilde yer yoktur. Dil gibi, görenekler gibi hukuk da daha sonra volkgeist (halk ruhu) olarak anılan ulusal bir karakter tarafından belirlenmiştir ve nasıl ki dilin halktan ayrı bir varlığı yoksa hukukun da ayrı bir varlığı olamaz. Ulusun yaşamının bir fonksiyonu veya görünümüdür. Hukuk, önceleri halkta mündemiçken modernleşmeyle beraber hukukçular sınıfı ortaya çıkmış ve hukuk yapımı hukukçularca yerine getirilen bir işlev olmuştur. Organik ve sosyal yaşam ile hukuk arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Buradan da hukuk araştırması, sosyal yaşamın tarihsel bir araştırması ile mümkün olur sonucuna varılmaktadır. Savigny'ye göre hukuk, en özgün şekliyle halk ruhundan çıkar. Aynı dil gibi halkın içerisinde sessizce yaşamaya, işlemeye devam eder. Toplum değiştikçe, geliştikçe hukuk öğrenimi görmüş kişiler tarafından uygulanmaya başlar ve nihayetinde düzenli uygulanmasıyla zaman içinde organik bir hal alır. Diğer bir ifadeyle, Savigny, hukukun, resmi tarihin uzandığı en eski dönemlerde aynı dil, alışkanlıklar veya karakter gibi halka özgü sabit bir niteliğe kavuştuğunu ileri sürer. Daha öncede belirtildiği gibi onun için dil, alışkanlıklar ve hukuk ait olduğu halkın birlik oluşturan ayrılmaz özellikleridir. Bunlar içerisinde hukuk, topluluğun ortak, doğal bir içgüdüğü gibidir. Savigny'nin yaklaşımı hukuku bir gelişim, bir tür evrim çerçevesinde ele almaktır. Bu nedenle tarihsel bir perspektiften toplumsal gelişme ve ilerleme temelli bir hukuk anlayışını savunmaktadır. Bu da esasında hukuk anlayışının sosyolojik yönü<sup>109</sup> olduğu anlamına da gelmektedir. Savigny, hukukun doğal bir şe-

<sup>109</sup> Ali Acar, Savigny'nin Durkheim'i öncülediği iddiasındadır. Ali Acar, 'Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı', Erciyes Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, s. 65-88.



kilde evrimleşmesi gerektiğini savunur, bu nedenle yasa koyucunun iradesi ile bir kanun yapılması fikrine iki sebeple karşı çıkar: Birincisi, Savigny'ye göre içinde yaşadıkları dönem bir kanun hazırlanması açısından yetersizdir. Yetersizdir, çünkü gerekli tarihsel çalışma yapılmamış, hukuk dili gelişmemiştir ve hukukçular bir kanun hazırlayabilecek bir kapasiteye sahip değildirler. Eğer gerekli hazırlık yapılmadan kanun çıkarılacak olursa, bu yararlı olmak bir yana topluma zarar verecek ve bazı yanlışların hukuk içerisinde muhafaza edilmesine yol açacaktır. İkinci gerekçesi, daha evvel hazırlanmış olan kanunlar (Napolyon, Prusya ve Avusturya medeni kanunları) kanun hazırlama fikrinin başarısızlığını ortaya koymaktadır. Das Recht des Besitzes (The Law of Possession/ Zilyetlik Hukuku)'te Savigny, commentatorların (yorumcuların) ve Alman hukuk uygulamasının ortaya çıkardığı ilaveleri temizleyerek Roma hukukunu özgün kaynakları ile ortaya koymaya çalışmıştır. Zaten tarihsel yaklaşım, *Roma hukukunun yorumcularının değil, esas metinlerinin temel alınmasını savunmaktadır*.<sup>110</sup>

Tarihçi hukuk okulunun kanaatimizce bize örnek olması gereken yönü yanlış bir şekilde ifade edilen kodifikasyona karşı olduğu iddiası değil; Almanya'da Roma hukukunun yeniden dirilişini sağlaması ve Alman Medeni Kanun'u üzerinde etkili olmasıdır. Bütünü kavranmadan amaca uygun alıntıyla hukuk devriminin niçin yanlış olduğunun ispatında kodifikasyona karşı bir Savingy kullanmak aslında amaca da hizmet etmemektedir, çünkü Savingy kendi döneminde Almanya'da hazırlık yapılmadan yapılacak bir kodifikasyona karşı çıksa da asıl vurgusu, hukuk bilimi çalışmalarının yapılması gerektiğidir. Tarihsel bir yöntem sunar: Roma hukukuna yapılan eklerin, yorumların tamamen çıkarılması ve klasik metne ulaşılması. 19. yy boyunca Alman hukukçular, tarihsel gerçeklik ile mantıksal düzeni bağdaştırmaya çalıştılar. Savingy, bu bağdaştırmayı, hukuku organik bir kültür ürünü temelinde bireysel özgürlüğün korunmasına hizmet eden bir olgu olarak değerlendirerek başarır. Onun için tarihsel yöntem -geçmişin incelenmesi yalnızca bir araçtır-, *tek başına geçmişin yüceltilmesi değil, bugünün pozitif hukuk ilkelerinin bu geçmiş içerisinde çıkarılmasıdır*. Fakat pozitif hukuk da tarihsel gelişimin bir sonucu olduğundan, söz konusu ilkeler hukukun tarihsel boyutundan çıkarılacaktır. Bu döngü aslında hukuk tarihi değil *tarihsel hukuk bilimidir*. Günümüz hukuku oldukça kurgusal ve karmaşıktır ve artık iki boyutludur. İlk boyut, daha önce belirtildiği gibi bir bütünlük olarak toplumun parçasıdır, bu özellik hep olacaktır; ikinci boyut yeni olandır, artık hukuk, hukukçulara ait ayrı bir bilgi alanıdır.<sup>111</sup> Örneklerle daha net ifade etmek mümkün olabilir: Evlilik, mülkiyet gibi belli basit kavramların tarihsel karşılıklarını bulmak kolay olsa da modern hukukun ihtiyaç duyduğu diğer kavramları hukukun tarihsel boyutundan

<sup>110</sup> Kasım Akbaş, 'Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği', İÜHFİM, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 59-61.

<sup>111</sup> Akbaş, s. 63.

çıkarmak kolay olmayacaktır. Ama hiç ummadığımız bir şey daha vardır: Evlilik, mülkiyet gibi kavramlar dahi günümüz koşullarında tarih içerisindeki boyutlarıyla ele alınamazlar. Daha açık ifade etmek gerekirse “evlilik, sadece kadın ve erkek” arasında yapılan bir akit olarak mı kabul edilecek? “Hak sahibi sadece insan mı olacak?” “Spotify çalma listesi miras bırakılabilecek mi?” “Çalma listeleri üzerindeki hakkım mülkiyet mi, abonelik sözleşmesinden doğan bir hak mı?” Öte yandan “Offshore yönetimi; bitcoin, kripto para; internet üzerinden satış ... vb.” gibi yeni kavramların tarihsel karşılıkları yoktur. Doğal olarak halk ruhundan çıkıp gelmeleri de beklenmeyecektir. Benzer şekilde, Faizsiz Bankacılık İlke ve Standartlarına Uyuma İlişkin Tebliğ 14.09.2019 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Halk ruhundan çıkıp geldiği sonucuna varılabilir mi? Bu aslında açıkça bir kodifikasyon faaliyeti değil midir?

*Savingy'nin kodifikasyondan önce yapılması gerektiğini belirttiği hukuk bilimi çalışmaları hukuk tarihimiz açısından kısaca şu şekilde özetlenebilir:* Osmanlı Devleti’nde Tanzimat’a kadar hem özel hukukta hem de ceza hukukunda fıkıh usulü uygulanmaktaydı. Temel bir ayırım olarak, “Münakahat ve Mufarakat, Aile Hukuku; Muamelat, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku; Feraiz, Miras Hukuku; Ukubat, Ceza Hukuku ve bugün borçlar hukuku içinde yer alan haksız fiilleri kapsamaktaydı. Kadılar, kendi uzmanlık alanları dışında kalan konularda fıkıh üzerine uzman olan kişilerden fetva alırlardı. Bu fetvalar bağlayıcı değildi, bağlayıcı fetvayı sadece şeyhülislam verebilirdi. Hicri 3. yy’a yüzyıla kadar on binlerce içtihat yapılmıştır. Çünkü temel anlayış: Allah karşısında herkes eşittir, mutlak doğru yalnızca Allah tarafından bilinebilir, herkes ama herkes -en bilgili insan dahi- hata yapabilir, o halde fikhî bilen Müslümanların içtihat yapmasının önünde bir engel yoktur. Kadıların vermiş oldukları kararlar kesindi, yani bugünkü gibi bir üst makam tarafından denetlenmezdi, aynı konuda çözüm için farklı kadılar farklı içtihatlar belirleyebilirdi. Her düzgün içtihat geçerli olduğu için ve “İçtihat içtihatla nakzedilemez.” kuralı geçerli olduğu için kodifiye edilmesi neredeyse imkânsız bir hukuk sistemi ile karşı karşıya kalınmıştır. Fakat öte yandan bu, canlı, hayata uyum sağlayan bir sistemdir. Ahmet Mumcu, eğer “Nakz” yasağı konulmasaydı ve içtihat kapısı kapatılmasaydı İslam Hukuku Roma Hukuku’nu aşabilecek bir gelişme içine girebilirdi demektedir. Bir diğer unsur, modern anlamda bir idare hukukundan söz edilemese de, padişahlar fıkıhta yönetime ilişkin az hüküm bulunmasından yararlanarak “İslam topluluğunun iyiliği için” kurallar koymuşlar, kanunnameler çıkarmışlardır ve örfi hukukun oluşmasını sağlamışlardır. Ne yazık ki Mumcu örfi hukukun canlılığını 17. yy başlarına kadar sürdürdüğünü ve sonrasında İslam Hukukunun kendisi gibi örfi hukukun da donup kaldığını ve eski kararlarla yetinildiğini belirtmektedir. İslam Hukuku kuralları Müslümanlar için geçerliyken, tebaanın diğer üyeleri için kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukuku bakımından kendi hükümleri geçerli olmuş kendi ruhani cemaat liderleri tarafından yönlendirilmişlerdir. Hukuk alanındaki bir diğer deği-

şim ise, lise eğitiminden dahi aşına olduğumuz, Osmanlı'nın son dönemlerindeki kapitülasyonlarla ayrıcalık kazanan yabancılara hukuk alanında konsolosluklara başvurma haklarının da tanınmasıdır. Görüldüğü üzere hukuk alanındaki tüm bu karmaşanın çözülmesi ve ulus devlete en azından o vakitler için ilk hedef olan siyasi birliğe gidebilmek için hukuk birliğinin sağlanması bir zorunluluktur. Söz konusu dönemde öncülüğü Fransa yapmıştır. Fransa, merkezi devletin otoritesini arttırmak için hukuk birliğine yönelmiş, yurttaşların hepsine aynı hukukun uygulanması amacıyla büyük kodifikasyonlar gerçekleştirmiştir. Avrupa'da çoğunluk bu değişime uyarken, Savingy'nin Almanya'sı Germen ve Roma hukukları arasında sıkışıp kalmıştır. Siyasal birliğini sağladıktan sonra da ilk işi hukukta birliğini sağlamak olmuştur.<sup>112</sup>

Osmanlı'da ise Tanzimat'tan itibaren, hukukla ilgili atılan adımlar maalesef karmaşayı daha da arttırmıştır, çünkü çok hukuklu bir sürece girilmiştir. “*Memleketin içtimai ve siyasi durumundaki bozukluğun gerçek sebebi olarak şeriatın hükümlerinden uzaklaşma ileri sürülmüş: Hatt-ı Hümayûnlarda memlekette yapılmak istenen ıslahatın eski nizama dönmeyi temin amacıyla yapıldığının gösterilmesine çalışılmıştır.*”<sup>113</sup> Bunun doğal sonucu olarak da kaynaklarını batı Devletlerinin hukuki mevzuatında bulan çeşitli kanunlar kabul edilse de, temellerini batıdan alan laik yeni bir hukuki düzen ithal edilse de İslami esaslardan uzaklaşmadığı için, şeriat kanunlarına uyma yeni ithal edilen hukuki düzenin yaşamak zorunda olduğu zorunlu ortam olarak belirlendiği için elbette beklenen sonuçlar alınamamıştır. Örneğin, Hicri 1274 tarihli Arazi Kanunu ve 1285 Mecelle-i Ahkam-ı Adliye şer’i esaslar dahilinde hazırlanmışlardır. Adli teşkilat bakımından da durum aynıdır, burada da devletin teokratik niteliğinin etkisi devam etmektedir. Her ne kadar batı memleketlerinin hukuki mevzuatından ilham alınarak yapılmış veya onlar temel alınarak meydana getirilmiş nizamiye mahkemeleri kurulmuş olsa da bunların yanında şer’iye mahkemeleri de varlığını devam ettirmiştir. Devletin hukuki teşkilatına ilişkin bu durum ilginç bir sonuç doğurmuştur. Bir tarafta dini hukuk düzeni ve şer’i mahkemeler, öte tarafta batı devletlerinden ilhamla oluşturulan laik hukuki mevzuat ve bununla ilgili nizami mahkemeler olmak üzere hem mevzuat hem teşkilat bakımından bir ikilik kendisini göstermiştir ve birbiriyle çelişen iki kurum aynı anda yaşamaya çalışmıştır.<sup>114</sup> Sultan Abdülaziz döneminde, Ahmet Cevdet Paşa'nın liderliğinde oluşturulan heyet “*Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye*”yi hazırlayarak İslam Medeni Kanunu’nu oluşturmuştur. Bu süreçte Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Ali Paşa, Napoleon'un Code Civile’ini

<sup>112</sup> Ahmet Mumcu, ‘Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, Yıl: 1995, s. 542-543.

<sup>113</sup> Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 94-95.

<sup>114</sup> Okandan, 95-96.

Fransa'dan almak istemiştir,<sup>115</sup> fakat bu talebinde başarılı olamamıştır. Böylece şeriatın Medeni Kanun'u, Mecelle adıyla somutlaşmıştır. Mecelle'nin kalıp ve ilkeleri, Hanefi fihmindan çıkarılan yükümlülük, medeni usul kuralları ve sözleşmelerdir. Aslında tam anlamıyla bir medeni kanun değildir, çünkü *Şeriatın alanı* olarak görülen aile, evlilik ve miras hükümlerini kapsamaz.<sup>116</sup>

Özetle gerçek bir tercih yapılmaktan kaçınılmıştır: ya radikal ve cesur bir kararlar gerçek bir kodifikasyon yapılacaktı ya da din temelli hukuk anlayışında revizyona gidilecekti. Avrupa dünyevi hukukun üstünlüğünü kabul ederken, Hobbes'un Sosyal Sözleşme teorisi ile iktidarın kaynağı dünyevileştirilirken Osmanlı Devleti tercihini dini meşruiyet kaynaklarını korumaktan yana kullanmıştır.<sup>117</sup>

Tanzimatçılar mülki idarede, ticarete ve yargıda batı devletlerinden alınmış kanunları uygulamakta bir sakınca görmemekteydiler. Buna karşılık Halil İnalçık, Namık Kemal, Ziya Paşa ve Suavi Efendi gibi vatançı-milietçi-gelenekçiler olarak adlandırılan bir grup düşünürün bu durumu Frenkleşme ve dahası gayrimüslim tebaa lehinde Türk Müslüman egemenliğini baltalamak olarak değerlendirdiğini ifade etmektedir.<sup>118</sup> Bu çatışma, topluma şekil vermek için hukukun kullanılması yaygın anlayışının bir örneğidir. Bentham'ın İngiliz Hukuk Sistemi için talep ettiği de benzerdir, fakat farklı olarak Bentham mevcut sistemin tamamen kaldırılıp yerine yeni bir sistem inşa edilmesi gerektiğini söylemektedir. Türk Hukuk Devrimi ile yapılmış olan budur. Zira eski sistemin yerine yeni ve farklı bir sistem kurmuştur.

Doğruyu ve iyiyi belirleyip, bu belirlenim doğrultusunda insanları, “doğru insan”, “iyi insan”, “inançlı insan” vb. yapmak ve dolayısıyla belirlenmiş doğru, iyi, inançlı vb. ekseninde bir toplum oluşturmak için hukuku kullanmak, kalp şeklindeki kalıplarda çilek, kare şeklindeki kalıplarda elma yetiştirmektir. Çünkü pozitif hukukun ister doğal hukukçu düşünürlerce isterse hukuki pozitivistlerce taşınması gerektiğine inanılan özellikler, temel ilkeler vardır. Oysa bizim hukuk uygulamamızın bağlı olduğu ilkeler yoktur. Örneğin, rahatsız olunan yürürlükteki bir uygulamayı “Biz de rahatsızız ama kanun böyle.”, “Bu şekilde karar vermezsek Yargıtay bozar, o da terfimizi engeller.” diyerek uygulamak yerine; gerekçelendirme yöntemlerini kullanarak gerekçesini yazıp mevcut hükmü eleştiren ve dahi bu eleştirisinde ısrarcı olan bir uygulayıcı sistem içinde nesnelikten

<sup>115</sup> Halil İnalçık, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s. 145.

<sup>116</sup> Dora Glidewell Nadolski, ‘*Ottoman and Secular Civil Law*’, International Journal of Middle East Studies, Cilt: 8, Sayı: 4, Yıl: 1977, s. 523.

<sup>117</sup> Türk Hukuk Devrimi'nin tarihsel gelişimi bu makalenin sınırları dışında yer aldığı için sadece bağlamla ilgili olan hususlara değinilmiştir.

<sup>118</sup> İnalçık, s. 145.

özneliğe terfi eden bir aktör olacaktır. İlkeleri, idealleri gerçekleştirmek için pragmatist olmak ile halihazırdaki bir gerçeği gerçekleştirmek için pragmatist olmak arasında çok büyük fark vardır.

The Nightmare Before Christmas (Noel Gecesi Kâbusu) adlı animasyonda Pumpkin King (Balkabağı Kral) Jack Skellington, Halloween Town'da (Cadılar Bayramı Kasabası) önemli bir figürdür. Yılbaşı'na özenir. Yılbaşı geleneklerini "yerelleştirerek" alır ve Halloween Town halkının yerel kültürüne uygun hale getirir. Sonuç tam anlamıyla bir karmaşadır. Jack'ın hatası, idealinin ne olduğunu belirleyip onu gerçekleştirmek için hareket etmek yerine, mevcut bir güzelliği alıp kendisinin yapmaya çalışması olmuştur. Üstelik bunu var olanlardan, sahip olduklarından diğer bir deyişle eskiden vazgeçmeden -bildiği konforlu alanı terketmeden- anlık çözüm üreterek yapmaya kalkışmıştır. Bu haliyle Osmanlı'nın son döneminde gerçekleştirilen hukuk değişiklikleriyle Jack'in durumu benzerlik göstermektedir. Bentham'ın önerdiği hukuk reformu, mevcut *hukukun kökünün yakılması ve yeni ve akli modele göre yeniden inşa edilmesi* şeklindedir. Cumhuriyetle birlikte yapılan da budur.

Şu an hukuk sistemimizde var olan sorunlar ne şeriatından uzak olunmasından ne de doğal hukukçu ya da hukuki pozitivist olunmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk uygulayıcılarının inandığı, kendilerini bağlı hissettiği bir hukukun üstünlüğü<sup>119</sup> anlayışının olmamasından kaynaklanmaktadır. Ceza ya da kural aracılığıyla insanlar yönlendirilmek istenmektedir. Hukuk, insan haklarına dayanan bir yönetimi, eşitliği, ayrımcılığın olmamasını, çok sesliliği, özgürlüğü gerçekleştirebilecek kendinde amaç olması gerekirken; ceza vermenin, kural koymanın aracı olmuş durumdadır. Dahası cezalar ve kurallar genel ilkeler üretmek yerine anlık çözümlere odaklanmaktadır. Tutuklu yargılama, bir istisna hali midir? Katalog suçlar kapsamında hâkim toplum tepkisini azaltmak için tutuklu yargılamaya karar veriyorsa buradaki ilke, kızgın kalabalığı sakinleştirmek ilkesi değil midir? İki örnekle konuyu açıklamaya çalışacağım: İlk örnek, imar konusunda geçerli mevzuat 3194, 3290, 3266 ve 2981 sayılı Kanunlardan ve ilgili yönetmeliklerden oluşmaktadır. İmara ilişkin bolca mevzuatımız olmasına rağmen yapılarımızda ve şehirlerimizde imara aykırı birçok husus vardır. Hatta devletin arınma gecesi<sup>120</sup> misali imara aykırı yapılaşma için belirli bir süre vermesi bile vakidir.<sup>121</sup> S.N.'nin yapmış olduğu inşaatlar için ceza kovuşturmasına tâbi tutulmasının görünürde haklı bir sebebi vardır. Ama bir hükmün yalnızca bir kişi için uygulanıyor olması, hukukun ceza için araçsallaştırılmasının örneği olarak gösterilebilir.

<sup>119</sup> Kanunlara bağlı olmak, hukukun üstünlüğüne bağlı olmanın bir parçası olmakla beraber hukukun üstünlüğü anlayışı daha geniş bir kapsama sahiptir.

<sup>120</sup> 2013 yapımı The Purge adlı filmin senaryosuna göre, bir gece boyunca işlenen hiçbir fiil suç olarak kabul edilmeyecektir. Film, Türkçe'ye Arınma Gecesi olarak çevrilmiştir.

<sup>121</sup> İmar Barışı adıyla bilinen İmar Kanuna ek 16. Madde.

Bir diğer örnek: Sosyal devlet sağlık hizmetlerini gerçekleştirmekle mükelleftir. Bu amaçla sağlık bakanlığı ve ilgili personeli ve bağlı hastaneleri vardır. Postmodern söylemlerin normal-anormal; sağlıklı-sağlıksız vatandaş eleştirilerini tamamen bir yana bırakarak, devletin amacının sağlıklı insanlar, sağlıklı vatandaşlar olduğunu söyleyebiliriz. 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ilk maddesi, “... ve *milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.*” diyerek amacını, görevini ortaya koymuştur. Bir vatandaş olarak okuduğumda, devletin beni muhatap alarak bana amacını anlattığını görmekteyim. Kanunların amacı açıklayan kısımları, vatandaşın ikna etmek ve farazi sözleşmeye farazi taraflığın dışında her bir vatandaşın ikna olmuş iradesini almak gayesindedir. Son günlerin önemli tartışması aşı konusunda nasıl bir yol izlenebilirdi? Bazı aşılar zorunlu hale mi getirilecek? Hangi aşılar? Niçin onlar? Aşıya göre aşılama yapılacak yaş gurupları hangileridir? Bu neden gerekli? Bir bütün halinde Sağlık Bakanlığının açıkladığı bir aşılama politikası var mı? Yapılmış, ilan edilmiş bir mevzuat var mı? Bir başka deyişle, devlet tarafından, vatandaşların ikna olmuş rızalarına yönelen bir talep var mı? Tüm bu soruların resmi bir yanıtı bulunmamaktadır. Yasal bir dayanak olmaksızın zorunlu hes kodu uygulamasıyla bir yerlere girişin engellenmesine tepki gösterilmemesi sadece korkan ve gerginlikten kaçınan insan itaati anlamına gelmektedir. Modern devletin bir anlamda alameti farikası olarak kabul edebileceğimiz, yasama organı aracılığıyla, her kararda veya her eylemde en azından görünürde dahi olsa vatandaşın rızasını alma zorunluluğu hukukun üstünlüğünden bahsedebilmenin de bir şartıdır. Böylece kendini kutlu soy ile açıklayan, bir kez bir şekilde elde edilmiş bir rızadan değil, her eyleminde halkın rızasını yeniden tesis etmek zorunda olan, halkı esas onay makamı yapan bir yönetimden bahsedilecektir. Bir örnekle bu durumu açıklamak gerekirse: Bugün milletvekillerine bu kadar ayrıcalık tanınması ve bu ayrıcalıkların bir grup vatandaşın garibine gitmemesi, bu kurumun vekil-asil ilişkisinden ziyade egemen yönetici-teba ilişkisi olarak kabul edilmesindedir.

Yazılı bir kurala bağlı olmak konusunda kafamız o kadar karışık ki, kural Hart’ın birincil kurallar dediği ilkel kabilelerde bile rastlanan kurallardan biri değilse, Austin’in belirli bir toplumun çoğunluğundan alışkanlık şeklinde itaat gören egemeninden gelmiyorsa, o kurallara kendimizi ne bağlı hissediyoruz ne de o kuralların Dworkin’in ifadesiyle “yurttaşların birleştirici yükümlülükleri” olduğunun farkına varıyoruz.<sup>122</sup> Bir toplumun üyeleri, yükümlülüklerinin toplumlarına özel olduğunu ve topluluklarının üyeleri arasında karşılıklı olarak akış

<sup>122</sup> Kamu binalarında Osmanlı armalarının kullanılmayacağına dair bir kanun hükmü olmasına rağmen İstanbul Üniversitesinin girişinde yer alan tarihi tuğra, üzerindeki TC ibaresi çıkarılarak tekrar görünür hale getirilmiştir. Açıkça yazılı bir kanunu, idare görmezden gelmektedir. İdarenin kendini bağlı hissetmediği yürürlükte olan bir kanun vardır!.



gösterdiğini ve bu ikisine ek olarak, herkesin yani toplumun refahı için eşit ilgiye dayanan yükümlülükler olduğunu kabul ederlerse, o topluluk basitten hakikiye geçiş yapar. Hakiki topluluklar yurttaşlar için bütünlük oluştururlar.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, s. 197, 198, 200.

## KAYNAKÇA

- ACAR**, Ali, ‘*Friedrich Karl Von Savigny’nin Hukuk Anlayışı*’, Erciyes Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006.
- AKBAŞ**, Kasım, ‘*Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği*’, İÜHFMD Cilt LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016.
- AKTAŞ**, Sururi, ‘*Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi*’, AÜ-EFD, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004.
- AKTAŞ**, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, XII Levha, Kasım 2011.
- ANAYURT**, Ömer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ATALAY**, İbrahim Orkun, ‘*Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme*’, EÜHFD, Cilt: XI, Sayı: 3-4, Yıl: 2007.
- AUSTİN**, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995.
- BERGER**, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, V. 43.
- BIX**, Brian, “Natural Law Theory”, Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell Publication, 2010.
- BIX**, H. Brian, ‘*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*’, (çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004.
- BOBBIO**, Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (translated by Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, 1993.
- CEVİZCİ**, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- CEYLAN**, Şule Şahin, *H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, 2014.
- CİCERO**, Marcus Tullius, *On the Republic and on the Laws*, (Translated by David Fott), Cornell University Press, 2014.
- COTTERRELL**, Roger, *Hukuk Biliminin Politikası - Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. Saim Üye), Pinhan Hukuk, 2018.
- ÇAKIR**, Buket, ‘*Belirsizlik ve Korkunun Yeni Düzenin Oluşmasına Katkısı*’, Istanbul Journal of Sociological Studies, Cilt: 36, Yıl: 2011.
- DWORKIN**, Ronald, *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- FULLER**, Lon L., ‘*A Rejoinder to Professor Nagel*’, Natural Law Forum 30, [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd\\_naturallaw\\_forum](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd_naturallaw_forum) (erişim tarihi 20.04.2021).
- FULLER**, Lon L., *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin Yayınları, 2016.
- GÖZLER**, Kemal, ‘*Alenî Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama mı?*’ <https://anayasa.gen.tr/alenilik.htm> (erişim tarihi 29.10.2021).
- GREEN**, Leslie / **ADAMS**, Thomas, ‘*Legal Positivism*’, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> (erişim tarihi 30.08.2021).

- GÜRKAN**, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.
- HART**, HLA., *Essays on Bentham Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 2001.
- HOBBS**, Thomas, *Leviathan*, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.
- İBA**, Şeref, ‘*Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları*’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2011.
- İNALCIK**, Halil, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016.
- KELSEN**, Hans, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016.
- KELSEN**, Hans, *The General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 2005.
- LANGBEIN**, John H., ‘*The Origins of Public Prosecution at Common Law*’, The American Journal of Legal History, Volume XVII, 1973. [https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_Origins\\_of\\_Public\\_Prosecution\\_at\\_Common\\_Law.pdf](https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Origins_of_Public_Prosecution_at_Common_Law.pdf) (erişim tarihi 22.08.2021).
- Legal History: Origins of the Public Trial*, Indiana Law Journal: Vol. 35, Iss. 2, Article 8, 1960 (İlgili derginin notlar bölümünde yer aldığı için yazarın adı belirtilmemiştir).
- LEGUIN**, Ursula K. *Mülksüzler*, (çev. Levent Mollamustafaoglu), Metis Yayınları, Ağustos 2020.
- MACCORMICK**, Neil, ‘*Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret*’, (çev. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 3, Yıl: 2015.
- MACCORMICK**, Neil, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.
- MCINERNY**, Ralph / **O’CALLAGHAN**, John, “Saint Thomas Aquinas”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/> (erişim tarihi 30.08.2021).
- METİN**, Sevtap, ‘*Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis*’, İÜHFM., Cilt: LXII, Sayı: 1-2, 2004.
- MUMCU**, Ahmet, ‘*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu*’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, Yıl: 1995.
- MURPHY**, Mark, “The Natural Law Tradition in Ethics”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2019 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/> (erişim tarihi 30.08.2021).
- NADOLSKI**, Dora Glidewell, ‘*Ottoman and Secular Civil Law*’, International Journal of Middle East Studies, Vol. 8, No. 4, Year 1977.
- OKANDAN**, Recai Galip, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, Birinci Kitap, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998.

- ROBERTS**, Simon, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, (çev. A. Erkan Koca), Birleşik Yayınevi, 2017.
- ROSS**, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959.
- RUBIN**, Shirley Letwin, *John Locke: Liberalism and Natural Law Traditions of Liberalism*, By Knud Haakonssen, (ed.), Australia, 1988.
- SANCAK**, Yusuf / **KIYAK**, Emre, ‘*Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı Kitâbü’l Kazâ: Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme*’, SÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 2, 2014.
- SCRUTON**, Roger, *A Short History of Modern Philosophy From Descartes to Wittgenstein*, Routledge, Taylor and Francis, 2002.
- SHAPIRO**, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, [pub].
- SUPIOT**, Alain, *Homo Juridicus*, (çev. Bilge Açımız Ünal), Dost Kitabevi, Ankara, 2014.
- SURLU**, Aydan Ömür, *Hart’ın Tanıma Kuralı*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- TEZİÇ**, Erdoğan, ‘*Torba Kanun*’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı: 1, Yıl: 2015.
- THIELBÖRGER**, Pierre, “*COVID-19 and the Basic Law: On the (Un)suitability of the German Constitutional ‘Immune System’*”, <http://www.iconnectblog.com/2020/03/covid-19-and-the-basic-law-on-the-unsuitability-of-the-german-constitutional-immune-system/> (erişim tarihi 23.10.2021).
- UZUN**, Ertuğrul, ‘*İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin*’, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2003.
- ÜNVER**, Serdar, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-risks-and-the-rule-of-law-turkey/>
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, *Hayat Hukuk ve Cemiyet*, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, 1944.
- WACKS**, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma Süzgün Şahin, Serdar Ünver), Astana Yayınları, 2016.

### İnternet Kaynakları

- <https://ankara.adalet.gov.tr/iletisim> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://ankara.adalet.gov.tr/mahkemeler> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://ankarabam.adalet.gov.tr/baskanlar-kurulu> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid19vo-der-laender/> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://dejure.org/corona-pandemie> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34488540t/date.r=cour+de+cassation.langFR> (erişim tarihi 29.10.2021).

- <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20059986&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi 19.03.2021).
- <https://nordics.info/show/artikel/preview-ombudsman-1/#:~:text=The%20Nordic%20institution%20of%20the,Swedish%20origin%20meaning%20'representative> (erişim tarihi 19.03.2021).
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/409/> (erişim tarihi 21.02.2021).
- <https://www.britannica.com/topic/Draconian-laws> (erişim tarihi 03.05.2021).
- <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/marketlere-alkol-yasagi-baskinlari-polis-ve-zabita-ekipleri-ceza-yazmaya-basladi-1832389> (erişim tarihi 20.10.2021).
- <https://www.haberler.com/siyam-ikizlerinin-universite-hayali-gercek-oluyor-12323082-haberi/> (erişim tarihi 24.09.2021).
- [https://www.law.cornell.edu/wex/critical\\_legal\\_theory](https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory) (erişim tarihi 19.09.2021).
- [https://www.law.cornell.edu/wex/legal\\_formalism](https://www.law.cornell.edu/wex/legal_formalism) (erişim tarihi 19.09.2021).
- [https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab\\_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true) (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (erişim tarihi 20.09.2021).
- <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0065.xml> (erişim tarihi 20.03.2021).
- <https://www.posta.com.tr/son-dakika-hakim-oldugunu-soyleyen-kadindan-seytani-plan-savci-kocasini-bile-kandirmis-2353126> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.sabah.com.tr/galeri/yasam/siyam-ikizleri-universiteli-olmanin-mutlulugunu-yasiyor> (erişim tarihi 24.09.2021).
- <https://www.traviscountytexas.gov/courts/civil/district> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.traviscountytexas.gov/district-clerk/public-access> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/media/1452714/20210830-hate-crimes-updated.pdf> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/tjc/meetings-agendas/> (erişim tarihi 29.10.2021).