

ROBERT ALEXY'NİN DOĞRULUK ARGÜMANININ DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN*

Öz

Robert Alexy, doğal hukuk kuramının güncel temsilcilerinden biri olarak hukuk ile ahlak arasındaki bağlantılara işaret etmekte ve bunu esas olarak hukukun doğruluk iddiası üzerinden temellendirmektedir. Alexy'e göre doğruluk argümanı, iki argüman ile desteklenir. Bunlardan ilki adaletsizlik argümanı, ikincisi ise ilkeler argümanıdır. Adaletsizlik argümanına göre, aşırı adaletsiz yasalar, hukuk sistemindeki katılımcıların perspektifinden bakıldığında hukuki karakteri haiz değildir. İlkeler argümanına göre ise asgari gelişmişliğe sahip her hukuk sistemi çeşitli ilkeleri kapsar ve bu ilkeler doğru ahlaki temsil ettikleri iddiasındadırlar. Alexy'e göre işte bu unsurlar hukukun ikili doğasını gösterir. Hukuk, bir yandan olgusal bir gerçekliği ifade eder ki bu boyut hukuki pozitivistler tarafından ön plana çıkartılmıştır. Öte yandan hukuk ideal ahlaka işaret eden bir doğruluk iddiasını da taşır ki bu boyut da pozitivist olmayan kuramcılar tarafından vurgulanmış ve pozitivistler tarafından gözden kaçırılmıştır. Hukukun doğruluk iddiasının hukuki pozitivizm açısından sonuçları, bu iddianın kapsamı, müsebbibi ve kavramsal zorunluluğu Raz, Gardner, MacCormick gibi pozitivist düşünürler tarafından sorgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Robert Alexy • Doğal Hukuk • Doğruluk Argümanı • Adaletsizlik Argümanı • İlkeler Argümanı

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Turk-Alman University, Faculty of Law, Department of Philosophy of Law and Sociology, Istanbul, Turkey.

✉ arikan@tau.edu.tr • ORCID 0000-0002-4264-706X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ARIKAN, Engin, "Robert Alexy'nin Doğruluk Argümanının Değerlendirmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1303-1341.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE EVALUATION OF ROBERT ALEXY'S ARGUMENT FROM CORRECTNESS

Abstract

As one of the contemporary representatives of natural law theory, Robert Alexy points out the connections between law and morality and bases these connections mainly on the law's claim to correctness. According to Alexy, argument from correctness is supported by two arguments. The first is the argument from injustice, and the second is the argument from principles. According to the argument from injustice, extreme unjust laws do not have legal character from the perspective of the participants in the legal system. According to the argument from principles, every minimally developed legal system incorporates various principles and they claim to represent the correct morality. According to Alexy, these elements show the dual nature of law. Law, on the one hand, expresses a factual reality, which is emphasized by legal positivists. On the other hand, the law also carries a claim to correctness pointing to ideal morality, which is emphasized by non-positivist theorists and overlooked by positivists. The consequences of law's claim to correctness with regard to legal positivism, the scope, the author and the conceptual necessity of this claim have been questioned by positivist thinkers such as Raz, Gardner, MacCormick.

Key Words

Robert Alexy • Natural Law • Argument from Correctness • Argument From Injustice • Argument From Principles

I. GİRİŞ

Hukuki pozitivism-doğal hukuk tartışması hukuk felsefesinin odağında olmuştur. Bu tartışmada pozitivismın avantajı, doğrudan toplumsal olgulara atıfta bulunan bir yaklaşım ile doğal hukuka kıyasla daha yalın bir biçimde hukuku açıklayabilmesidir. Var olanlara dayalı açıklamalar, mevcudiyeti ve içeriği tartışmalı olan ahlaki öğelere dayalı açıklamalar ile karşılaştırıldığında daha sağlam bir zeminde gözükmektedir.

Hukuki pozitivismın bu avantajı tartışmayı sona erdirmemiş ve doğal hukuk kuramcılarını pes ettirememiştir. Robert Alexy, doğal hukuk geleneğinin güncel bir temsilcisi olarak hukuki pozitivismın yanlışlığını kanıtladığı iddiasındadır. Alexy, hukukun ahlaki doğruluk iddia-

sında olan bir toplumsal olgu teşkil ettiğini ve bu sebeple hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu öne sürer.

Bu çalışmanın amacı Robert Alexy'nin kuramını hukuki pozitivizme karşı getirdiği eleştiri özelinde sunmak ve bu eleştirinin gövdesini teşkil eden doğruluk argümanını güncel hukuk pozitivist yazındaki görüşleri de dikkate alınarak değerlendirmektir. Bunun için ilk başlıkta, Alexy'nin doğruluk argümanı ele alınacaktır. İkinci başlıkta; Joseph Raz, John Gardner ve Neil MacCormick'in hukukun doğruluk iddiasına ilişkin görüşleri incelenecektir. Sonuç bölümünde de bu açıklamalardan yararlanılarak Alexy'nin doğruluk argümanı değerlendirilecektir.

I. Robert Alexy'nin Doğruluk Argümanı

A. Tartışma Alanları

Alexy, hukuk kavramına ilişkin temel tartışmanın hukuk ile ahlak arasındaki ilişki olduğunu söyler. Bu tartışmada iki taraf vardır. Bunlardan ilki, hukuk kavramını açıklarken ayrılık tezi (*separation thesis*) doğrultusunda ahlaki öğeleri dışlayan hukuki pozitivizmdir. Alexy'e göre hukuki pozitivizm hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir kavramsal ilişki olduğunu reddeder. Hukuki pozitivizm açısından "var olan hukuk" ile "olması gereken hukuk" arasında veya hukukun emrettiği ile adaletin gerektirdiği arasında bir bağlantı yoktur.¹

Hukuki pozitivizm, hukukiliği iki unsur ile açıklar. Bunlardan ilki, sistemin hukuki geçerlilik şartlarına uygun şekilde oluşturulmuş olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken, söz konusu hukuk kuralının veya hukuki işlemin anayasanın ve diğer ilgili hükümlerin geçerlilik şartlarını taşıması, bu sistemin yetkilendirdiği kurum ve kişiler tarafından oluşturulmasıdır. İkincisi ise toplumsal etkililiktir. Bundan anlaşılması gereken de söz konusu hukuki kurala toplum tarafından genel itibarıyla uyul-

¹ ALEXY, Robert, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, İngilizce Çevirenler: Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson, Oxford, 2004, s. 3. Alexy'nin bu eserinin Almanca başlığı "*Begriff und Geltung des Rechts*"tir. Bunun Türkçe çevirisi "Hukuk Kavramı ve Hukukun Geçerliliği"dir. İngilizce çeviride ise eserin orijinal başlığına sadık kalınmamıştır ve "Adaletsizlik Argümanı: Hukuki Pozitivizme Bir Cevap" başlığı tercih edilmiştir. Bu çeviri eserin başlığına sadık olmadığı gibi Alexy'nin ana argümanını da temsil etmemektedir. Aşağıda ifade edileceği üzere Alexy'nin ve Radbruch'un adaletsizlik argümanı Alexy tarafından esas argümanı olan doğruluk argümanını desteklemek için kullanılmaktadır.

ması veya uyulmadığı hallerde sistemin kurumları tarafından yaptırımların uygulanmasıdır. Öte yandan hukukun içeriğinin doğru olmasına dair herhangi bir geçerlilik şartı bu kuram tarafından benimsenmez.²

Alexy, hukuk kavramına ilişkin tartışmanın diğer tarafında ise “pozitivist olmayan” yaklaşımların olduğunu belirtir. Bu yaklaşımlar ise hukuki geçerliliği açıklarken ayrılık tezi yerine bağlantı tezini (*connection thesis*) benimserler. Bağlantı tezine göre hukuk kavramı tanımlanırken ahlaki ögelere de başvurulması gerekir. Pozitivist olmayan yaklaşımlar, hukuk kavramını açıklarken pozitivist kuramların vurguladığı sistemsel geçerlilik şartlarını veya etkinlik ölçütlerini reddetmez. Pozitivist olmayan yaklaşımı pozitivist yaklaşımdan ayıran unsur, bu olgusal ölçütlerin yanında ahlaki öğeleri de hukuk kavramı anlayışlarına eklemeleridir.³

Alexy bu tartışmanın sadece teorik düzlemde olmadığını, bazı konularda pratik açıdan önem arz ettiğini ileri sürer. Hâkimler çoğu vaka da önlerindeki uyuşmazlığa uygun düşen yasaları herhangi bir hukuk kuramına başvurmaksızın uygular. Ancak istisnai hallerde hukukun ne olduğuna ilişkin teorik anlayışlar, söz konusu hükmün pratik düzlemde nasıl verileceğine etki eder.⁴

Bu istisnai hallerden ilki, adil olmayan yasaların mahkemeler tarafından uygulanması meselesidir. Alexy buna örnek olarak, II. Dünya Savaşı sırasında Almanya’dan yabancı ülkelere göç eden Musevilerin Alman vatandaşlığını sona erdiren 25 Kasım 1941 tarihli 11. kararnameyi gösterir. II. Dünya Savaşı sonrası Federal Almanya, bu şekilde vatandaşlıktan çıkartılan kişilerin başvuru yapmaları halinde onlara tekrar vatandaşlık verecek başka bir yasa çıkartmıştır. Öte yandan Almanya Federal Anayasa Mahkemesi bu yeni yasada belirtilen başvuruya gerek olmaksızın, 11. kararnameye ilişkin uyuşmazlıklarda kişilerin vatandaşlıktan hiç çıkmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre söz konusu 11. kararname adaletin temel ilkelerini ihlal ettiği için bir yasadan ziyade

² ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 3-4.

³ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 4.

⁴ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 5.

hukuksuzluk (Almanca: *Unrecht*) olarak nitelenmesi gerekir. Bu sebeple hâkimler bu hükümsüz yasayı uygulamamışlardır.⁵

Alexy'e göre bu akıl yürütme pozitivist *olmayan* bir yaklaşımdır. Öte yandan Alexy, mahkemenin bu sonuca adalete atıfta bulunmadan mevcut anayasada yer alan eşitlik hükümlerine başvurarak da ulaşabileceğini kabul eder. Bu çözümde mahkeme, adalet gibi yasal olmayan bir dayanaktan ziyade anayasa gibi yasal bir dayanaktan güç alabilirdi. Ancak Alexy'e göre bu çözüm ihtimali her durumda söz konusu olmayabilir. Örneğin açıkça adaletsiz "haydut" bir devletin adaletsiz yasalarını o yasalar o sisteme göre yasal olduğu bir dönemde uygulayan resmi devlet görevlilerinin bu rejim yıkıldıktan sonraki yargı süreçlerinde yaptıkları işlemlerden dolayı cezai sorumluluklarının olup olmadığı tartışmasında bu seçeneğe başvurulamaz. Çünkü bu işlemlerin yapıldığı dönemde eşitlikçi anayasal hükümler mevcut değildir. Bu kişilerin cezalandırılabilmesi için yaptıklarının dar anlamda yasal olsa dahi hukuki olmadığı gösterilmesi gerekir. İşte bunun için de söz konusu haydut devletlerin yasalarının hukuki olup olmadığı sorusuna bir cevap getirilmelidir.⁶

Hukuk kavramına ilişkin teorik tartışmaların pratik sonuçlarının olduğu ikinci istisnai hal ise hukukun yargı tarafından geliştirilmesi vakalarında ortaya çıkar. Eğer hukuk sadece yasalardan ibaret olarak tanımlanır ise o zaman yasanın lafzına aykırı kararları *contra legem* (düz anlamıyla, hukuka aykırı) kararlar olarak nitelenmek gerekir. Ancak eğer hukukun yazılı yasalardan ibaret olmadığı kabul edilirse bu çıkarıma varılmasına gerek kalmaz. Örneğin manevi tazminata hükmedilecek haksız fiil hallerinin kanunda tüketici olarak sayıldığı bir sistemde, uyuşmazlık konusunun kanunda sayılan hallerin dışında kalması halinde pozitivist bir anlayış, bu tip bir vakada manevi tazminata hükmedilemeyeceğini söyleyecektir. Öte yandan Alexy'e göre eğer yargının hem *yasayı* hem de *hukuku* (Almanca *Gesetz und Recht*) uygulamakla yükümlü olduğu kabul edilir ve hukukun sadece yasalardan ibaret olmadığı görüşü benimsenir ise başka ihtimaller de olası hale gelir. Alexy, Alman

⁵ ALEXY, Robert, "A Defence of Radbruch Formula", *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Editör: David Dyzenhaus, Oxford, 1999, ss. 18-19.

⁶ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 7.

Federal Anayasa Mahkemesinin bu görüşü benimseyerek, bir dergide uydurma bir röportajı yayınlanan bir kişinin kişilik haklarının ihlalini tespit eden ve manevi tazminata hükmeden Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararını onadığına işaret eder. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre Alman Federal Yüksek Mahkemesi, hukuka aykırı bir hüküm vermemiştir çünkü hukuk sadece yasalardan ibaret değildir.⁷

Alexy, yasaların içeriğinin belirsiz olduğu, tek bir sonucu net bir şekilde öngörmediği zor davalarda da pozitivist anlayış ile pozitivist olmayan anlayışın farklı sonuçlara varacağını belirtir. Pozitivist hukukçular, bu tip davalarda hâkimlerin kararlarını hukuk dışı öğelerin ve akıl yürütmelerin şekillendirdiğini iddia etmek durumundadır. Çünkü bu tip davalarda pozitivistlerin hukuk olarak kabul ettikleri tek öge olan yasalar, kararı kendi başlarına belirleyememektedir. Pozitivist olmayan yaklaşımlar ise bu tip davalarda da hâkimlerin hukuk ile bağlı olduklarını ve kararlarını yine hukuki kaynakların şekillendirdiğini savunabilir, her ne kadar bu kaynaklar yasalar olmasa da.⁸

B. Doğruluk Argümanı

Alexy, tartışma alanlarını ve kuramların pozisyonlarını belirttiikten sonra doğruluk argümanı temelli hukuki pozitivizm eleştirisine geçer. Yazar öncelikle doğruluk argümanında önem arz edecek olan ikili bir ayırmada bulunur: katılımcının perspektifi (*participant's perspective*) ve gözlemcinin perspektifi (*observer's perspective*). Katılımcının perspektifi, söz konusu hukuk sisteminde nelerin emredildiğine, yasalandığına, nelere izin verildiğine ve bunlar hakkında hüküm kurma yetkisinin verilme amacına dair *değerlendirmelere* katılanların bakış açısıdır. Bu, esas olarak hâkimlerin perspektifidir. Diğer hukukçular, avukatlar ve ilgili vatandaşlar bu konular hakkında görüş beyan ederken esasında hâkimlerin nasıl karar vermeleri gerektiğine ilişkin iddialarda bulunurlar. Gözlemcinin perspektifi ise söz konusu hukuk sistemindeki yasalarının ve işlemlerinin ahlaken doğru olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerden ziyade pratikte nasıl uygulandığı sorusuna eğilen kişinin pers-

⁷ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 8-9.

⁸ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 10.

pektifidir.⁹ Örneğin bir Ortadoğu ülkesine turistik bir gezi yapan bir kişinin söz konusu ülkedeki alkol yasaklarına ilişkin kurallara karşı bakış açısı gözlemci niteliktedir. Bu perspektife sahip biri, kuralların haklılığından ziyade kuralların hangi durumda nasıl netice vereceğine dikkat eder.

Alexy'e göre gözlemcinin bakış açısından yapılan önermeler söz konusu olduğunda pozitivist hukuk kuramı doğru tespitler sunmaktadır. Gerçekten de bir yasa, adil olsun veya olmasın, neticede belli bir sistemde uygulanıyor ise bu sistemde uygulanan kurallar hakkında bir rapor hazırlayan bir gözlemci açısından o yasa hukuktur. Örneğin Nazi Almanyası'nda uygulanagelen yasalara gözlemcinin perspektifinden yaklaşıldığında bunların yasa olduğuna dair bir itirazda bulunulamaz. Bu noktada Alexy, aşırı adaletsiz yasaların hukuk olmadığını ifade eden Radbruch formülünün gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerde geçersiz olduğunu teslim eder.¹⁰

Alexy, adil olmayan *tekil normların* gözlemcinin bakış açısından ele alındığında hukuk olduğunu kabul etse de, *hukuk sistemleri* açısından bir farklılık olduğunu öne sürer. Alexy'e göre iki tip toplumsal düzen, sistemsel geçerlilik ve etkililik şartlarını taşısa dahi hukuk olarak tanımlanamaz. Bunlardan ilki anlamsız (*senseless*) toplumsal düzenlerdir. Alexy anlamsız toplumsal düzenleri, ne yönetenlerin amaçlarının belli olduğu ne de yönetilenlerin bu amaç doğrultusunda hareket etmelerinin uzun vadede mümkün olduğu düzenler olarak ifade eder. Bir haydut grubunun bir grup insan üzerinde kurduğu hâkimiyet bu modelle temsil edilebilir. Bu tip bir toplumsal düzende insanların herhangi bir hakkı yoktur ve haydutlar arzu ettikleri gibi şiddet uygulayabilirler. İnsanlar da şiddete maruz kalmamak için haydutların dediklerini ellerinden geldikçe yerine getirmeye gayret ederler ancak buna rağmen bu emirler çelişkili, değişken ve yerine getirmesi imkânsız olduğundan bu çabalar

⁹ ALEXY, Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1989, s. 171.

¹⁰ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 27-31.

da nafîle olabilir. Alexy'e göre bu tip bir sistemin gözlemcinin perspektifinden kavramsal olarak hukuk olarak nitelenmesi mümkün değildir.¹¹

Alexy'nin ele aldığı ikinci toplumsal düzen tipine talancı (*predatory*) düzen der. Bu düzende haydutlar, kendilerini bir eşkıya çetesine dönüştürerek kendi aralarında belli bir hiyerarşi kurar ve şiddetin nasıl kullanılabileceğine dair belli kurallar getirir. Bu çetenin hâkimiyetindeki insanlar için de belli kurallar oluşturulur ancak bunun amacı onlara hizmet etmek değildir. Örneğin eşkıya çetesi insanların organlarını satarak gelir elde ettiği için bu insanların sigara, içki içmelerini ve kendi aralarındaki şiddeti yasaklayabilir. Eşkıya çetesi, bu düzendeki sömürücü konumunu saklamaya gayret etmez, her şey açıktır. Alexy, böyle bir sistemdeki tekil normların gözlemci bakış açısından hukuk olarak nitelenip nitelenmeyeceğinin tartışılabilir olduğunu ancak bu sistemin bir bütün olarak hukuk olarak tanımlanamayacağını ifade eder.¹²

Öte yandan Alexy, bu eşkıya çetesinin belli bir meşruluk iddiasında bulunması ve sistemin kurallarının yüksek bir amaca hizmet ettiğini ve bu kapsamdaki pratiklerin doğruluğunun savunması halinde bu tip bir sistemin hukuk olarak nitelenebileceğini söyler. Alexy bu toplumsal düzen tipine amirlik (*governor*) sistemi der. Bu noktada artık amirler, önceki sistemlerdeki haydutlardan farklı olarak yaptıklarının *doğru olduğu iddiasındadır*. Alexy böyle bir sistemde de bu iddiaların aslında doğru olmayabileceğini ancak en azından doğruluk iddiasının bulunmasının bir hukuk sisteminin varlığı açısından kavramsal bir gereklilik olduğunu savunur. Alexy'nin doğruluk argümanı olarak ifade ettiği, hukuku hukuk yapan zorunlu bu kavramsal öge, hukukun doğruluk iddiasında olmasıdır. Doğruluk iddiası, meşruluk ve dolayısıyla ahlakilik iddiasını taşır. Doğruluk iddiasının dahi olmadığı sistemler yukarıdaki anlamsız ve talancı sistemler olarak kalacağından bu sistemler gözlemcinin perspektifinden dahi hukuk olarak sınıflandırılmaz.¹³

Alexy pozitivist anlayışı gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerde sınıftan sonra bu sefer katılımcının perspektifinden ya-

¹¹ ALEXY, "On Necessary Relations Between Law and Morality", ss. 175-176.

¹² ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 33.

¹³ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 33-35.

pılan önermelerde pozitivizmin argümanlarının haklı olup olmadığına bakar. Alexy'nin hukuki pozitivizm eleştirisinin gövdesi bu perspektif üzerinde şekillenir. Alexy katılımcının perspektifinden yapılan önermelerde pozitivist hukuk anlayışının yetersiz olduğunu üç argüman ile temellendirir. Bunlar, doğruluk argümanı (*argument from correctness*) ve bu ana argümanı destekleyen adaletsizlik argümanı (*argument from injustice*) ile ilkeler argümanıdır (*argument from principles*).¹⁴

Doğruluk argümanının temeli olan doğruluk iddiasının bir "hukuk sistemi" açısından zorunlu bir unsur olduğu yukarıda gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerin değerlendirmesinde ifade edilmişti. Alexy, bu doğruluk iddiasının sadece hukuk sisteminin bütününde değil, hukukun tüm aşamalarında mevcut olduğunu öne sürer. Her yasa, her mahkeme kararı doğruluk iddiası taşır. Yazar, bu argümanını sınamak için iki örnek verir. Bunlardan ilki "X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir." şeklindeki kurgusal bir anayasa maddesidir. İkinci örnekte ise, bir mahkeme "sanık müebbet hapis cezasına çarptırmıştır ancak bu karar mevcut hukukun yanlış bir yorumudur" şeklinde bir hüküm kurar. Alexy, her iki örneğin de kavramsal bir çelişki barındırdığını ve hukuk olarak ifade edilemeyeceğini savunur. Bunun nedeni, gerek anayasa koyucunun gerekse de hâkimin doğruluk iddiasında bulunmaması veya buna ters düşmesidir. Hukuk doğruluk iddiasında bulunmadığı veya bu iddiaya ters düştüğü zaman kavramsal gerekliliklerini sağlayamaz. Doğruluk iddiası, ahlaki bir doğruluğu da ifade ettiği ve hukuk da kavramsal olarak doğruluk iddiasında bulunduğu için hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantı ortaya çıkar.¹⁵

Doğruluk iddiası, hem hukuki kaynaklara hem de adalete uygunluk açısından bir doğruluk iddiasını teşkil eder. Bu açıdan hukukçular ne sadece hukuki kaynaklara atıfta bulunup adaleti görmezden gelir ne de sadece adalete atıfta bulunup hukuki kaynakları öterler. Alexy'e göre hukuki kaynaklar adalete açıkça aykırı olmamaları kaydıyla ilk etapta (*prima facie*) öncelik sahibidir ve uygulanmaları yönünde bir ağırlık teşkil ederler. Öte yandan bu öncelik mutlak nitelikte değildir. Adalete aykırı-

¹⁴ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 35.

¹⁵ ALEXY, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, Cilt: 51, Sayı: 1, 1998, ss. 209-213.

rılık hukuk güvenliğinin ifade ettiği değerden daha fazla olduğu takdirde hukuki kaynakları genişletici ve hatta kimi hallerde onlara aykırı kararlar alınabilir.¹⁶

Bununla birlikte Alexy, doğruluk argümanının kendi başına hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin var olduğunu ifade eden bağlantı tezini kesin olarak kanıtlamadığını kabul eder. Hukuki pozitivist, doğruluk argümanını kabul etse de bağlantı tezini reddedebilir. İlk olarak, doğruluk iddiasının olmasına rağmen bu iddianın haklı olmadığı hallerde hukukiliğin ortadan kalkmadığı savunulabilir. İkinci olarak da, doğruluk iddiasının olmadığı veya geçersiz olduğu kısıtlı haller dışında bu argümanın bir öneminin olmadığı, bu sebeple de hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantı kurmaya yetmeyeceği ileri sürülebilir. Alexy bu olası itirazlardan ilkinde adaletsizlik argümanı ile, ikinci itiraza ise ilkeler argümanı ile karşılık verir.¹⁷

Adaletsizlik argümanına göre adaletten tamamen kopuk bir norm, bir hukuk normu olamaz. Alexy, bu argümanın tekil normlara ilişkin görünümünün Alman hukuk düşünürü Gustav Radbruch'un formülünde ifade edildiğini belirtir. Buna göre bir normdaki adaletsizlik kabul edilemez bir seviyeye ulaşır ise, artık o noktada söz konusu normun hukukiliği ortadan kalkar¹⁸. Aşırı adaletsiz bir yasa, hüküm kuran veya hüküm kuranlara yönelik önermelerde bulunan katılımcıların doğruluk iddialarını gerçekleştirmelerine imkân tanımayan bir yasadır. Eğer ki bir yasa etkililik ve usul şartlarını sağlamasına rağmen maddi adaletsizliği sebebiyle hukuki kimliğini kaybediyor ise bu durum hukuki pozitivistin geçerlilik şartlarının yetersiz olduğunu göstermektedir.¹⁹

Radbruch formülü hukuki pozitivist kuramcılar tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Alexy bu eleştirilere karşı Radbruch formülünü sekiz

¹⁶ ALEXY, Robert, "Legal Certainty and Correctness", Ratio Juris, Cilt: 28, Sayı: 4, 2015, ss. 449-450.

¹⁷ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 39.

¹⁸ RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" Süddeutsche Juristen-Zeitung, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 107-108; METİN, Sevtap & Altan HEPPER, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, ss. 75-99.

¹⁹ ALEXY, Robert, "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law, Editör: Luc J. Wintgens, Heidelberg, 1999, s. 34.

başlıkta değerlendirir. Bu başlıklar, dil, açıklık, etkililik, hukuk güvenliği, görelilik, demokrasi, lüzumsuzluk ve dürüstlüktür.²⁰

Dil açısından bakıldığında adaletsiz bir “yasanın” “hukuk olmadığı” sonucuna varmanın bir nevi anlam karmaşası yarattığı iddia edilebilir. Pekâlâ, yasalar hukuki olmalarına rağmen adaletsiz de olabilir. Alexy hukuka gözlemcinin perspektifinden bakıldığında bu eleştirinin makul olduğunu kabul eder. Gerçekten de hukuka sadece bu saikle bakıldığında adaletsiz bir yasanın hukuk olduğunu inkâr etmenin bir anlamı yoktur. Öte yandan Alexy’e göre katılımcının perspektifinden meseleye bakıldığında farklı bir resim ortaya çıkar. Örneğin adaletsiz bir yasaı uygulamamak için yeterli sebebi bulunan bir hâkim açısından söz konusu yasa her ne kadar ilk bakışta (*prima facie*) hukuk olsa da, adaletsizliğinden dolayı nihayetinde hukuki karakterini kaybedebilir. Hâkim böyle bir durumda söz konusu yasanın hukuk olmadığını ve bundan dolayı uygulanmayacağını ifade edebilir. Bu sebeple katılımcının perspektifinden bakıldığında adaletsiz yasaların hukuk olmadığı iddiası dilin kullanımına ilişkin kurallara aykırı değildir.²¹

Açıklık, Radbruch formülüne getirilen ikinci itiraz başlığıdır. H. L. A. Hart’ın öne sürdüğü bu eleştiriye göre, Radbruch formülü etik bir sorunu sanki hukuki imiş gibi çarpıtarak sunar. Hart’a göre bir yasa, itaat edilmeyecek veya uygulanmayacak kadar adaletsiz olabilir²². Bu itaat etmeme veya uygulamama kararı nihayetinde ahlaki bir akıl yürütme sonucunda verilecek ahlaki bir karardır. Radbruch formülü ise bu konuyu sanki hukuki bir problemmiş gibi göstermekte ve adil olmayan yasalar meselesini olması gerekenden daha karmaşık bir hale getirmektedir. Alexy ise bu eleştirinin haksız olduğunu çünkü Radbruch gibi pozitivist olmayanların adil olmayan yasalar meselesinin etik boyutunu reddetmediklerini belirtir. Öte yandan Radbruch formülü bu konunun hukuki bir karakteri olduğuna da işaret eder. Alexy, pozitivist olmayan kuramların açık olmadığına ilişkin itirazın oldukça şekli olduğunu, aynı karmaşıklık eleştirisinin pekâlâ pozitivist kuramlara da yönetilebilece-

²⁰ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 40-41.

²¹ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 41-42.

²² HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, s. 77.

ğini ifade eder. Bir kuramın doğru olup olmadığı onun maddi içeriği ile değerlendirilmelidir, sadece şekli olarak yalın veya basit olması ile değil.²³

Etkililik, Radbruch formülüne getirilen üçüncü sorgulamadır. Radbruch formülünün esas amacının, adaletsiz yasaların uygulanmasını engelleyerek “kanuni hukuksuzluk”ların önüne geçmek olduğu söylenebilir. Ancak bu eleştiriye göre Radbruch formülü amaçlarına ulaşma konusunda etkisiz kalır. Bunun temel sebebi, kavramların nasıl tanımlandığına ilişkin tercihlerin toplumsal gerçekleri değiştirme konusundaki yetersizliğidir. Nazi Almanyası’nda Radbruch formülü “hukuk felsefecileri” tarafından benimsenmiş olsaydı dahi siyasi iktidar bu felsefi duruşu ezecek enstrümanlara sahip idi. Nazi yasalarını uygulamayan hâkimler de Nazi hukukuna aykırı faaliyetlerinden dolayı hemen etkisiz hale getirilirdi. Bu eleştiri, Nazi iktidarını veya yasalarını desteklemekte ancak Radbruch formülü gibi felsefi bir yaklaşımın bu siyasi gücü durdurma noktasındaki etkisizliğine işaret etmektedir. Diğer yandan Radbruch formülünün etkisiz olduğu gibi bu amaca zarar verdiği dahi söylenebilir. Eğer hukukun ahlak ile zorunlu bir bağlantısı olduğu tezi kabul edilir ise, bu anlayış hukukçularda tüm yasaların hukuki olduğu kadar aynı zamanda ahlaki oldukları düşüncesini de doğurabilir. Bu yaklaşım da yasalara karşı eleştirel bir tutum geliştirilmesini zorlaştırabilir.²⁴

Alexy bu eleştiriye cevap verirken Radbruch formülünün “güçlü” bağlantı tezini savunmadığını belirtir. Radbruch formülü *her* gayriahlaki yasanın hukukiliğini kaybettiğini iddia etmez, sadece *aşırı* adaletsizlik hallerinde yasanın hukuk olmaktan çıktığını öne sürer. Bu bağlamda Radbruch formülü sadece “zayıf” bağlantı tezini kabul eder. Pekâlâ, birçok yasa hukuki olmasına rağmen gayriahlaki olabilir. Pozitivist olan ve pozitivist olmayan yaklaşımların, aşırı derecede adaletsiz olmayan yasalara karşı tutumu denktir. Bundan dolayı pozitivist olmayan yaklaşımın bu tip yasalara karşı eleştirel olmaması için bir sebep yoktur.²⁵

²³ ALEXY, “A Defence of Radbruch Formula”, s. 29.

²⁴ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 45-47.

²⁵ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 47-49.

Alexy, Radbruch formülünün adaletsiz yasalara olan eleştirelliği azaltmadığını ifade ettikten sonra aşırı adaletsiz olan yasalara karşı nasıl etkili bir enstrüman olduğunu açıklar. İlk etapta Alexy, Radbruch formülünün her rejimde sonuç vermeyeceğini kabul eder. Gücünü pekiştirmiş ve muhalefeti bastırmış bir haydut devlette Radbruch formülünün felsefeciler veya hukukçular tarafından benimsenmesinin muhtemelen bir etkisi olmaz. Bu yönde karar veren hâkimler hemen görevlerinden alınabilir ve sindirilebilirler. Öte yandan henüz gücünü pekiştirmemiş kötücül bir rejim bu misillemeleri yapacak imkânlarla sahip olmayabilir. İşte bu aşamada Radbruch formülü bir etki yaratabilir ve rejimin daha da kötüleşmesinin önüne geçebilir.²⁶ Radbruch formülü muhtemelen Nazi partisinin Alman devleti ile özdeş hale geldiği bir noktada etkisiz kalırdı ancak Nazi partisinin yükselişi döneminde eğer Radbruch formülü Alman hukukçular tarafından kabul görse idi belki de Naziler iktidarlarını koruyamayacak veya bu kadar arttıramayacaklardı.

Alexy, Radbruch formülünün bir diğer etki alanının haydut rejimler yıkıldıktan *sonra* ortaya çıktığını savunur. Radbruch formülü sayesinde haydut rejim döneminde yapılan işlemler sadece yasallık gerekçesi ile hukuki sayılamaz. Bu sebeple de dönemin resmi devlet görevlileri olan ve rejimin yıkılmasından sonra yaptıkları adaletsizliklerden dolayı yargılananlar “emirleri uyguluyordum”, “yasaları uyguluyordum” savunmaları ile bu suçlamaları bertaraf edemez. İşte bu cezalandırılabilme ihtimali haydut rejimlerdeki resmi devlet görevlileri açısından bir risk oluşturur ve yaptıkları adaletsizliklerden dolayı ileride cezalandırılacakları fikrini yerleştirir. Alexy'e göre bu caydırıcılık etkisi olumludur. Bu noktada söz konusu resmi devlet görevlilerinin cezalandırılabilmesi için haydut rejim dönemindeki yasaları ve hükümleri geçersiz ve suç haline getiren geriye etkili yasaların da kullanılabilmesi aklı gelebilir. Bu tip geriye etkili yasalar Radbruch formülüne başvurmadan da söz konusu kişileri cezalandırabilir ve caydırıcı bir etki yaratabilir. Alexy, bu ihtimali reddetmese de geriye etkili yasaların hukuk devleti açısından sorunlu olduğunu ve bu sebeple çıkartılmama olasılığının da bulundu-

²⁶ ALEXY, “A Defence of Radbruch Formula”, ss. 30-31.

ğunu belirtir. Kaldı ki sanıklar geriye etkili yasalarla yargılandıklarında her ne kadar suçlamaları tamamen bertaraf edemeseler de, neticede geçmişte geçerli bir yasaya göre işlemde buldukları için cezalarının hafifletilmesi yönünde bir savunma yapabilirler. Bundan dolayı sadece geriye etkili yasalara dayalı bir yaklaşımın etkisi görece daha az olacaktır.²⁷

Hukuk güvenliği itirazı, Radbruch formülü gibi pozitivist olmayan hukuk anlayışlarına karşı ileri sürülen dördüncü eleştiridir. Bu eleştiriye göre hâkimler Radbruch formülünü kullanarak öngörülemeyen kararlar verebilir ve vatandaşların mevcut yasalara olan güvenleri boşa çıkar. Alexy, bu eleştiriye karşı ilk olarak Radbruch formülüne göre sadece *aşırı* adaletsiz yasaların hukukiliğini kaybettiğini belirtir. Geri kalan yasalar hukuk niteliklerini kaybetmemektedir ve hâkimler tarafından uygulanmalıdır. Bu açıdan Radbruch formülü de hukuk güvenliğini gözden çıkartmaz. Ancak aşırı adaletsiz yasalar söz konusu olduğunda hukuk güvenliğinin değeri ile maddi adaletin değeri arasında bir denge gözetilmeli ve aşırı adaletsizlikler önlenmelidir. Kaldı ki bu tip yasaların adaletsizliği, aşırı olduğundan dolayı aynı zamanda aşikârdır. Bu sebeple bunların esasında geçersiz oldukları öngörülebilir. Alexy, bu gerekçelerden dolayı Radbruch formülü gibi pozitivist olmayan bir hukuk anlayışının hukuk güvenliğinden çok sınırlı bir ödün verdiğini ancak bunun karşılığında oldukça büyük adaletsizlikleri engellediğini ifade eder.²⁸

Görelilik itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen beşinci eleştiridir. Bu eleştiri, Radbruch formülündeki “aşırı adaletsizlik” kavramının farklı kişiler tarafından farklı anlaşılabilceğini ve pekâlâ farklı sonuçlar doğurabileceğini öne sürer. Örneğin bir hâkim Nazi yasalarını aşırı adaletsiz bulup bunların hukuki olmadığına hükmedip uygulamaktan imtina ederken, başka bir hâkim kendi ahlaki görüşüne göre bazı demokratik yasaları aşırı adaletsiz bulup bunların hukuki olmadığına hükmedip uygulamaktan imtina edebilir. Ahlaki görelilik düşüncesi, neyin adaletsiz olup olmadığını kişiden kişiye değiştiğini savunur.²⁹

²⁷ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 50-51.

²⁸ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 51-53.

²⁹ HOERSTER, Norbert, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus“, Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 39, Sayı: 1, 1986, s. 2482.

Alexy, bu eleştiri karşısında her pozitivist olmayan yaklaşımın nihayetinde belli bir ahlaki nesnelliği, dolayısıyla görelî olmayan bir yaklaşımı, kabul ettiğini söyler. Yazar, ahlaki meselelerin tartışmalı olabileceğini reddetmez ancak temel haklar konusunda makul bir konsensüsün mevcut olduğuna işaret eder. Bu bağlamda adil bir gelir vergisinin ne oranda olması gerektiği konusunda ahlaki görelilik makul olsa da, ırkçılığın kötü olup olmadığı sorusunda artık ahlaki nesnellik benimsenmelidir. Radbruch formülünün bazı hâkimler tarafından istismar edilmesi pek olası değildir çünkü medeni toplumlarda Nazi ahlakına başvurup demokratik yasaları aşırı adaletsizlik sebebiyle geçersiz kılacak hâkimlerin sayısı oldukça azdır. Öte yandan kimi haydut devletlerde bu formül ters yüz edilerek “Nazi ahlakına göre adaletsiz” nitelenen yasalar iptal edilse dahi burada zaten büyük bir kayıp yoktur çünkü bu tip devletlerde zaten esasında adil olan yasalar mahkemeler bunları iptal etse de etmese de uzun süre varlıklarını sürdüremezler.³⁰

Demokrasi itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen altıncı eleştiridir. Bu eleştiri, yasaların demokratik yöntemlerle seçilmiş yasama meclisi tarafından çıkartıldığını ve bunların yargı erki tarafından uygulanması gerektiğine işaret eder. Yargının bu yasaları adaletsiz bulması sebebiyle uygulamaması, demokratik ilkelere ve güçler ayrılığına aykırı olur. Alexy bu eleştiriye karşılık Radbruch formülünün sadece aşırı adaletsizlik söz konusu olduğunda yasaların hukukiliğini reddettiğini tekrar eder. Bu sebeple yasaların ağırlıklı çoğunluğunda bu sorun ortaya çıkmaz. Ancak temel hakları ihlal eden yasama işlemleri farklıdır. Bunların yargı tarafından iptal edilmesi demokratik anayasal devletlerde kabul edilen bir uygulamadır. Radbruch formülü işte bu çekirdek alanı korumaya yönelik makul bir enstrümandır. Temel hakların yargı erki tarafından korunması demokrasi ile çatışmaz; tam tersine, demokrasinin var olmasını sağlayan koşulları muhafaza eder.³¹

Lüzumsuzluk itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen yedinci eleştiridir. Bu eleştiri, Radbruch formülünün lüzumlu olmadığını, pekâlâ bu formül kullanılmadan da geriye etkili yasalar ile çeşitli adalet-

³⁰ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 53-55.

³¹ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 56.

sizliklerin çözülebileceğini ileri sürer. Örneğin Nazilerin yargılanması için Radbruch formülü yerine bu kişilerin faaliyetlerini suç haline getiren geriye etkili yasalar çıkartılabilir ve bu kişiler Radbruch formülü kullanılmaksızın cezalandırılabilir³². Alexy, bu alternatifin birçok açıdan sorunlu olduğunu söyler. İlk olarak, geriye etkili yasalar çıkartmak zordur. Pek çok devletin anayasasında “kanunsuz suç ve ceza olmaz” (*nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege*) ilkesi yer almaktadır. Bu anayasa maddelerinin değiştirilmesi için nitelikli yasama çoğunluklarının sağlanması ve anayasada öngörülen süreçlerin tamamlanması gerekir. Alexy, bu lüzumsuzluk itirazının daha çok ceza hukukunun dışındaki davalarda makul olabileceğini ancak bu alanda da başka sorunların baş göstereceğini belirtir. Yasama meclisleri herhangi bir anayasal kısıtlama olmamasına rağmen çeşitli sebeplerden dolayı bu geriye etkili yasaları çıkartmadığı takdirde mahkemeler bu mantığa göre mevcut yasaları uygulamalı ve adaletsizliğe göz yummalıdır. Hâkimlerin bu tip kararları almaları yasama meclisini bu yasaları çıkartmaya yöneltebilir. Ancak bu durumda da uyuşmazlığın tarafı olan vatandaşlar yasama faaliyetini provoke etmek için araç olarak kullanılmış olur. Bu tip yargı kararları oldukça tuhaf olacaktır çünkü bu kararların adaletsizliği aşikâr olduğu için doğruluk iddiasında olamazlar. Bu sebeplerden dolayı Alexy’e göre Radbruch formülü lüzumlu bir hukuk anlayışıdır. Çünkü ceza hukukunda bu formül olmaksızın geriye etkili yasaların çıkartılması pratik problemler doğurmakta, ceza hukukunun dışındaki davalarda da vatandaşların haklarının ve mahkemelerin doğruluk iddiasının zarar görmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır.³³

Dürüstlük itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen sekizinci eleştiridir. Buna göre hâkimler Radbruch formülünü uyguladıklarında aslında fiiliyatta yasaya dayanmaksızın ceza vermektedir. Örneğin Nazi yasalarına uygun faaliyetler adaletsizliklerinden ötürü cezalandırıldıklarında bu cezalar dönemin yasalarına dayalı verilmez. Bunu Radbruch formülü gibi karmaşık hukuk kavramları kullanarak çarpıtmaktansa dürüst bir şekilde yapılanın ifade edilmesi daha doğru olur. Mahkeme-

³² HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, s. 77.

³³ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 56-59.

ler bu tip davalarda yasalara bağlı kalıp adaletsizliğe göz yummak ile yasaların ötesine geçip adaletsizliği önlemek arasında kalırlar. İkinci ihtimalde de zorunlu olarak sanıklar hâkimlerin yarattığı geriye etkili yasalar ile yargılanmış olurlar. Bu ikilemi ve farklı çözüm seçeneklerini dürüst bir şekilde ortaya koyan bir hukuk anlayışı Radbruch formülünden daha doğrudur.³⁴ Alexy, bu eleştiriye cevap verirken öncelikle Radbruch formülünün zorunlu olarak cezalandırmayı gerektirmediğini ifade eder. Hâkimler bir taraftan geçmişte kanunlaştırılmış kimi aşırı adaletsiz yasaların hukukiliğini reddetse de, ceza davalarındaki sanıkların cezada kanunilik ilkesi doğrultusunda cezai sorumluluklarının olmadığına hükmedebilir. Öte yandan Alexy'e göre Radbruch formülü kanunilik ilkesi ile çatışmamaktadır. Radbruch formülünün içeriğinde olan aşırı adaletsizlikler zaten aşikâr olduğu için herkes bunların birer kötü olduğunu gözlemleyebilir. Burada hâkimler Radbruch formülünü uygulayarak verdikleri hükmün geriye etkili olmasını gizlemezler, zaten geçerlilik kazanmamış bir yasanın geçersizliğini tespit ederler.³⁵

Alexy itiraz ve eleştirilere getirdiği bu karşılıklarla Radbruch formülünün haklılığını gösterdiğini iddia eder. Her ne kadar aşırı adaletsizlik, hukuk sisteminin tamamının hukuki karakterini ortadan kaldırmasa da, tekil normların hukukiliğini kaybetmesine yol açmaktadır. Bu sebeple doğruluk iddiasında bulunmasına rağmen bu iddiayı hiçbir şekilde gerçekleştirmeyen normlar aşırı adaletsizlikleri sebebiyle katılımcıların perspektifinden hukuk olmaktan çıkarlar. Alexy'e göre işte bu adaletsizlik argümanı hukuk ile ahlak arasındaki bağlantı tezini desteklemektedir.³⁶

Alexy, adaletsizlik argümanının hukuk ile ahlak arasında bir bağlantı olduğunu gösterse de pozitivizmin bu bağlantının oldukça cüzi olduğunu iddia edebileceğini söyler. Gerçekten de adaletsizlik argümanı, ırkçı Nazi yasaları gibi aşırı adaletsiz yasalar açısından geçerlidir. Pozitivizm, geri kalan yasalar açısından böyle bir bağlantının olmadığına işaret ederek kendi hukuk anlayışının doğru olduğunu savunabilir.

³⁴ HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", ss. 76-77.

³⁵ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 59-61.

³⁶ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 62-68.

Alexy, aşırı adaletsiz yasaların dışındaki alan için ilkeler argümanına başvurur.³⁷

Alexy, *ilkeler argümanını* hukuki pozitivizmin de kabul ettiği bir tespitten başlatır. Bu da hukukun Hart'ın ifadesi ile açık dokulu (*open-textured*) olmasıdır. Pozitif yasalar her ne kadar belli vakaları hükme bağlasa da, tüm vakaların yasalar ile düzenlenmesinin imkânı yoktur. Söz konusu uyuşmazlığın yasalarda belirli bir hükmünün olmadığı vakalar belirsiz, zor vakalardır. Pozitivizme göre bu tip vakalarda hâkimler takdirlerini kullanarak bu uyuşmazlıkları kendileri hükme bağlarlar. Pozitivist anlayışta takdir, hukuk dışı veya hukukun ötesindeki öğelerin kullanılmasını ifade eder. Bu alanlarda hâkim hukuku uygulamaz, yeni hukuk yaratır.³⁸

Alexy'in savunduğu ilkeler argümanına göre ise hâkimler bu tip vakalarda arzu ettikleri gibi takdirde bulunamazlar, çeşitli ahlaki ilkeler ile hukuken bağlıdırlar. İşte bu da aşırı adaletsizliğin olmadığı hallerde dahi hukuk ile ahlak arasındaki bağlantıyı tesis eder. Alexy, Federal Anayasa Mahkemesinin ifadesini alıntılıyarak hukukun sadece yasalardan ibaret olmadığını savunur: "Hukuk yazılı yasalardan ibaret değildir. Devlet kurumlarının açık direktiflerine karşın bazı vakalarda *daha yukarıda olan* bir hukukun varlığından bahsedilebilir".³⁹

Alexy, kurallar ile ilkelerin farklı nitelikleri haiz olduğunu belirtir. Yazar kuralları "kesin emirler" olarak ifade eder. Belli koşullar gerçekleştiğinde bu kurallar kesin biçimde uygulanır. Kuralların uygulama biçimi altlamadır (*subsumption*). Öte yandan ilkeler "optimize edici" emirlerdir. İlkeler vakalara doğrudan uygulanmaz; vakaya uyduğu kadarıyla, mümkün olduğunca uygulanır⁴⁰. Bir vakaya birden fazla ilke uygun düşebilir. Bu durumda ilkelerin birbirleri ile yarışması söz konu-

³⁷ HEPER, Altan, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 12, Editör: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 2005, ss. 71-72.

³⁸ HEPER, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", ss. 72-73.

³⁹ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 69-70.

⁴⁰ ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, Cilt: 13, Sayı: 3, 2000, ss. 295-298.

su olur. Bunların değerlendirilmesi ve dengelenmesi gerekir. Bu sebeple ilkelerin uygulama biçimi kurallarda olduğu gibi altlama değil, dengelemedir (*balancing*). Hâkimler hükümlerini kurarken yarışan ilkelerin temsil ettiği değerleri dengeleyecek bir nokta bulmalıdırlar.⁴¹ Örneğin ifade özgürlüğü ile ulusal güvenlik ilkelerinin ele alındığı bir davada hâkimler belli bir ilkeye öncelik verilmesi halinde diğerinin çok zarar görmesi halinde ikinci ilkeye ağırlık vererek bir denge noktasını sağlamaya çalışmalıdır⁴². Alexy, ilkelerin hukuktaki varlığının hukuk ile ahlak arasındaki bağlantıyı üç boyutta ortaya çıkardığını söyler. Bunları üç tez ile ifade eder: kapsama tezi (*incorporation thesis*), ahlakilik tezi (*morality thesis*) ve doğruluk tezi (*correctness thesis*).⁴³

Kapsama tezi, asgari ölçüde gelişmiş her hukuk sisteminde ilkelerin olduğunu öne sürer. Örneğin Alman hukuk sisteminde, anayasada sayılan hukuk devleti, demokrasi, insan haysiyeti, özgürlük, eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri mevcuttur. Alexy, pozitivismizin bu teze karşı sadece bu ilkeleri kabul eden sistemlerde ahlakın hukukun bir parçası haline geldiği karşılığını verebileceğini söyler. Örneğin Alman hukuk sisteminde bu ilkeler mevcuttur çünkü pozitif bir yasa olan Alman anayasası bu ilkeleri geçerli kılmıştır. Alexy bu olası cevaba karşın ilkelerin hukuktaki varlığının pozitif hukukun bir tercihi olmadığını, bir zorunluluk olduğunu söyler. Asgari ölçüde gelişmiş her hukuk sisteminde mahkemeler verdikleri kararları gerekçelendirirler ve doğruluk iddiasında bulunurlar. Hâkimler önlerindeki vakanın yasalar tarafından kesin bir hükme bağlanmadığı durumlarda, sadece vakaları yasalara altlamaz, aynı zamanda ilkeleri dengelerler. Verdikleri kararın vaka ile ilgili ilkelerin doğru bir dengesini ifade ettiğini iddia ederler. Bu dengeyi gözettiğini iddia dahi etmeyen mahkemelerin olduğu bir hukuk sisteminin asgari ölçüde gelişmiş bir hukuk sistemi olduğu söylenemez.⁴⁴

⁴¹ ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 4, 2003, ss. 433-439.

⁴² ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, İngilizceye Çeviren: Julian Rivers, Oxford, 2002, ss. 100-109.

⁴³ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 70.

⁴⁴ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 71-74.

Ahlakilik tezi, söz konusu ilkelerin uygulanma biçiminin ahlaki nitelikte olduğunu ifade eder. Buna göre her asgari ölçüde gelişmiş hukuk sisteminde kullanılan ilkeler çeşitli ahlaki öğeler ile gerekçelendirilmektedir. İlkelerin hukuk sistemindeki rolleri içeriklerinden gelir, şekli geçerliliklerinden değil. Mahkemeler de kararlarını verirken şekli olarak hukuki sebeplere göre hüküm kursa da, içerik olarak ahlaki sebeplere dayanır. Bu ahlakın doğru ahlak olup olmadığı başka bir tartışmadır. Alexy, aşırı adaletsizlik hallerinin dışındaki vakalarda hangi ahlakın doğru olduğuna dair anlaşmazlıkların olduğunu kabul eder. Ahlakilik tezi sadece, hukuki kararların bu farklı ahlak anlayışları arasından *belli bir* ahlaka dayandığını ifade eder.⁴⁵

Doğruluk tezi, ahlakilik tezinden bir adım daha ileri giderek, hukukun sadece belli bir ahlaka dayanmadığı, aynı zamanda *doğru* ahlaka dayandığı *iddiasında* olduğunu öne sürer. Hukuka katılımcının perspektifinden bakıldığında avukatlar, hâkimler, yasa koyucular öne sürdükleri argümanlarında, verdikleri kararlarda, çıkardıkları yasalarda ahlaki sebeplere dayandıkları gibi bunların aynı zamanda doğru olduğu iddiasında da bulunur. Hukuki tartışmalar neyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin tartışmalardır. Bu tartışmalardaki taraflar ortaya attıkları argümanların doğru olduğunu iddia ederler⁴⁶. Bu sebeple hukukun ikili bir doğası vardır. Bir taraftan hâkimler verdikleri kararların hukuki kaynaklara uygunluğunu veya yasa koyucular kabul ettikleri kanunların anayasal yetki alanları dâhilinde olduğunu iddia ederler ki bu hukukun olgusal boyutudur. Diğer taraftan hâkimler veya yasa koyucular verdikleri kararların veya kabul ettikleri kanunların ahlaken doğru olduğunu iddia eder ki bu da hukukun ideal boyutudur. Hukuk bu sebeple tek boyutlu (olgusal boyutlu) bir yapı değildir, ikili bir doğası vardır.⁴⁷

Alexy'e göre işte bu durum, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı gösterir. Aşırı adaletsiz olmamakla beraber adaletsiz bir yasa veya mahkeme kararı hukuki karakterini kaybetmez ancak hukuk olma-

⁴⁵ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 74-76.

⁴⁶ ALEXY, Robert, A Theory of Legal Argumentation, İngilizceye Çevirenler: Ruth Adlet & Neil MacCormick, Oxford, 1989. ss. 214-217.

⁴⁷ ALEXY, Robert, "The Dual Nature of Law", Ratio Juris, Cilt: 23, Sayı: 2, 2010, ss. 168-173.

sını sağlayan iddiayı yerine getiremediği için sadece gayriahlaki değil olmaz, aynı zamanda *hukuken noksan (legally defective)* kalır⁴⁸. Hukuki pozitivizm açısından da bu tip hükümlerin *ahlaken noksan (morally defective)* olduğu kabul edilse de hukuki kaynaklara uygun olmaları halinde hukuken noksan olarak nitelenmezler⁴⁹. Alexy'e göre ise adil olmayan bir yasa veya mahkeme kararının hukuki niteliği en nihayetinde kabul edilse dahi onun bu adaletsizliğinden dolayı hukuken noksan kaldığı ifade edilebilir. Çünkü bu tip yasaların doğruluk noksan kalacaktır. Alexy, bu tezlerin ortaya koyduğu bağlantının kavramsal düzeyde “yumuşak” bir bağlantı olduğunu kabul eder çünkü bu tezler tüm yasaların veya mahkeme kararlarının gerçekten ahlaken doğru olduğunu değil, sadece ahlaki bir doğruluk iddiasında bulunduğunu ifade eder. Öte yandan bu iddianın varlığı, yumuşak da olsa hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantının varlığını gösterir.⁵⁰

Alexy'nin doğruluk argümanı ve onu destekleyen adaletsizlik ve ilkeler argümanı, hukukun sadece ahlaka atıfta bulunarak belirlenmesi gerektiği manasına gelmez. Alexy, böylesi bir anlayışın hukuk güvenliğine aykırı olacağını ve hukuki kaynaklara riayetinin de hukuki akıl yürütmenin asli bir parçası olduğunu teslim eder. Hukukun bu olgusal ve ideal boyutunun uzlaşısı onun akılcı görünümünü teşkil eder.⁵¹ Alexy'nin argümanları hukukun olgusal niteliklerini reddetmez, sadece ideal niteliğinin de varlığını vurgular. Adaletle yönelik bu vurgu, hukukun şekli kaynaklarına ilişkin bir kötüleme veya önemsizleştirme iddiası taşımaz.

C. Çıkarımlar

Alexy, bu argümanlarından hareketle hukukun olgusal boyutunun yanı sıra ideal bir boyutunun da olduğu ve ahlak ile hukuk arasında

⁴⁸ ALEXY, Robert, “Comments and Responses”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 321-322.

⁴⁹ KLATT, Matthias “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 15-16.

⁵⁰ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 76-81.

⁵¹ ALEXY, Robert, “The Reasonableness of Law”, *Reasonableness and Law*, Editörler: Giorgio Bongiovanni ve diğerleri, Heidelberg, 2009, ss. 13-15.

zorunlu bir ilişki bulunduğu sonucuna varır. Yazar, hukuk kavramına ilişkin bu çıkarımını karşılaştırma yaparak netleştirmek için felsefi yazında bu konuda ön planda yer alan üç düşünürü ele alır: Hans Kelsen, Immanuel Kant ve H. L. A. Hart.

Kelsen, hukuku bir normlar sistemi olarak görür ve bu normların geçerliliğinin de nihayetinde normlar hiyerarşisinin en üstündeki pozitif norm olan anayasaya geçerlilik veren bir temel normdan (*Grundnorm*) geldiğini iddia eder. Buna göre hukukun geçerliliği sadece var olanlar (*is, sein*) veya etkililik ile açıklanamaz; bir “olması gerekeni” (*ought, sollen*) ifade eden normun geçerliliği yine “olması gerekenler” boyutundaki başka bir normdan gelmelidir⁵². Bir varsayım olan temel norm, anayasanın geçerli olduğunu ifade eden nihai normdur. Hukukçular anayasanın gereklerine itaat edilmesi gerektiğini doğru varsayıp, bu noktadan itibaren devam eden normlar hiyerarşisindeki normları geçerli kabul eder⁵³. Alexy’e göre Kelsen, hukukun normatif boyutunu açıklamak için belli geçerlilik ölçütlerine göre oluşturulmuş, etkili yasalara başvurmanın yetersiz olduğu konusunda haklıdır. Ancak Alexy, Kelsen’in temel normu sadece bir varsayım olarak ele almasını hatalı bulur. Hukukçular, yasaların geçerliliğini “varsaymazlar”, aynı zamanda bunların ahlaki doğruluklarından dolayı geçerli olduğunu iddia ederler.⁵⁴

Kant da Kelsen gibi pozitif normların geçerliliğinin bir üst normdan gelmesi gerektiğini kabul eder ancak Kelsen gibi epistemolojik bir varsayıma başvurmaz. Kant’a göre pozitif yasaların geçerlilikleri bunların üstündeki doğal hukuktan gelir. Kant’a göre aklın bir gereği olarak pozitif yasalar geçerli kabul edilmeli ve itaat edilmelidir. Medeni bir toplum düzeni ancak böyle sağlanabilir. Kant’a göre hukukun içeriği ne olursa olsun ona itaat edilmelidir.⁵⁵ Alexy, Kant’ın pozitif hukukun ötesindeki ahlaki alana başvurmasına karşı çıkmasa da yasalara içerikten

⁵² HANS, Kelsen, *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York, 2011, ss. 123-124.

⁵³ HANS, Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley, 1967, ss. 193-205.

⁵⁴ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 96-116.

⁵⁵ KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, İngilizceye Çeviren: Mary Gregor, Cambridge, 1991, ss. 120-122.

bağımsız olarak koşulsuz itaat yaklaşımının otoriter bir devlet anlayışına vardığı için hatalı bulur. Alexy'e göre Kant'ın kuramı, Kelsen'in kuramına kıyasla daha kötüdür. En azından Kelsen'in kuramı hukuka ahlaki bağlamda koşulsuz bir itaat yükümlülüğünün olduğunu iddia etmez.⁵⁶

Hart, ne Kant gibi hukukun geçerliliğini ahlaki bir ödeve dayandırır ne de Kelsen gibi hukukun geçerliliğini bir varsayıma bağlar. Hart'a göre hukuk sistemindeki kuralların geçerlilikleri tanıma kuralından gelir. Tanıma kuralı, başta hâkimler olmak üzere resmi devlet görevlilerinin hukuk sisteminin geçerlilik ölçütlerini kabul etmeleri ve belli bir koordinasyon kapsamında uygulamaları ile ortaya çıkar. Tanıma kuralı, söz konusu hukuk sisteminde neyin hukuk neyin hukuk olmadığını belirleyen geçerlilik koşullarını ifade eder. Tanıma kuralı bu açıdan Kant'ın ifade ettiği gibi bir doğal yasa değildir. Diğer taraftan tanıma kuralı Kelsen ifade ettiği üzere bir varsayım da değildir. Tanıma kuralının varlığı, resmi devlet görevlilerinin pratiklerine bakılarak gösterilebilir, varsayılmasına gerek yoktur.⁵⁷ Alexy, bu açıklamanın avantajlarını teslim etse de başka sorunları beraberinde getirdiğini söyler. Hart'ın tanıma kuralındaki temel sorun, resmi devlet görevlilerinin belli geçerlilik ölçütlerini kabul ederek belli bir uygulama *pratiği* geliştirmelerinden hareketle bu kural doğrultusunda yasaların geçerliliğin tespit edilmesi *gerektiği* sonucuna varılmasıdır. Bu da Kelsen'in kuramında vurgulanan olan-olması gereken ayırımının ihlali sonucunu doğurur. Hart'ın kuramı "resmi devlet görevlilerinin kabulü", "belli bir pratiğin oluşması" gibi kavramları kullanarak ampirik bir açıklama getirir ancak bu sefer de "olması gerekenlere" ilişkin normatif boyutu "olanlar" ile açıklamış olur.⁵⁸

Alexy bu karşılaştırmalardan sonra kendi hukuk tanımını sunar. Buna göre, hukuk sistemi bir normlar sistemidir. Bu sistem doğruluk iddiasındadır. Bu sistem, genel olarak toplumsal düzeyde etkili ve aşırı adaletsiz olmayan bir anayasadan geçerliliklerini alan normlardan olu-

⁵⁶ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 116-121.

⁵⁷ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford, 1994, ss. 100-110.

⁵⁸ ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 121-123.

şur. Bu normlar aşırı adaletsiz değildir, anayasanın öngördüğü şartlara uygun oluşturulmuşlardır ve toplumsal düzeyde etkilidirler. Bu sistem bu pozitif yasaların ötesinde ilkeler ve diğer normatif argümanları da kapsar. Hukukun uygulanma sürecinde bunlara dayanılarak doğruluk iddiasının sağlanması gerekir.⁵⁹

Alexy'nin hukuk tanımı, sosyolojik ve yasal geçerlilik şartlarını dışlamaz. Görüldüğü üzere, hukuk kavramı etkililik ve sistemsellik geçerliliğe ilişkin öğeleri de taşımaktadır. Ancak Alexy'nin hukuk tanımı, bu öğelerin ötesindeki ahlaki unsurları da hukuk kavramına dâhil ettiği için pozitivist değildir. Bu anlayış, hukukun altında yatan değer yargılarını, mahkemelerin hükümlerini şekillendirirken başvurdukları farklı kaynakları ve aşırı adaletsiz yasalar bağlamında hukukun sınırlarını açıklamaktadır.⁶⁰ Yazara göre doğruluk iddiasının kavramsal bağlamda zorunlu nitelikte olduğunu reddeden pozitivist hukuk anlayış hatalı ve eksiktir. Hukuk, doğruluk iddiasında olan ve her aşamada bu iddiayı gerekçelendirmek için ahlaka başvuran bir sistemdir. Hukukun olgusal ve ideal boyutları, ancak pozitivist olmayan veya pozitivistin ötesindeki unsurları kapsayan bir anlayış ile aydınlatılabilir.⁶¹

II. Doğruluk Argümanına Karşı Pozitivist Eleştiriler

A. Joseph Raz

Raz, Alexy'nin doğruluk argümanına dayalı hukuki pozitivism eleştirisinin hatalı olduğunu iddia eder. Raz'a göre Alexy, hukuki pozitivismi yanlış bir şekilde yansıtmaktadır ve bu sebeple doğruluk argümanı hukuki pozitivismin tezlerinin yanlış olduğunu kanıtlanamamaktadır. Raz, hukuki pozitivismin hukuk ile ahlak arasında herhangi bir bağlantı olmadığı iddiasında bulunmadığını belirtir. Ayrılık tezi, hukukun ne *olduğunun* (dolayısıyla içeriğinin) belirlemede hukukun ne *olması gerektiğine* ilişkin *ahlaki* değerlendirmelere başvurulması gerektiğine dair bir kavramsal zorunluluk olmadığını ifade eder⁶². Hukuki po-

⁵⁹ ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 127-129.

⁶⁰ ALEXY, Robert, "The Nature of Legal Philosophy", Ratio Juris, Cilt: 17, Sayı: 2, 2004, ss. 164-166.

⁶¹ ALEXY, Robert, "An Answer to Joseph Raz", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 51-54.

⁶² MARMOR, Andrei, Positive Law and Objective Values, Oxford, 2001, s. 71.

zitivizm, hukuk ile ahlak arasında pek çok bağlantının olduğunu ve olabileceğini kabul eder.⁶³ Örneğin Raz, hukuk kavramını açıklarken hukukun *meşru* otorite iddiasını temel almaktadır⁶⁴. Diğer taraftan Hart da, hukuktaki doğal hukukun asgari içeriğini ve tanıma kuralı vasıtasıyla ahlaki ilkelerin hukuk sistemlerinde oynadıkları rolü inkâr etmez⁶⁵.

Raz'a göre Alexy'nin doğruluk argümanı kendi başına açıklayıcı bir tez değildir. Çünkü nihayetinde tüm iradi eylemlerde, eylemin müsebbibi en azından eylem anında bu eylemin doğru olduğu düşüncesindedir. Pekâlâ, Alexy'nin örneklerindeki haydutların dahi ellerinde tutukları rehineler üzerinde tahakküm kurmalarının doğru olduğunu düşünüyor olmaları olasıdır. Bu sebeple doğruluk argümanı her ne kadar doğru olsa da esasında biçimsel ve önemsizdir çünkü maddi olarak hukuka ilişkin yeni bir veri sunmadığı gibi tüm iradi eylemlerde var olan bir niteliğe işaret etmektedir.⁶⁶

Raz, doğruluk argümanını destekleyen ilk argüman olan adaletsizlik argümanının unsurlarının da hukuki pozitivism tarafından makul bir şekilde açıklanabileceğini savunur. Adaletsizlik argümanı, aşırı adaletsiz yasaların bu sebepten ötürü mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine ve somut örneklere bakıldığında da uygulanmadığına işaret etmektedir. Raz, bunun mahkemelerin aşırı adaletsiz olduklarına kanaat getirdikleri yasaları uygulamama yetkileri ile açıklanabileceğini söyler. Bu yetki yazılı bir anayasa hükmü veya kanundan gelebileceği gibi, örfi nitelikte de olabilir. Bu, hukuki pozitivism açısından sorunsal bir hukuki vaka değildir. Mahkemeler bu hallerde bir yandan yetki yasalarını uygularken bir yandan da kendi takdirleri doğrultusunda hükümlerini oluşturur. Öte yandan bu tip bir yetkinin, *tüm* hukuk sistemlerinin tüm mahkemelerinde olduğu söylenemez. Bu sebeple aşırı adaletsizliğin kavramsal olarak hukuki olamayacağı iddiası hatalıdır.

⁶³ RAZ, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 17-22.

⁶⁴ RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford, 2011, s. 33.

⁶⁵ HART, The Concept of Law, ss. 193-199; ss. 250-258.

⁶⁶ RAZ, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", ss. 26-28.

Alexy'nin aşırı adaletsizliğin aşikâr olduğu ve bu sebeple doğruluk iddiasını asla gerekçelendiremeyeceği için kavramsal olarak hukuk olmayacağı gerekçelendirmesi de doğru değildir. Adaletsizliğinin aşikâr olduğu pek çok düzenleme (insanların köle olarak alınıp satılması, kadınlar ve eşcinsellerin dışlanması gibi), geçmişte ve günümüzde bunları uygulayanlar tarafından makul görülmüş ve kendi bakış açılarından doğru olduğu iddia edilmiştir.⁶⁷

Raz, Alexy'nin ilkeler argümanının unsurlarının da hukuki pozitivism tarafından makul bir şekilde açıklanabileceğini savunur. İlkeler argümanı, tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde bir takım ilkelerin olduğunu ve hâkimlerin hükümlerini, ahlaki değerleri ifade eden bu ilkelere dayanarak gerekçelendirdiklerini iddia etmişti. Raz, gelişmiş hukuk sistemlerindeki ilkelerin varlığını ve hâkimlerin bunları uyguladığını kabul eder. Alexy'den daha önce ilkeler temelli bir hukuki pozitivism eleştirisi getiren Ronald Dworkin'e karşı Hart, kendi kuramında ilkeleri dışlamadığını açıkça ifade etmiştir⁶⁸. Raz da ilkelerin yargılama sürecindeki rolünü kabul eder⁶⁹. Ancak mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu ahlaki normların olması, bu normların hukuk normu olduğu manasına gelmez. Raz bu ayrımı açıklamak için milletlerarası özel hukuk kurallarını örnek gösterir. Mahkemeler kimi vakalarda milletlerarası özel hukuk normları uyarınca yabancı ülke devletlerinin yasalarını uygulamakla yükümlü olurlar ve bunları uygulurlar. Ancak bu yasalar sırf mahkeme tarafından uygulandı diye o mahkemenin bağlı olduğu hukuk sisteminin normu haline gelmez. Hukuk sistemleri mahkemeleri kimi ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü kılabilir. Bu durumda mahkemeler söz konusu ahlaki ilkelerin kapsadığı ahlaki sebepler hakkında bir yargıya vararak hüküm verirler. Ancak bu faaliyet "hukukun uygulanması" değildir. Hâkimler, ahlaki ilkeleri uygularken bu ahlaki sebepler hakkında bir yargıda buldukları için takdir kullanmış ve "hukuk yaratmış" olurlar. Mahkemelerin bu bağlamda uyguladıkları hukuk,

⁶⁷ RAZ, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", ss. 28-33.

⁶⁸ HART, The Concept of Law, ss. 259-268.

⁶⁹ RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", Yale Law Journal, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 839-842.

kendilerini bu takdirde bulunmakla yükümlü kılan kurallardır, ahlaki ilkelerin kendisi değil. Bu sebeple ilkeler argümanı her ne kadar sıkça gerçekleşen hukuki bir faaliyete işaret etse de hukuki pozitivizmin “hukuku uygulamak” ile “takdir kullanmak – hukuk yaratmak” arasında yaptığı ayırımın hatalı olduğunu göstermez.⁷⁰

B. John Gardner

Gardner, Alexy'nin doğruluk argümanının hukuki pozitivizmin tezlerinin yanlışlığını göstermediği konusunda Raz'a katılmaktadır. Ancak bunun da ötesinde Gardner, hukukun *tüm* aşamalarında doğruluk iddiasında olmadığını iddia eder ve doğruluk argümanının bu açıdan hatalı olduğunu savunur. Alexy, doğruluk argümanında söz konusu doğruluk iddiasının hukukun tüm aşamalarında mevcut olduğunu öne sürmüştü. Alexy'e göre her yasa, her mahkeme kararı doğruluk iddiası taşır. Yazar, bu argümanını sınamak için iki örnek vermişti. Bunlardan ilki “X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir.” şeklindeki kurgusal bir anayasa maddesidir. İkinci örnekte ise, bir mahkeme “sanık müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır ancak bu karar, mevcut hukukun yanlış bir yorumudur” şeklinde bir hüküm kurar. Gardner, doğruluk iddiasında olmayan bir anayasanın gerçekten de kavramsal olarak çelişkili olduğunu kabul etmekle beraber hâkimlerin kararlarının ahlaken doğru olduğu kanaatini taşımalarının kavramsal bir zorunluluk olmadığını savunur. Gardner bu iddiasını, hâkimlerin hükümlerine ilişkin ifadelerine atıfta bulunarak gerekçelendirir. Kimi vakalarda hâkimler hukuka göre hüküm kursalar da, verdikleri hükmün ahlaki olduğunu düşünmez veya bu konuda şüphe duyarlar. Bunun sebebi hâkimlerin verdikleri kararlarda hukuki kaynaklar ile kısıtlanmış olmalarıdır. Hâkimler ve genel olarak resmi devlet görevlileri, verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemlerin ahlaken doğru olduğunu her zaman düşünmez ve iddia etmezler. Sadece bu karar ve işlemlerin hukuka uygun olduğunu iddia ederler. Gardner'a göre hâkimlerin verdikleri kararların hukuka uygun olduğunu iddia etmeleri ile bu kararlarının ahlaken yanlış oldu-

⁷⁰ RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, ss. 34-35.

ğu kanaatinde olmaları arasında kavramsal bir çelişki yoktur.⁷¹ Örneğin kürtajın açıkça yasaklandığı bir hukuk sisteminde kürtaj hakkının olması gerektiğini düşünen bir hâkim, zorunlu olarak kürtaj aleyhine bir hüküm kuracaktır. Bu hükmü hukuka uygun ancak bu hâkim açısından gayrı ahlaki olacaktır. Aynı durum, kürtaj hakkının tanındığı bir sistemde kürtajın gayrı ahlaki olduğunu düşünen bir hâkim için de geçerlidir. Hâkimlerin hükümleri hukuka uygunluk iddiasındadır, ahlaki doğruluk iddiasında değil.

Öte yandan, Alexy'nin doğruluk argümanını temellendirmek için kullandığı ilk örnek olan "X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesi kavramsal olarak çok daha sorunlu gözükmektedir. Gardner bu noktada Alexy'nin haklı olduğunu çünkü hukukun Raz'ın da ifade ettiği üzere hukukun meşru veya ahlaki otorite iddiasında olduğunu söyler. Anayasa, hukukun otorite kimliğinin ifade bulduğu metindir. Bu sebeple hukukun meşru otorite iddiasına ters düşmesi kavramsal olarak çelişkili olur. Hukukun ahlaki otorite iddiasında bulunması ile Alexy'nin öne sürdüğü ahlaki doğruluk iddiası arasındaki fark önemlidir. Hukuk, her yasanın, her mahkeme kararının veya her işlemin ahlaken doğru olduğunu iddia etmez. Bu yasaların, kararların veya işlemlerin meşru (ahlaki) bir otorite tarafından oluşturulduğunu ve bu sebeple de gayrı ahlaki bile olsalar itaat edilmeleri gerektiğini iddia eder. Hâkimler de verdikleri kararların gayrı ahlaki olduklarını düşündükleri hallerde dahi içinde oldukları otorite yapısının meşruluk iddiasını teyit ederek yasalara itaat ederek onları uygular. Hâkimler verdikleri hükmün hukuki kaynaklardan bağımsız olarak adil olmasından dolayı doğru olduğunu değil, meşru otorite olarak kabul ettikleri hukuka uygun olduğu için doğru olduğunu iddia ederler. Alexy'nin doğruluk argümanı ise bu önemli ayrımı gözden kaçırmaktadır.⁷²

Gardner, bu analizleri doğrultusunda Alexy'nin doğruluk tezinin hatalı olduğunu ve hukuki pozitivizmin önde gelen temsilcisi olan Raz tarafından hukukun meşru otorite iddiasının Alexy'den önce zaten tespit edildiğini belirtir. Bu sebeple Alexy, hukuki pozitivizmi çürütmekte

⁷¹ GARDNER, John, "How Law Claims, What Law Claims", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 34-38.

⁷² GARDNER, "How Law Claims, What Law Claims", ss. 38-41.

başarılı olamamıştır. Tam tersine, hukukun meşru otorite iddiasına ilişkin unsurlar Alexy'nin doğruluk argümanındaki eksiklikleri göstermektedir.⁷³

Gardner'a göre Alexy'nin hukuki pozitivizmi hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantının olmadığını iddia eden bir kuram olarak ifade etmesi de hatalıdır. Hukuki pozitivizmin tüm önde gelen temsilcileri hukukun belli açılardan ahlak ile bağlantıları olduğunu ifade etmişlerdir. Hukuki pozitivizm sadece hukukun içeriğine dair geçerlilik ölçütleri açısından ahlakın kavramsal olarak zorunlu bir ölçüt teşkil etmediğini savunmaktadır. Bu pozisyon, hukuk ile ahlak arasında herhangi bir bağlantının olmadığını savunmak ile aynı değildir.⁷⁴

C. Neil MacCormick

MacCormick, Raz ve Gardner'dan farklı olarak hukukun herhangi bir doğruluk iddiasında bulunmadığı ve bulunamayacağını savunur. Doğruluk iddiasında bulunmak kişilerin yapabileceği bir şeydir ve bu iddiayı kişiler öne sürer, hukukun kendisi değil. MacCormick bu tespiti hukukun kurumsal niteliğine işaret ederek gerekçelendirir. Belli bir konuda (örneğin kapalı alanlardaki sigara kullanımı) farklı bakış açlarına göre farklı ahlaki argümanlar ileri sürülebilir. Ancak bu konuda bir karara varıldıktan ve yasa çıkartıldıktan sonra o mesele hukuki açıdan hükme bağlanmıştır, karar hangi yönde olursa olsun. Taraflar hala kendi görüşleri doğrultusunda söz konusu meselenin doğru veya meşru çözümünün kendilerinininki olduğunu iddia edebilir ancak hukuki açıdan bu iddiaların bir önemi yoktur. Neyin hukuk olacağına ilişkin ölçütler şeklindedir. Örneğin bir yasanın hukukiliği o yasanın, hukuk sisteminin anayasasında yetkilendirilen yasama meclisi tarafından yine anayasada belirtilen şartlara uygun çıkartılması ile sağlanır. Alexy ise doğruluk argümanında hukuki geçerliliği sanki maddi adalet ölçütlerine bağlanmış gibi göstermektedir. Hâlbuki hukuki geçerlilik kurumsal geçerliliğin

⁷³ GARDNER, "How Law Claims, What Law Claims", ss. 41-42.

⁷⁴ GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", The American Journal of Jurisprudence, Cilt: 46, Sayı: 1, 2001, ss. 222-225.

ötesinde bir kaynağa atıfta bulunmaz, bu şartın sağlanması gerekli ve yeterlidir.⁷⁵

MacCormick doğruluk iddiasının hukuk tarafından değil, yasa koyucular tarafından yapıldığını belirtir. Yasa koyucular, önerdikleri yasaların adil, meşru ve doğru olduğunu iddia ederler. MacCormick aslında bu nitelikleri taşımayan pek çok yasa olmasına rağmen bu tip iddiaların sürekli öne sürülmesini siyasi retorik bir gerekliliği olarak görür. Siyasi olarak yasa koyucular, önerdikleri veya yaptıkları yasaların *herkes için iyi, doğru, meşru olduğunu* iddia eder. Yasaların sadece belli bir kesimin menfaatini gözettiğinin veya adaletsizliğin daniskası olduğunun açıkça ifade edilmesi halinde söz konusu yasa için yeterli toplumsal destek sağlanamaz. Yasa koyucuların doğruluk veya adalet iddiası, hukuka ilişkin kavramsal bir unsur olmadığı gibi kendi faaliyetleri için de siyasi bir argümantasyon enstrümanıdır, fazlası değil.

Aynı durumun hâkimler için de belli bir düzeyde söz konusu olduğu söylenebilir. Hâkimler de netice itibarıyla hukuk sisteminin siyasi yapısının altında faaliyet göstermektedir. Mahkeme kararlarının sistematik olarak meşru görülmediği bir sistemde oluşacak tepki genel olarak yargı erkine özel olarak da o kararları alan hâkimlere yöneltilecektir. Bu sebeple hâkimlerin siyasi retorik gereği kararlarının hem hukuka bağlı hem de (ne tesadüftür ki) ahlaki olduğunu iddia etmeleri doğaldır. Ancak yasaların adil olmayabileceği ve bunların hâkimlerin tam manasıyla ahlaki bir hüküm vermelerine imkân vermeme olasılığı düşünüldüğünde bu iddianın her zaman samimi olmadığı görülebilir.⁷⁶

Benzer bir durum, hâkimlerin takdir kullanmalarının zorunlu olduğu faaliyetlerde dahi takdir kullandıklarını açıkça ifade etmemelerinde görülebilir. Bu tip vakalarda hâkimler hükümlerinin kendi iradeleri ile değil de, yasa koyucunun iradesi veya hukuk sisteminin kaideleri ile oluştuğuna işaret ederek söz konusu kararın sorumluluğunu doğrudan üstüne almaz. Bu da bir retorik hamledir, hukuka ilişkin kavramsal bir

⁷⁵ MACCORMICK, Neil, "Why Law Makes No Claims", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 60-65.

⁷⁶ MACCORMICK, "Why Law Makes No Claims", ss. 65-67.

gereklilik değil. Bu tespit başka bir hukuki pozitivist olan Andrei Marmor tarafından yapılmıştır.⁷⁷

MacCormick'in eleştirisinin Alexy kadar hukuki pozitivistin önemli temsilcilerinden Raz'a da yöneltildiğini belirtmek gerekir. Hukukun cebri niteliği hukuki pozitivist yazında Austin ve Kelsen tarafından vurgulansa da, Hart ve Raz bu boyutu hukuk açısından asli görmemişlerdir. MacCormick ise hukukun kurumsal boyutunu vurgulayarak meşru otorite iddiasının veya Hart'ın ifade ettiği gibi hukuk kurallarının içsel bakış açısından kabul edilmesinin öncelikli olmadığına işaret etmiştir. Bu görüşe paralel olarak Himma da, hukukun tamamen cebri ögeler ile açıklanabileceğini, hukukun meşru otorite iddiasının kavramsal bir zorunluluk olmadığını savunmuştur. Örneğin resmi devlet görevlilerinin hiçbir meşruluk veya doğruluk iddiasında bulunmayıp, makamların tanımlandığı, yetkilerin belirlendiği ve vatandaşlar açısından neyin serbest, neyin yasak olduğunun belirtildiği ve bu kurallara uymayanların kurallar doğrultusunda yaptırıma tutulduğu bir sistemin de pekâlâ bir hukuk sistemi olarak görülmesi gerekir.⁷⁸

MacCormick, doğruluk argümanına ilişkin itirazına rağmen Alexy'nin adaletsizlik argümanını kabul eder. MacCormick'e göre hukuk nihayetinde kişiler arasındaki şiddet yerine toplumsal barışı sağlama işlevine yöneliktir. Toplumsal barış da asgari bir adalet anlayışı gerektirir. Vatandaşların hukuka itaati ancak bu asgari adalet düzeni ile sağlanabilir. Bu sebeple aşırı adaletsiz yasalar hukukun kavramsal gerekliliklerini sağlayamaz.⁷⁹ Görüldüğü üzere MacCormick, Hart'ın doğal hukukun asgari içeriği düşüncesine paralel bir yaklaşım ile Radbruch formülüne varmıştır. Ancak MacCormick adaletsizlik argümanının Alexy'nin iddia ettiği üzere doğruluk argümanında temellendiğini kabul etmez. Adaletsizlik argümanı "hukukun" temel işlevine ilişkin kav-

⁷⁷ MARMOR, Andrei, "Exclusive Positivism", *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York, 2004, ss. 121-122.

⁷⁸ HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Editör: Jules L. Coleman, New York, 2005, ss. 305-309.

⁷⁹ MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, 2007, ss. 263-280.

ramsal bir tespit iken, doğruluk argümanı “hukuku yaratan ve uygulayanların” yaptıklarına ilişkin bir veriyi ifade eder.

SONUÇ

Alexy'nin kuramının temel hedefinin hukukun olgusal ögelerin ötesinde ahlaki unsurlar barındırdığını göstermek olduğu söylenebilir. Yazarın bu hedefine ulaştığını kabul etmek gerekir. Ancak bu çıkarımın hukuki pozitivistin hatalı olduğu sonucuna varıp varmadığı ayrı bir soru işaretidir. Doğruluk argümanını değerlendirmek için ilk önce Alexy'nin hukuki pozitivistliğe yüklediği anlama bakmak gerekir. Alexy, pozitivistliği hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantının olmadığını savunan bir kuram olarak sunmaktadır. Ancak Raz'ın ve Gardner'ın işaret ettiği üzere modern hukuki pozitivistin hukuk kavramına ilişkin açıklamalarında hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantı olmadığı iddiası yer almaz. Hukuki pozitivistin öne sürdüğü “ayrılık tezine” göre “hukukun ne olduğuna ilişkin tespitler, hukukun ne olması gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri gerektirmez”. Bu tez, hukukun meşru otorite iddiasında bulunması veya mahkemelerin ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü kılınması ile ters düşmez. Bu sebeple Alexy'nin kolay bir şekilde hukuk ile ahlak arasındaki kimi bağlantılara işaret etmesi, hukuki pozitivistin yanlış bir kuram olduğunu göstermez.

Bununla birlikte Alexy doğruluk argümanının hukuk ile ahlak arasında kurduğu kimi bağlantıların pozitivistin tezleri ile çeliştiği veya bunlar tarafından dikkate alınmamış olduğuna da işaret etmektedir. İşte bu tartışma alanı hukuk kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin zengin bir kaynaktır. Alexy, Raz, Gardner ve MacCormick'in tespitlerinin bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

Raz'ın doğruluk argümanının işaret ettiği doğruluk iddiasını tüm iradi eylemler ile eş tutması zayıf bir karşılıktır. Alexy'nin kuramında işaret ettiği doğruluk iddiası ahlaki bir doğruluğu ifade eder. İradi eylemler ise sadece kişinin kendi tercihlerini yansıtır. Ahlaki iddialar, iddia sahibinin ve muhatabının ahlaki hakları ve ödevlerine ilişkin yargıları ifade eder. Tüm iradi eylemlerde bu yargı bulunmaz. Öte yandan Raz'ın doğruluk argümanını destekleyen adaletsizlik ve ilkeler argümanına verdiği karşılıklar yerindedir. Gerçekten de hukuki pozitivist bu

argümanların ifade ettiği hukuki faaliyetleri *kavramsal olarak* açıklamada sorun yaşamaz. Adaletsiz bir yasayı iptal eden veya uygulamayan bir hâkim kendisine yazılı veya örfi hukuk kaynaklarında verilen hukuki yetkilere dayanarak bu faaliyeti gerçekleştirir veya gerçekleştirebilir. Öte yandan mahkemeler hukuki kaynaklar gereği ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü olabilir. Bunların uygulanması ahlaki otomatik olarak hukukun parçası yapmaz. Alexy'nin iddia ettiğinin aksine ahlak ile hukukun temas ettiği her hukuki faaliyet hukuki pozitivist kuram açısından kabul edilemez bir durum manasına gelmez.

Bununla birlikte, Alexy'nin doğruluk argümanı söz konusu hukuki faaliyetlerin manasını açıklama konusunda daha aydınlatıcı bir resim sunar. Mahkemeler adaletsiz yasaları uygulamaktan imtina ederken ve ahlaki ilkeler ile kararlarını şekillendirirken sıradan bir hukuki yetki kullanır gibi veya basit bir mevzuat maddesini uygular gibi davranmaz. Çoğu durumda bunları ahlaki (hukuki değil) gerekçelerden ötürü yaparlar. Eğer aşırı adaletsiz yasalarda olduğu gibi pek sık rastlanmasa da sonuçları itibarıyla oldukça önemli vakalarda ve ilkelerde olduğu gibi oldukça çok sayıda vakada bu ahlaki gerekçeler hâkimlerin kararlarını şekillendiriyor ise iyi bir hukuk kuramının bu gerekçelere de odaklanması gerekir. Hukuki pozitivism (veya daha doğru bir ifade ile bu konuya özel olarak en kapsamlı karşılığı veren hukuki pozitivist temsilci olan Raz) uygulama sürecinde ahlaki akıl yürütme gerektiren ilkeleri, mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu ancak hukuki olmayan normlar olarak ifade eder. Bu noktada hukuki pozitivistler hâkimlerin karar alma sürecinde ilkeleri kullandıkları durumlarda yaptıkları akıl yürütmenin ahlaki boyutunu reddetmez. Ancak hüküm verildiğinde hâkim *kendi* iradesi ile hükmün konusu olan ahlaki konuda yargıda bulunmuş olur, ahlaki nesnel bir şekilde bulup hükme aktarmaz. Hukuki pozitivistler bu sebeple bu alanı “takdir” kavramı ile ifade ederler. Bu isimlendirme, yapılan faaliyetteki müsebbibin hâkimin kendisi olduğunu aydınlatmada daha elverişlidir. Öte yandan ahlaki ilkelerin uygulamasını hukuk olarak ifade eden doğal hukukçu isimlendirme ise yargı faaliyetlerindeki ahlaki boyutun önemine dikkat çeker. Eğer hukuki faaliyetin önemli bir kısmı bu ahlaki alanda gerçekleşiyor ise o zaman bu alanda hâkimlerin nasıl karar verdiği, verebileceği ve vermesi gerektiği-

ne dair açıklamaların getirilmesi gerekir. Hukuki pozitivizm, bu sorulara cevap vermekten ziyade daha çok hukukun nerede başladığı ve bittiği sorusuna eğilmektedir. Bu bir tercihtir. Öte yandan Alexy hukuki pozitivizmden farklı bir tercihte bulunarak hukuk kuramını hukukun doğruluk iddiasına yönelterek bu iddianın içeriğine ilişkin ahlaki öğeler vasıtasıyla hukuk anlayışını arttırmaktadır.

Gardner'ın doğruluk argümanının "kapsamına" ilişkin tespiti yerindedir. Hukukun esas iddiası meşru otorite olmasıdır, ahlaki doğruluk değil. Hukuk, resmi devlet görevlilerinin ve vatandaşların, yasaları sadece ahlaki, adil veya doğru bulmaları halinde uygulamalarını veya itaat etmelerini talep etmez. Bundan bağımsız olarak hukuk, hukukun *hukuk olduğu için* uygulanmasını ve itaat edilmesini talep eder. Bu talebin arkasında belli bir meşruluk iddiası vardır ancak bu her bir yasanın doğru olması değil, söz konusu yasaları yapan otoritenin meşru olduğu iddiasıdır. Gardner'ın Alexy'nin "adaletsiz bir cumhuriyet" olduğunu ifade eden bir anayasa maddesi ile "gayri ahlaki bir hüküm" verdiğini kabul eden bir hâkimin sözlerini birbirinden ayırması bu açıdan haklıdır. Gerçekten de, mahkemeler Alexy'nin ima ettiğinin aksine ahlaki değerleri arzu ettiği gibi hükümlerinde kullanamaz veya onları istedikleri gibi "dengeleyemez". Hükümlerini kısıtlayan hukuk kaynakları ile bağılırlar. Söz konusu yasaların veya içtihatların ahlaki bir hüküm vermelerine imkân vermemesi halinde gayri ahlaki de olsa yasaları uygulamak durumunda kalabilirler ve çoğu durumda bunu yapmak durumunda kalırlar. Bu sebeple doğruluk iddiasının yasaların kısıtlamasından bağımsız olması hukuk kavramı açısından mümkün değildir. Alexy'nin hukukun ikili doğasına ilişkin tespitinin aşağıda ifade edileceği üzere belli bir haklılık payı olsa da, bu ikili boyuttan öncelikli olanın hukukun kaynaklarına ilişkin olgusal boyutu olduğunu teslim etmek gerekir.

Bununla birlikte hukukun meşru otorite iddiası hukukun doğruluk iddiasından tamamen soyutlanamaz. Her zaman adaletsiz hükümler veren bir sistemin meşru otorite iddiası gerekçelendirilemez. Bu sebeple her zaman olmasa da çoğunlukla ve asgari seviyede verilen hükümlerin ahlaki olduğu iddiası da hukukun meşru otorite iddiasının bir gerekliliğidir. Raz'ın meşru otorite anlayışı da buna paraleldir. Bu nedenle hu-

kukun meşru otorite iddiası Gardner'ın işaret ettiği üzere her zaman ve öncelikli olarak ahlaken doğru olduğunu iddia etmese de, nihayetinde ahlaki doğruluk iddiası da bu resmin arka planında yer almaktadır. Doğruluk argümanı Gardner'ın düzeltmesiyle daha ılımlı hale gelse de genel itibarıyla hukuka ilişkin doğru bir tespittedir.

MacCormick'in hukukun kurumsal kimliğine yaptığı vurgu da yerindedir. Neyin hukuk ve hukuken bağlayıcı olduğu ve neyin hukuki yaptırımlara tabi tutulacağı nihayetinde herhangi bir doğruluk iddiasından bağımsızdır. Özellikle siyasi ahlaka ilişkin konularda günümüz modern toplumlarındaki fikir ayrılıkları herkesi ikna edebilecek doğruluk iddialarını imkânsız hale getirmektedir. Hukuk, bu yaygın fikir ayrılıklarına rağmen toplumsal düzeni ve barışı kurumsal yapısı ile sağlar. MacCormick'in doğruluk iddiasının retorik bir temelini olduğuna ilişkin tespiti de önemlidir. Hukukun siyasi arka planı düşünüldüğünde söz konusu iddiaların kaynağının hukuk sistemindeki yetkililerin siyasi amaçları ve endişeleri doğrultusunda şekillendiğini de görmek gerekir.

Öte yandan, hukukun kurumsal yapısının şekli bir temeli ve cebri bir kimliği olduğu teslim edilse de, fiiliyatta sadece bu unsurlara dayanarak bir hukuk sistemi sürdürülemez. Fiili otorite zorunlu olarak en azından belli bir grup insanın bu otoriteyi asgari seviyede meşru görmesi ile sağlanabilir. Aksi takdirde her köşe başında silahlı bir polis memurunun beklemesi gerekir. MacCormick'in hukukun en nihayetinde kurumsal ve cebri bir sistem olduğuna ilişkin tespiti Alexy'nin hukukun olgusal ve ideal boyutları olarak ifade ettiği ikili kimlikten olgusal olanın daha öncelikli ve zorunlu olduğunu göstermekte başarılıdır. Öte yandan bu, Alexy'nin işaret ettiği ideal veya ahlaki öğelerin de hukuk sisteminin önemli unsurları arasında yer almadığını göstermez. Hukuk "sadece" kurumsal yetkilere ve yaptırım tehdidine atıf yapmaz. Böylesi bir durum teorik olarak belki olasılık dâhilinde olsa da, bir insan ürünü olan hukukun olağan görünümüleri açısından bu şablon anlamsızdır. Siyasilerin demokratik bir platformda siyaset yaptığı, hukukçuların da hukuk devleti ilkelerinin benimsendiği bir yargı sisteminde mesleklerini icra ettiği koşullarda gayrı ahlaki retorik çarpıtmalar ister istemez toplum veya hukukçular tarafından ifşa edilecektir. Bu sebeple doğruluk iddialarındaki retorik boyut inkâr edilemezse de her doğruluk iddiası-

nın sinsi bir çarpıtma olduğu söylenemez. Resmi devlet görevlileri iddialarının kabul görmesi için hükümlerini retorik çarpıtmalardan ziyade zorunlu olarak hakiki ahlaki gerekçeler ile temellendirmek durumunda kalırlar.

Görüldüğü üzere Alexy'ye karşı getirilen eleştiriler doğruluk argümanının bazı zayıflıkları olduğunu göstermektedir. Öte yandan Alexy'nin doğruluk argümanı, hukuk ile ahlak arasında pek çok bağlantının olduğunu göstermiştir. Bu argümanlar her ne kadar hukuki pozitivismin yanlış bir kuram olduğunu kanıtlamasa da hukuki pozitivismin ele almadığı farklı ve önemli alanları aydınlatmaktadır.

KAYNAKLAR

- ALEXY, Robert, "A Defence of Radbruch Formula", *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Editör: David Dyzenhaus, Oxford, 1999, ss. 15-39.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, İngilizceye Çeviren: Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, İngilizceye Çevirenler: Ruth Adlet & Neil MacCormick, Oxford, 1989.
- ALEXY, Robert, "An Answer to Joseph Raz", *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 37-55.
- ALEXY, Robert, "Comments and Responses", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 319-356.
- ALEXY, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, Cilt: 51, Sayı: 1, 1998, ss. 205-221.
- ALEXY, Robert, "Legal Certainty and Correctness", *Ratio Juris*, Cilt: 28, Sayı: 4, 2015, ss. 441-451.
- ALEXY, Robert, "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Editör: Luc J. Wintgens, Heidelberg, 1999, ss. 23-42.
- ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 4, 2003, ss. 433-449.
- ALEXY, Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1989, ss. 167-183.
- ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2000, ss. 294-304.
- ALEXY, Robert, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, İngilizceye Çevirenler: Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson, Oxford, 2004.
- ALEXY, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2010, ss. 167-182.
- ALEXY, Robert, "The Nature of Legal Philosophy", *Ratio Juris*, Cilt: 17, Sayı: 2, 2004, ss. 156-167.

- ALEXY, Robert, "The Reasonableness of Law", Reasonableness and Law, Editörler: Giorgio Bongiovanni ve diğerleri, Heidelberg, 2009, ss. 5-15.
- GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", The American Journal of Jurisprudence, Cilt: 46, Sayı: 1, 2001, ss. 199-227.
- GARDNER, John, "How Law Claims, What Law Claims", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 29-44.
- HANS, Kelsen, General Theory of Norms, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York, 2011.
- HANS, Kelsen, Pure Theory of Law, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley, 1967.
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, ss. 49-87.
- HART, H. L. A., The Concept of Law, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford, 1994.
- HEPER, Altan, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 12, Editör: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 2005, ss. 65-74.
- HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, Editör: Jules L. Coleman, New York, 2005, ss. 271-309.
- HOERSTER, Norbert, "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 39, Sayı: 1, 1986, ss. 2480-2482.
- KANT, Immanuel, The Metaphysics of Morals, İngilizceye Çeviren: Mary Gregor, Cambridge, 1991.
- KLATT, Matthias "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 1-26.
- MACCORMICK, Neil, "Why Law Makes No Claims", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 59-67.
- MACCORMICK, Neil, Institutions of Law, Oxford, 2007.

MARMOR, Andrei, "Exclusive Positivism", Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Editörler: Jules Coleman ve Scott Shapiro, New York, 2004, ss. 104-124.

MARMOR, Andrei, Positive Law and Objective Values, Oxford, 2001.

METİN, Sevtap & Altan HEPER, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014.

RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" Süddeutsche Juristen-Zeitung, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 105-108.

RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", Yale Law Journal, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 823-854.

RAZ, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 17-35.

RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford, 2011.