



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.05.2020
Revizyon Talebi: 19.07.2020
Son Revizyon Tarihi: 17.08.2020
Kabul: 30.09.2020

Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği

Abdullah Ada*

Öz

Normatif hukuki pozitivizm kavramı, hukuki pozitivizmin hukuk sistemine yerleştirilmesi ve bu sisteme katılımcı olanların hukuku hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu şekilde anlaması gerekliliğini ifade eden bir tezi ifade edebileceği gibi, hukuki pozitivizme yöneltilmiş bir grup eleştiriyi de kapsamına almaktadır. Bu çalışmada hukuki pozitivizme yöneltilen tüm görüntülerin aksine, gerçekte normatif bir teori olma şeklindeki eleştirinin hukuki pozitivizmin bizzatı tasvir etme faaliyeti bakımından değil de, tasvir edilen gerçeğin kapsamının belirlenmesi ve tanımlanması noktasında haklı sayılabileceği savunulacaktır. Bu yaklaşımın daha önce yapılan hukuki pozitivizm savunmaları tarafından karşılanamayacak yönü, hukuki pozitivizmce yapılan faaliyetin tasviri bir faaliyet olduğunu kabul etmesi ve kapsama odaklanmasıdır. Çalışmamızda, H.L.A. Hart'ın uluslararası hukuka dair düşünceleri bağlamında bu düşünce irdelenecektir. Buna göre, her ne kadar Hart'ın yerel hukuk analizi başarılı sayılabilirse de, Hart bu analizin genel ve dışlayıcı olarak hukuk kavramının analizini sunduğu noktasında yanılmıştır. Bu bağlamda, Hart'ın uluslararası hukuku geçerli bir sebep olmaksızın hukukun dışında tutmasının normatif bir tutuma işaret ettiği iddia edilecektir.

Anahtar Kelimeler

H.L.A. Hart, Uluslararası hukuk, Normatif pozitivizm, Etik pozitivizm, Epistemik değerler

Normative Legal Positivism and the Problem of Scope: 'International Law' Example

Abstract

While the concept of normative positivism expresses the thesis that legal positivism should be entrenched in legal systems and the participants of those legal systems should regard law as analyzed by legal positivism, it also encapsulates a group of criticisms directed to legal positivism. In this paper, it will be argued that the criticism directed at legal positivism in the way that it is a normative theory, regardless of all appearances, could be right in terms of determining and describing the boundaries of the social fact in question, though not in terms of the descriptiveness of legal positivism per se. The aspect of this approach that cannot be met by the previous counter-arguments is that it concedes that legal positivism's analysis is a descriptive one and instead focuses on the scope of that analysis. In this paper, H.L.A. Hart's ideas on international law will be examined in the context of this approach. We argue that, though Hart's analysis of municipal law could be taken as successful, he is wrong that his analysis presents a general and exclusive analysis of the concept of law. In this sense, it will be argued that the fact that Hart excludes international law from his analysis without a valid justification implies a normative attitude.

Keywords

H.L.A. Hart, International law, Normative positivism, Ethical positivism, Epistemic values

* Sorumlu Yazar: Abdullah Ada (Arş. Gör.), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye. E-posta: adaabdullah@outlook.com ORCID: 0000-0003-4420-8308

Atf: Ada A, "Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1657. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0014>



Extended Summary

Normative positivism is, as is generally understood, the term used to contrast one form of legal positivism from another. In this sense, normative positivism means the genre of legal positivism that centers on legal rules in their explanations of the concept of law, distinguishing them from an earlier version of legal positivism, namely will-based positivism, which put emphasis on the will of an unrestricted sovereign as the source and validity criteria of law. Yet, given the current affairs in jurisprudence, the term “normative positivism” seems to have assumed quite a different meaning. In this new sense, normative positivism implies a normativeness attached to or inherent in legal positivism. Normativeness is attached to legal positivism when the truth of legal positivism is presupposed and it is argued that it is the case that legal positivism explains the reality as it stands and it is also valuable that the reality is as such. This approach can be likened to the idea expressed in the Benthamian dictum that the principle of utility already governs every kind of interpersonal relationship, and it should govern. Normativeness is inherent in legal positivism when the latter cannot but be a normative thesis as against a descriptive one. It is noticeable that these two ways of understanding normative positivism are quite distinct, rather unrelated to each other. When normativeness is attached to, or “follows” legal positivism, one is still entitled to insist that it is descriptive in the relevant and important sense of theory construction. That what is the fact is also something valuable does not detract from the factualness of the fact in question. Austin, Bentham and Hart, all the towering figures in early legal positivism, have emphasized the importance and merits of legal positivism. Therefore, it is hard to say that normative positivism in this sense contains any element in denial of what legal positivism has long argued for. On the other hand, if it is the case that legal positivism is imbued with an inherent normativeness, as normative positivism in the second sense maintains, the picture just drawn changes radically. It is a given for legal positivists that legal positivism has been descriptive, and many of the main debates in jurisprudence have centered around this point. Normative positivism understood as such, then aims to undermine one of the main theoretical foundations upon which legal positivism has arisen and in this sense presents a criticism of legal positivism as a descriptive theory. The question arises, however, how it could even be possible to argue that legal positivism is a normative theory despite all appearances, whereas the all enterprise of legal positivism has repeatedly emphasized their intention in the way of doing descriptive jurisprudence. The answer, I suppose, lies in the “real” intentions and the reflection of those intentions in the interstices of one’s analysis of law. Since the complex web of intentions of a philosopher is often out of reach for us, one viable path to argue that there is a normativeness transcending the expressed intentions is to keep track of the boundaries drawn by the philosopher in his analysis of his subject matter and reveal possible theoretical biases despite the standing facts. The possible is not redundant

there, however, since the shaky ground of intentions haunts the critic even at this upper level. It is a better option not to exaggerate the claims of normativeness and always to leave a margin of suspicion regarding the intentions of the philosopher. As a paradigmatic case of legal positivist writing, we can distinguish some elements of normativeness in this sense in *The Concept of Law* by H.L.A. Hart with that margin in mind. In his treatment of international law at the last chapter of his book, Hart takes pains to argue that “international law is not law” and the reason behind this statement seems to be none other than the lack of a rule of recognition in international law. Yet, it is not obvious whether a criterion assumed to underlie municipal law could justifiably be used to evaluate the legal character of international law. Hart heavily relies on the conventional criterion in the way of the common usage of the term “law”, whereas this sits quite uncomfortably with his general methodological aims. In this sense, we can argue that, with a caution not to make too much of it, Hart’s rejection of international law the status of law implies a normative element in his argumentation.

Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği

Giriş

H.L.A. Hart, 1958 tarihli klasik *Positivism and the Separation of Law and Morals* makalesinin ilk bölümünde, erken dönem pozitivist yazarlar Jeremy Bentham ve John Austin'in "hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiğinin" birbirinden farklı şeyler olduğuna dair ısrarlarının, başka bir deyişle *ayrım tezinin*, pratik yönünü inceler. Bu bağlamda öncelikle Bentham ve faydacı düşünceye tabi yazarların sıkı birer hukuki reform taraftarı ve kişisel haklar savunucusu olduğuna işaret eder. Ona göre, ne Bentham ne de Austin "şehirler yanarken dilsel ayrımlarla uğraşan kuru analistler" değildi; ilgili dönemin hukuki sorunlarıyla yakından ilgilidiler. Bu yakın ilgi yazarların ayrım tezini inceleyiş tarzlarında da kendini göstermiştir. Bentham, örneğin, ayrım tezinin bütünüyle anarşist bir anlayışla doğal hukukçu bir anlayış şeklindeki iki *tehlike* arasında, bunlarda hukuka uyma noktasında var olan sakıncalardan arı bir anlayış getirdiğini iddia eder.¹ Benzeri şekilde, Austin de derslerinde sıklıkla ayrım tezinin "hukukçuya netlik sağladığından" söz etmektedir.² Bu bağlamda, her iki yazara göre de ayrım tezi, gerek ona tabi insanlar tarafından gerekse hukukçular tarafından olsun, *kabul edilmesi gereken* bir tezdur. Bu gereklilik kaynağını, doktrinde sıklıkla işaret edildiği üzere, erken dönem hukuki pozitivistler olan Bentham ve Austin'in hukuka dair görüşlerinin hukuksal reforma dair görüşleri tarafından önemli ölçüde etkilenmesinden almaktadır.

Peki, bu etkinin ölçüsü tam olarak nedir? Ayrım tezi, açıkça, tasviri ya da tasviri olma gayesinde, nihayetinde hukukun ne olduğuna yönelmiş negatif bir tezdur. Tümüyle normatif gerekçelerle ortaya konmuş olması, ayrım tezini tasviri bir tez olmaktan çıkarır mı? Bu soruya belki olumsuz cevap verilebilir, ancak bu cevap tartışmanın günümüzde geldiği şekliyle sonlandırılması bakımından yeterli olmayacaktır. Kimi çağdaş hukuk felsefecileri, hukuki pozitivizmin ve ortaya koyduğu hukuk anlayışının aslında *tasviri* olmadığını, tasviri olma görüntüsü altında *normatif* olduğunu ileri sürmektedirler. Buna göre, örneğin, pozitivistler "Hukuk şudur!" dediği zaman aslında "Hukuk şu şekilde anlaşılmalıdır!" demiş olmaktadır.³ Bu kişiler, argümanlarını zaman zaman yukarıda sözü edilen erken dönem normatif geleneğe dayandırmakta, hukuki pozitivizmin temel varsayımlarından olan *tarafsızlık ilkesini* mercek altına almaktadırlar.

Esasen, toplumsal olguları tasvir edebilme yeteneğimiz olduğu gibi reddedilmeyecekse ya da bu yeteneğe dair problemler tüm tasvir faaliyetleri

¹ HLA Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harvard Law Review 593, 598.

² ibid 599.

³ Bu anlayış bir yönüyle objektiflik varsayımında bulunan ahlaki önermelerin aslında duygu ifadeleri olduğu şeklindeki metaetik yaklaşımlara benzetilebilir.

bakımından geçerliyse, *bir eleştiri olarak hukuki pozitivizmin normatifliği* gücünü önemli ölçüde yitirmektedir. Buna rağmen, hukuki pozitivizmin –neredeyse- tüm normatif varsayımlardan arı bir konumda bulunma yönündeki varsayımının da temelsiz olduğunu gösteren emareler vardır. Bu doğrultuda, çalışmamızda hukuki pozitivizme yöneltilen *tüm görüntülerin aksine, gerçekte normatif bir teori olma* eleştirisinin hukuki pozitivizmin tasvir etme faaliyeti bakımından değil de, tasvir edilen gerçekliğin kapsamının belirlenmesi ve tanımlanması noktasında haklı sayılabileceği savunulacaktır.

I. İki Tür Normatif Pozitivizm

Doktrinde birçok farklı tür birçok farklı şekilde sunulmuş olsa da,⁴ normatif pozitivizmin çalışmamız açısından iki önemli türünden bahsedilebilir. *Etik pozitivizm*5 olarak adlandırabileceğimiz ilk türe göre, farklı yönleriyle hukuki pozitivizm *olması gerektirir*. Bu gereklilik farklı yönler itibariyledir: hukuki pozitivizmin tasvir ettiği türden bir hukuk sistemi kabul edilip yerleştirilmelidir; teorisyenler ve hukuka tabi olanlar hukuku hukuki pozitivizmin anladığı şekilde anlamalıdır; hâkimlerin muhatap olduğu hukuk hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk olmalıdır. Andrei Marmor'un da işaret ettiği üzere, bu anlayış Hart'ın *Postscript*'inde sözünü ettiği hukuki pozitivizmin “tasviri ve ahlaken tarafsız” olduğu yönündeki iddiasıyla çelişmemektedir.⁶ Çünkü hukuk zaten hukuki pozitivizmin tasviri şekilde analizini yapıp varlığı için zorunlu ve yeterli unsurları ortaya koyduğu bir sosyal olgudur, bunun kabulünün ve toplumda hâkim kılınmasının iyi sonuçlarına işaret etmek bu olguyu bir isteğe dönüştürmez. Farklı bir ifadeyle, normatif hukuki pozitivizm bu anlamıyla tasviri anlamda hukuki pozitivizmi varsayan, yani bu anlamda hukuki pozitivizmin hukukun ne olduğuna dair tespitlerini kabul eden, ancak bununla yetinmeyip hukukun bu şekilde anlaşılmasının ayrıca *iyi* olduğuna işaret eden bir anlayıştır.

İkinci türde ise, “normatif hukuki pozitivizm” bizatihi normatif bir tez olmaktan öte, *hukuki pozitivizme yöneltmiş bir eleştiridir*. Buna göre, hukuki pozitivizm aslında hukukun ne olduğuna dair tasviri bir tez değil, hukukun nasıl anlaşılması gerektiğine dair normatif önermeler içeren normatif bir tezdır. Bu bakımdan etik pozitivizmden farklı, tasviri anlamda hukuki pozitivizmi varsaymaması, dahası bu olasılığı reddetmesidir. Burada eleştiri unsurunu sağlayan da temel olarak hukuki

⁴ Burada akla ilk gelen iradeci pozitivizm ve normatif pozitivizm ayrımındaki anlamıyla, yani hukuku bir normlar sistemi olarak gören anlayış olarak normatif pozitivizm olsa da, bu makalede sözü edilen anlamıyla normatif pozitivizm oldukça farklı bir içeriğe sahiptir. İlgili ayrımlar için bkz. Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,” *Oxford Journal of Legal Studies* 26, no. 4 (2006): 684–85. “Normatif pozitivizm” kavramını bu anlamıyla ilk olarak kullanan Jeremy Waldron'dur. Bkz. Jeremy Waldron, “Normative (Ethical) Positivism,” in *Hart's Postscript*, ed. Jules Coleman (Oxford University Press, 2001), 411–13.

⁵ Hukuki pozitivizmin hayata geçirilmesi gerektiğini ifade eden ilk kişi olmasa da, “etik pozitivizm” kavramını ilk ortaya atan Tom Campbell'dir. Bkz. Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Routledge, 1996).

⁶ Marmor (n 5) 685.

pozitivizmin tasviri ve değerlerden bağımsız olma yönündeki iddiasıdır. Ancak bu tasvirilik olasılığının reddini farklı şekillerde anlamak mümkündür. Aşağıda bu reddin farklı derecelerde anlamının tartışmayı nasıl yönlendirdiği ortaya konularak, hukuki pozitivizme yöneltilen *normatiflik eleştirisinin* ne ölçüde haklı olduğu tartışılacaktır.

II. Metodoloji Tartışması ve Kapsam Sorunu

Bir eleştiri olarak normatifliğin hukuki pozitivizm özelinde haklı olup olmadığıyla ilgili önemli bir soru bu durumun hukuki pozitivizme has bir problem mi, yoksa saf tasviri olma iddiasında olan tüm teorik çabaların kaderi mi olduğu olabilir. Eğer tasviri olma iddiasındaki herhangi bir çaba zorunlu olarak belli kabullerden, normatif önermelerden hareket etmek zorunda kalıyorsa, hukuki pozitivizm de buna dair ölçüyü aşmıyorsa, normatiflik eleştirisi bir anlamda gücünü yitirmektedir.

Bu durumu değerlendirmek için, öncelikle hukuki pozitivizme yönelik normatiflik iddia ve eleştirilerinin farklı yönler itibarıyla olduğuna dair ifadelerimizi hatırlatmak uygun olabilir. Yine, bazı yönler için etik pozitivist iddiaların eleştiriye tabi yönlerle bağlantısının olmadığı söylenebilir. Farklı yönler için normatiflik hallerini tüketici olmayan bir şekilde gruplandırmak gerekirse;

- (1) Öncelikle bir grup normatiflik iddialarının odağının hukuki pozitivizmin hukuk sisteminin işleyişi ve buna dair toplumsal sonuçlar olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür yaklaşımlar genellikle etik pozitivistin inceleme alanına girer ve bir eleştiri olarak normatif pozitivizmin konusunu oluşturmazlar.
- (2) İkinci grup normatiflik iddialarının odağı, kişilerin hukuk anlayışı üzerindedir ve ilgili iddialar bunun etik sonuçlarıyla ilgilidir. İster hukuka uyma bakımından halk tarafından olsun, ister teorik faaliyetler bakımından hukuk felsefecileri tarafından olsun, hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk anlayışının kabul edilmesinin pratik sonuçları tartışma konusudur ve yukarıda açıkladığımız şekliyle bir eleştiri olarak normatif hukuki pozitivizmin konusunu oluşturmazlar.
- (3) Üçüncü grup normatiflik iddiasının odağı doğrudan teori kurma sürecine ve bizzat hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk analizine dairdir; bu süreç ve analiz sonuçlarına değil. İşte, eleştiri olarak hukuki normatif pozitivizm bu noktalara yöneltilmiştir ve hukuki pozitivizmin tasvirilik perdesini kaldırmak için analiz süreci sonrasına değil, doğrudan analiz sürecine odaklanmak gerekir.

Elbette, bu üçüncü grupta yer alan normatiflik iddiaları doktrinde çok farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Dahası, bu iddialar kimi zaman tam anlamıyla eleştiri olarak değerlendirilemeyecek şekillerde ve her üç grubun harmanlanması yoluyla formüle edilmektedirler. Waldron, örneğin, bir hukuk anlayışının ortaya

konması noktasında hukuk felsefecisinin hukuk sisteminin diğer sistemlerden ayrılmasının ve bu ayrımın kişilerin hayatlarını yönlendirmeleri bakımından önemine dair bir normatif seçimden hareket etmek *zorunda* olduğunu iddia etmektedir.⁷ Bu bakımdan hukuki pozitivizm aynı zamanda normatif bir tezdır, ancak bu normatiflik bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Bu açıdan ele alındığında hukuki pozitivizmin eleştirilebileceği nokta, ilgili önem değerlendirmesini doğru şekilde yapmamış olması olabilir.

Bu tartışmaların özel bir kolu burada da inceleme konusu yapılacak olan *hukuk felsefesinin metodolojisi* hakkındadır. John Finnis ve Stephen R. Perry gibi yazarlar, normatif bir olgu olan ‘hukuk’ kavramının analizinin pozitivizmin benimsediği ‘metodolojik pozitivizm’ ya da tasviri yöntemle uygun şekilde yapılamayacağı, hukuk felsefecisinin bizatihi ahlaki argümantasyona dâhil olması gerektiğini iddia etmektedir. Bu gereksinimden farkında olmadan da olsa etkilenen hukuki pozitivistlerin analizlerine bakıldığında, normatif varsayımlara rastlanabilmektedir. Stephen R. Perry, bu doğrultuda Hart’ın *Postscript*’inde yer alan teorisinin değerlere karşı tarafsız ve tasviri olduğuna dair ifadelerinin⁸ gerçekle tutarlılığını inceler. Ona göre, Hart’ın ‘metodolojik pozitivizmi’ni bir tür ‘tasviri-açıklayıcı’ metoda benzetebiliriz. Bu tür yaklaşımlar, sosyal olgulara dair ‘dışardan’, değerlere karşı tarafsız ve tasviri teoriler kurmaya odaklanmıştır. Bu yaklaşımların ampirik veriyi karakterize etmelerinde esas alınan kriter bu karakterizasyonların açıklayıcı gücüdür, ki bu da sağladığı ‘öngörü gücü, teorik basitlik’ gibi ‘metateorik’ kriterlere göre belirlenir.⁹ Ancak Perry’e göre, Hart hukuk olgusunu –büyük ölçüde – tanıma kuralı aracılığıyla açıklarken bu metateorik kriterleri dikkate almamış görünmemektedir. Hart’ın tanıma kuralına tanıdığı merkezi önemi “sadece birincil normlara sahip hukuk sistemlerinin *sorunlu* olduğu” şeklinde temellendirdiği ifadeleri, normatif önermelerdir.¹⁰ Her ne kadar normatiflik kaçınılmaz olsa da; hukuki pozitivizmin (1) tasvirilik iddiası bir yönüyle gerçeği yansıtmamaktadır ve (2) normatifliğin teoriye dâhil edilme şekli – normatiflik içeren hukuk pratiğinin bu normatifliği içerdiğini dışarıdan bir bakış açısıyla tespit etmekle yetindiğinden – sorunludur.¹¹

Stephen R. Perry ve benzeri argümanları daha önce ileri sürmüş olan John Finnis’in görüşleri hukuki pozitivist Brian Leiter tarafından eleştirilmiştir. Finnis’e göre, teori inşası sırasında olgular arasında öneme dayalı bir seçim yapılmak zorundadır ve bu da zorunlu olarak teorisyen tarafından hukukun ne olması gerektiğine dair pratik akıl yürütmeyi gerektirmektedir. Leiter, her ne kadar öneme dayalı teorik unsur seçiminin

⁷ Waldron (n 5) 426–433.

⁸ HLA Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 240.

⁹ Stephen R Perry, ‘Hart’s Methodological Positivism’ in Jules Coleman (ed), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford University Press 2004) 320.

¹⁰ *ibid* 323.

¹¹ *ibid* 325–354.

zorunluluğunu kabul etse de, bu seçimin ahlaki ya da pratik akıl yürütme, başka bir deyişle Hart'ın varlığını tespitle yetindiği “içerden bakış açısı”na teorisyenin bizatihi bürünmesiyle gerçekleşmesi gerektiğini de, hukuki pozitivistin bu ya da farklı bir normatifliği barındırdığını da reddetmektedir.¹² Bu doğrultuda, Leiter *epistemik* ve *ahlaki* değerler arasında bir ayrıma girmektedir. Epistemik değerler, teori inşası sırasında dikkat edilmesi arzu edilen “ispata dair uygunluk, basitlik, yerleşik teorik varsayımlara ve metotlara uygunluk ve açıklamada tutarlılık gibi” değerlerdir. Ahlaki değerlerse, “pratik rasyonellik” ve “nasıl yaşamalıyız, başkalarına karşı yükümlülüklerimiz neler” gibi sorularla ilgili olan değerlerdir.¹³

Kanımızca, her ne kadar felsefecinin doğrudan normatif değerlendirmelerde bulunmasının gerekip gerekmediği ayrıca tartışılması gerekirse de, bir sosyal olgu olarak hukukun anlaşılmasında hukuki pozitivistin “içerden bakış açısı”na dışardan bakışı yeterli görünmemektedir. Hukukun sosyal bir olgu olması, doğal olarak onun anlaşılmasının hukuka katılıp onu sürdürenlerin hakkındaki bakış açılarını *içeriksel* olarak dikkate almayı gerektirir; yapay olgu olarak hukukun doğası bu *içerik* tarafından kurulmaktadır.¹⁴ Yani, her ne kadar teorisyen bizatihi içerden bakış açısıyla hukuka bakmak zorunda değilse de, hukuku içeriden bakanların perspektifini yeterli ölçüde yansıtması ve bunun için de içeriden bakanların hukuk anlayışının içeriğini ortaya koyması elzemdir.

Buna rağmen, diyelim ki hukuki pozitivistin analizi Perry'nin iddia ettiği şekilde kusurlu olmasın. Yani, hukuk kavramını uygun bir metodoloji ile ele almadığı yönündeki iddiayı göz ardı edip, kullandığı metodolojinin uygun metodoloji olduğunu varsayalım. Bu halde, pozitivist inceleme konusu her neyse – çünkü inceleme konusunun hukuk kavramı olduğunu kabul edersek metodolojinin uygun olmadığını kabul etmek zorunda kalıyoruz – bunu tasviri şekilde ele aldığını ve bunda başarılı olduğunu söylemiş oluyoruz. Bu durumda da hukuki pozitivistin analizini yaptığı olgunun, *yerel hukuk sistemleri mekaniği* olduğu söylenebilir.

Sorulması gereken soru, somut gerçeklikler baz alındığında, bir olguyu hukuk ya da hukuk sistemi olarak tanımlamak bakımından kapsamın ne olması *gerektiğidir*. Burada sözü edilen gereklilik, Finnis ve Perry'nin iddia ettiği gibi ahlaki/pratik değerlendirme değil, ilgili sosyal olguyu uygun şekilde analiz etme anlamındaki gerekliliktir. Misalen, bir elmanın, *elma* olarak tanımlanmasında normatif bir yön görünmemektedir. Belki kapsamlı bir analiz durumunda elma çekirdeği, elma ağacı ve bitkilerden genel olarak bahsetmek makul olabilir. Aynı şekilde, hukuk normunu *hukuk normu* olarak tanımlamak, yani onu tasviri olarak bu şekilde adlandırmakta

¹² Brian Leiter, ‘Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence’ (2003) 48 American Journal of Jurisprudence 17, 33.

¹³ ibid 34–35.

¹⁴ Abdullah Ada, ‘Yapay Olgu Teorilerinin Hukuki Pozitivism ve Doğal Hukuk Teorisi Ile Uyumluluğu’ (2019) 6 Hukuk Kuramı 22.

normatif bir eğilimden söz etmek mümkün değildir. Bu durum, hukuki pozitivizmin özellikle sosyal kaynak tezi bağlamındaki birçok tespiti bakımından da geçerli sayılabilir. Bununla birlikte, nasıl belirli bir elma ağacının sadece yeryüzünde – görünen- kısmı belli amaçlar bakımından *elma ağacı* olarak adlandırılmayacaksa, hukuk ve hukuk sistemi bakımından da aynısı geçerli sayılmalıdır. Belli amaçlar doğrultusunda yer üstünde kalan kısma elma ağacı demek uygun olabileceksede – misalen ağacı günlük yaşamda bir çocuğa tanıtırken işaret edip “bak, bu bir elma ağacı!” derken olduğu gibi – yalnızca bu kısmı inceleyip elma ağacı olgusunun tam bir analizinin sunulduğunu iddia etmek doğru olmayabilir.

Bu, bizi sonraki bölümde detaylı olarak incelenecek *kapsam sorununa* götürmektedir. Bu sorun, analiz konusu olgu ile olguya dair çizilen teorik sınırlar arasındaki uyumun sağlanması sorunudur. Keza, Austin ve sonrası analitik hukuk felsefenin çıkış noktası da ahlakın hatalı olarak hukuk olgusuna dahil edilerek anlaşılmasının eleştirilmesi olmuştur. Yine, H.L.A. Hart da Austin’i hukukun sınırlarını çizerken buyruk şeklinde formüle edilmemiş normları dışarıda bırakmakla suçlamıştır. Elbette, bu eleştiriler yapılırken hukukun *gerçekte ne olduğu* baz alınmış, Finnis-Leiter tartışmasında ön plana çıkan *önem değerlendirmesine* dair bir hata kastedilmemiştir. Bu bakımdan, eğer hukuki pozitivizmin normatifliğiyle kapsam sorunu arasında bir bağlantı kurabilirsek, Leiter’in yukarıda sözü edilen savunmasıyla da karşılaşamayacak bir eleştiri ortaya koymuş olabiliriz. Bu bakımdan, aşağıda ele alınacak düşünce hukukun gerçekte ne olduğu ve hukuk felsefecisi tarafından çizilen sınırlar noktasına odaklanmaktadır. Eğer hukuk gerçekte daha geniş ya da daha dar bir kapsama sahipse ve hukuki pozitivizm bilinçli olarak bu kapsamı değil de daha dar ya da daha geniş bir kapsamı hukuk olarak kabul ediyorsa, bu bir anlamda hukukun *bu kadarıyla* ele alınmasının *iyi* olacağı düşüncesine dayanıyor olabilir. Burada ‘olabilir’ şeklinde kesin olmayan bir ifade kullanmak kanımızca doğrudur; çünkü pozitivizmin görüntünün aksine normatif bir teori olduğu iddiası büyük ölçüde *niyete* odaklanmış bir iddiadır. Yukarıda Finnis ve Perry tarafından izlenen strateji ise, hukuk kavramı hakkında teori kurmanın doğası gereği normatif bir faaliyet olmak *zorunda* olduğu fikrine dayandığı için kesin ifadeler kullanılması tutarlıdır. Bununla birlikte bu çalışmada tasviri teorik faaliyetin hukuk bakımından mümkün olabileceği varsayıldığından, bu tasviri faaliyetin normatif kaygılarla yönlendirildiğine dair işaretler aranmaktadır. Aşağıda, bu doğrultuda Hart’ın *The Concept of Law*’unda uluslararası hukuka dair düşünceleri incelenecektir.

III. “Uluslararası Hukuk Gerçekten Hukuk mudur?”

Kapsam bakımından normatifliğin incelenmesinde Hart’ın uluslararası hukuk analizinin seçilme nedeni açıktır. Eğer Hart, hukuku *olması gerektiğinden* daha dar bir çerçevede incelemişse, misalen – kapsama alınması *gerektiği* varsayımında –

uluslararası hukuku hukuk analizinin dışında bırakmışsa, bunun hukuk kavramının *bu şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bir tavra* işaret ettiği; en azından tasviriden öte (*description*) buyruğun (*prescription*) söz konusu olduğu tahmin edilebilir. Elbette, burada *olması gereken* kapsamın ne olduğuna dair düşüncelere ayrıca odaklanmak gerekir.

Hart'ın uluslararası hukuka dair analizinin, temel olarak “uluslararası hukuk gerçekten hukuk mudur?” şeklinde kabaca formüle edilebilecek soruna odaklandığını söyleyebiliriz.¹⁵ Hart bu doğrultuda öncelikle uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığını savunanlarca ileri sürülen “bağlayıcı olmaması” gibi özellikleri inceleyerek aslında bu türden hukuka dair zorunlu olmayan unsurlara dayalı argümanların geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. “Yerel” hukuku hukuk yapan bağlayıcılığı olmadığından, uluslararası hukukun hukuk olmadığı da bağlayıcı olmadığı düşüncesi temelinde savunulamaz. Bunun yerine Hart, ilgili sorunu tartışmanın hukuku hukuk yapan özelliği, yani neyin sisteme dahil olup olmadığının kendisi aracılığıyla belirlenebildiği *bir tanıma kuralına* sahip olması bakımından tartışmayı yeğler. Yalnız Hart bu tartışmayı doğrudan yürütmek yerine, uluslararası hukukun hukuk olduğu yönünde şüpheleri olanların aslında *neyi* kastediyor olabileceği üzerine yoğunlaşır. Bu noktadaki kafa karışıklığını sonuç olarak şu şekilde ortadan kaldırmak ister: benzer amaçlara odaklanıp benzer yöntem ve ilkeleri benimsediklerinden yerel hukuk ve uluslararası hukuk *fonksiyon ve içerik* bakımından benzemekte, ikincisinin birincisinin aksine ikincil kuralları olmadığından *formları* bakımından ayrışmaktadırlar.¹⁶

Hart'ın ulaştığı nokta ilk bakışta oldukça makul görülebilirse de, yaptığı ayrımın aslında yerel hukukla uluslararası hukuk arasında değil, *hukukla* uluslararası hukuk arasında olduğu fark edildiğinde bu izlenim ortadan kalkmaktadır. Ona göre, misalen Londra gibi özel isimlerden farklı olarak, hukukun ne olduğu sorusu salt konvansiyona – ya da insanların neyi hukuk olarak adlandırdığına – bakılarak cevaplandırılmaz. Londra, herkes orayı Londra olarak adlandırdığı için Londra'dır. Ancak, “*tüm ciddi disiplinler bakımından o disiplinin genel terimlerinin neye uygulanacağı her zaman bir prensibe ya da rasyonele dayalıdır*”.¹⁷ Dolayısıyla hukukun ne olduğunun tespiti için insanların neyi hukuk olarak kabul ettiğine dair konvansiyonu değil de, kavramı kullananlara her zaman açık olmayabilecek bazı temel prensipleri esas almak gerekecektir. Bilindiği üzere, Hart için hukukun varlığı bakımından en temel prensip tanıma kuralının varlığı olmuştur. Bu noktada iki önemli hususa işaret etmek gerekir:

¹⁵ Bu ifade doğrudan Hart tarafından kullanılmıştır. Bkz. Hart (n 9) 214.

¹⁶ ibid 237.

¹⁷ ibid 215.

- 1) Bu prensiplere nasıl ulaşılabılır?
- 2) Konvansiyonun rolü ne olacaktır?

Konvansiyonun kavramın sınırlarını tespitteki rolünün tamamen reddinin makul bir yaklaşım olmadığı düşünülebilir. Keza, kavramı kullananların hukuktan ne anladığından tamamen kopuk bir analiz bir anlamda hayal ürünüdür. Bununla birlikte, Hart'ın yaklaştığı noktadan bakıldığında kavramın doğru kullanımını belirleyen ilkelerle konvansiyonel kullanım arasındaki – olduğu kadarıyla – uyum *rastlantısal* görünmektedir. Bir ihtimal, bilinçli ya da bilinçsiz olarak kişiler bu temel belirleyici ilkeleri, hata payı mevcut olmak şartıyla, kullanarak neyin hukuk olup neyin olmadığını ayırt edebilmektedirler. Ancak sonuç değişmemektedir; ilkeler her zaman belirleyici olmakta, konvansiyon ilkelerden sonra gelmektedir. Bu durumda konvansiyon bize en fazla ilkelerin içeriğine dair kesin olmayan bir fikir verebilir.

Peki, hal böyleyken, söz konusu ilkelere nasıl ulaşılabılır? Hart'ın tüm kitap boyunca olduğu gibi, uluslararası hukuka ayırdığı bölümde de başlangıç noktasının konvansiyonel kullanım olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığını yanlış argümanlarla savunanların düştüğü iki yanılıya işaret ederek, “her iki yanılı da uluslararası hukukun, *hukukun açık, standart örneği olarak kabul edilen yerel hukukla* zıtlaştırılmasından doğmaktadır” demektedir.¹⁸ Ancak her ne kadar konvansiyonel kullanıma önceki bölümlerde çok daha fazla önem vermiş olsa da burada yalnızca başlangıç noktasıdır. Belirtildiği üzere, kullanımı belirleyen – ya da belirlemesi gereken – ilkeler esas önemli olanlar ve konvansiyona bakılarak çıkartılmamalıdır.

Konumuz açısından önemli olan Hart'ın bu ilkelere nasıl ulaştığıdır. O, kitabın ilk bölümünde yaptığı işi – konvansiyonel anlamda – bir tanım faaliyetinden ayırarak şöyle tarif etmektedir: “[kitabın amacı] *yerel hukuk sisteminin* ayrık yapılarının geliştirilmiş bir analizini ortaya koyan bir hukuk teorisi sunmaktır”.¹⁹ Hemen aynı sayfada, Hart muhtemelen onuncu bölümde incelediği uluslararası hukuku kastederek, “Okuyucu kitapta kimi noktalarda “hukuk” veya “hukuk sistemi” kelimelerinin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından hukuk teorisyenlerinin şüpheye düştüğü *şüpheli örneklere (borderline cases)* dair tartışmalarla karşılaşacaktır” demektedir.²⁰ Bu

¹⁸ ibid 216.

¹⁹ ibid 17.

²⁰ ibid.

bakımdan uluslararası hukuk şüpheli örnek, yerel hukuk da açık örnek olmaktadır.²¹ Peki öncekini şüpheli sonrakini de açık örnek yapan ölçüt nedir? Öncelikle bunun Hart'a göre, her ne kadar tekrar tekrar atıfta bulunsa da, konvansiyonel kullanım olamayacağı açıktır, çünkü yaptığı inceleme genel kullanıma değil ilkelere odaklanmıştır. Keza, onuncu bölümde bizatihi kendisi konvansiyonel kullanım tarafından şekillenen uluslararası hukukun hukuk olmadığını "bağlayıcı" olmadığına bağlayan görüşleri eleştirmiştir. İkinci bir ihtimal, uluslararası hukuku şüpheli örnek yapanın uygulamaya dair yukarıda sözü edilen ilkeler olabileceğidir. Kitabın ilk ve son bölümleri birlikte değerlendirildiğinde, Hart'ın kastının bu olduğu söylenebilir; çünkü uluslararası hukukun şüpheli durumunu kendi ilkesine, yani tanıma kuralına – bunun bulunmamasına – bağlamıştır.

Kanımızca burada Hart'ın analizinde kapsama dayalı olarak ortaya çıkan bir normatifliğe işaret eden hususlar söz konusudur. İlk olarak, Hart'ın uluslararası hukuku şüpheli örnek olarak kabul etmesini sağlayan kriter, *yerel hukukun* incelenmesinden çıkarılan bir ilke olmuştur. Elbette, yerel hukuk kriter alındığında uluslararası hukuk şüpheli örnek konumuna düşmektedir. Ancak uluslararası hukuk esas alınsaydı, yani hukuk olmaya dair kriter uluslararası hukukun mekanizmaları incelenerek tespit edilseydi, bu kez yerel hukuk şüpheli örnek durumuna düşerdi.²² Burada akla doğrudan yerel hukuk ile uluslararası hukukun, öncekinin *hukukun* "açık ve standart" örneği olması bakımından bir farklılığın söz konusu olduğu, ilkelerin de yerel hukuktan çıkarılması gerektiği fikri gelmektedir. Ancak bu yargıya ulaşabilmek için yerel hukukun hangi gerekçeyle hukukun açık ve standart örneği olduğunu da temellendirmek gerekmektedir. Konvansiyonel olarak, yani insanların yerel hukuku bu şekilde kabul ettikleri gerekçesiyle öyle olduğunu kabul etmek yukarıda açıklanan sebeplerle mümkün değildir. Kalan tek ihtimal, Hart'ın yerel hukuku belli bir temellendirme olmaksızın hukukun esaslı örneği olarak kabul edip, uluslararası hukuku *hukukun* dışında bırakmış olmasıdır. Bu da deskriptiflik görüntüsü altında – hukukun sınırlarına dair – bir normatif tutuma, yahut en azından bir buyruğa (prescription) işaret etmektedir. Objektif bir bakışla, Hart'ın çalışmasının yerel hukuk sistemleriyle sınırlı, kitabın başlığında belirtilen ve kitap boyunca sıklıkla

²¹ Payandeh, konuyla ilgili makalesinde Hart'ın uluslararası hukukun "hukuk" olduğunu kabul ettiğini, ancak bir "hukuk sistemi" olmadığını belirttiğini iddia etmiştir. Her ne kadar makalemizde dile getirilen (normatiflik) iddia(sı), Hart'ın uluslararası hukukun hukuk ya da hukuk sistemi niteliğinden hangisini reddetmiş olduğundan bağımsız olarak sürdürülebilirse de, Payandeh'in Hart yorumuna katılmak mümkün değildir. Hart'ın konuya ilişkin aktardığımız ifadeleri incelendiğinde, uluslararası hukukun primitif ve modern hukuk sistemlerine farklı açılardan benzerliği, onun aslında hukuk olduğunun kabulü değil, hukukun şüpheli bir örneği olduğundan hukuk olduğunun reddi anlamına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır. Ayrıca Hart kanaatimce hiçbir yerde 'hukuk' ile 'hukuk sistemi' arasında bir ayrım yapmamış, en fazla 'primitif hukuk (sistemi)' ile 'modern-yerel hukuk sistemi' arasında ayrım yapmış ve bunlardan ikincisini hukuk kavramıyla bağdaştırmıştır. Payandeh'in yorumu ancak Hart'ın hukuk kavramını bu iki ayrı sistemi de kapsar şekilde kullanması halinde geçerli olabilirdi ki, bu Hart'ın çizdiği şemayla uyumlu değildir. Mehrdad Payandeh, 'The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart' (2011) 21 The European Journal of International Law 967, 977; Waldron ise, kanaatimizce isabetli şekilde, 'hukuk' ve 'hukuk sistemi' şeklindeki bu ayırmadan bahsetmemekte, konuyu doğrudan 'uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı' sorunsalı üzerinden incelemektedir. ibid 135.

²² Aynı yönde görüşler için bkz Payandeh (n 22) 980; Jason A Beckett, 'The Hartian Tradition in International Law' (2008) 1 The Journal Jurisprudence 51, 83–84.

vergulananın aksine, *hukuk kavramının* analizi sayılamayacak bir analiz teşkil ettiği söylenebilir. Buna rağmen, kitapta yerel hukuk, aşamalı olarak *hukuka* dönüşmektedir.

Son olarak, burada Perry'nin de işaret ettiği²³ başka bir noktaya da işaret etmek gerekir. Hart, belli yerlerde birincil ve ikincil kurallara dair temellendirmesini normatif gerekçelere dayandırıyor görünmektedir. Mesela, yine Onuncu Bölüm'de Hart;

*“Beşinci bölümde gördüğümüz üzere, yalnızca birincil kurallardan oluşan ilkel sosyal yapı, çok sıkı şekilde kenetlenmiş ve dünyadan izole toplumlar hariç tüm toplumlar bakımından önemli kusurlara sahiptir. Böyle bir rejimin durağan olması beklenir – çünkü kuralları sadece zamanla oluşup yok olma süreciyle değişebilir; kurallarını ve hangi durumlardan bunların ihlal edildiğini tespit etmek zordur; kuralları ihlal edenlere uygulanacak sosyal baskı da rastgele, zayıf ve zaman tüketicidir. Bu sebeple, ikincil kuralları yerel hukuk bakımından bu kusurlara farklı ama ilgili çareler olarak anlamayı aydınlatıcı bulduk.”*²⁴ demektedir.

Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayrımın sıklıkla işaret edilen bu normatif yönü, uluslararası hukuka dair yaptığımız çıkarımları da destekler mahiyettedir. Yerel hukuk sistemlerini anlamak için veya bu sistemlerde türlü işlevlere sahip olduğu için *faydalı* olduğu kabul edilen birincil ve ikincil kurallar ayrımının, ayrıca yerel hukuk sistemlerinin temel özelliği kabul edilmesi kabul edilebilirse de, kurumsal hukuk kavramını – hukuk kelimesinin tanımını değil – tüketici olduğunu savunmak için yeterli bir sebep görünmemektedir. Dolayısıyla yerel hukuk sistemlerine dair dışlayıcı sınırlama tarafından işaret edilen normatif ya da buyruksal seçim, bu sistemlerin anlaşılması bakımından *faydalı* görülen teorik araçlar tarafından desteklenmektedir.

IV. Hart'ı Suçlamak

Yukarıda çizilen tablo sırf Hart'ı eleştirmek adına girilen zorlama çabalardan birisi olarak görülebilir. Keza Hart, bir bilim adamı yaklaşımıyla ele aldığı bir sosyal olguyla – bu olgu zorunlu olarak *hukuk* olmasa da – başarıyla analiz etmiş görünmektedir. Bununla birlikte, III. Bölüm'ün son paragrafında ifade edilen, IV. Bölüm'de de dikkat etmeye çalıştığımız hususu gözden kaçırmamak gerekir. Tekrarlamak gerekirse, “tüm görüntülere rağmen normatif bir teori olma” iddiası niteliği gereği teorisyenin niyetine yönelmiş durumdadır ve bu bakımdan “şah-mat” türünden argümanlar ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. IV. Bölüm'de de, her ne kadar Hart'ın geçerli gerekçeleri olmaksızın uluslararası hukuku hukukun dışarıda bıraktığını iddia etmiş olsak da, bunun normatif gerekçelere *ancak* işaret edebileceğini söylemek gerekir. Elbette, normatifliği her zaman ‘gizli bir politik/ahlaki niyeti olmak’ şeklinde güçlü

²³ Perry (n 10) 323.

²⁴ Hart (n 9) 227.

şekilde anlamamak gerekir, ki sözü edilen “şah-mat” türü argümanlar da bu tür niyetleri varsayar. Spontane, istemli veya istemsiz şekilde gelişebilen çeşitli motivasyonlar teorisi gerçeklerden koparıp belirli bir yöne çekebilir.

Bu bakımdan, her ne kadar başlangıçta uluslararası hukukun hangi normatif gerekçelerle hukukun dışında bırakılmak istenebileceğini hayal etmek güç görünse de, doktrinde uluslararası hukukun hukuk dışında bırakılmasının veya hukuka dâhil edilmesinin tümüyle politik gerekçelere dayandığı da savunulmuştur. Hans Kelsen, Hart’ın *The Concept of Law* kitabının yayınlanmasından daha önce bir tarihte yayımlanan *Saf Hukuk Kuramı* kitabında, her ne kadar Hart gibi uluslararası hukuku belli yönlerden primitif kabul etse de, temelde tümüyle farklı bir yaklaşım sergilemektedir: uluslararası hukukun yerel hukukla bir bütün oluşturduğunu, bu bütünün anlamının uluslararası hukukun yerel hukuk sistemlerini yetkilendiriyor olduğunu iddia etmekte ve uluslararası hukukun hukuk olma niteliğini reddedenleri “sübjektiflikle” suçlamaktadır. Sübjektiflik burada *güçlü anlamıyla* normatif motivasyonların varlığına işaret etmektedir:

“Sadece kişinin kendi devlet hukuk sisteminin değil, aynı zamanda diğer hukuk sistemlerinin ve özellikle uluslararası hukukun da geçerli hukuk normları olarak kavranması gerekliliği düalistik inşayı [...] kendi kendini yıkmaya zorlar. Ve düalistik inşanın taraftarlarınca bütünüyle ortaya çıkarılmamış olan sonuçları, düalistik görüşün altında yatan siyasal tasarımı açıkça ortaya koyar: Devletin egemenliği nosyonunu, [...] devletin en üstün hukuki topluluk olduğu nosyonunu muhafaza etmek. [...] Devlet hukuk sisteminin önceliği nihayetinde (egemenlik dogması çerçevesinde) sadece diğer devletlerin egemenliğini [...] değil, uluslararası hukuku da inkâr etmiş olur.”²⁵

Görüldüğü üzere, Kelsen’e göre, uluslararası hukukun hukuk olma niteliğini reddetmenin kökeninde devletin egemenliği yönündeki bir “siyasal tasarım” yatmaktadır. Yalnız bu güçlü tezi Hart’a veya Austin gibi uluslararası hukuk bakımından benzeri yaklaşıma sahip başka bir hukuki pozitivistte uygulamak oldukça zor görünmektedir. Bir kere iddianın açık-seçikliği noktasındaki soru işaretleri bir tarafa, belli bir yazar bakımından doğrulanabilirliği de şüphelidir. Özel olarak Hart bakımından, Austin’e yönelttiği egemenlik kavramı– kavramın gerçeklikte bir karşılığının bulunmadığı yönündeki – eleştirisi aksi yönde bir emare olarak gösterilebilir. Roger Cotterrell’e göre, Hart’ın hukuku bir normlar bütünü olarak kurgulamasının altında da hukukun üzerinde olarak tasvir edilen bir egemenin varlığını ret ve “Hukukun Üstünlüğü” ideali yatmaktadır.²⁶ Kelsen, ulus-devlet ve egemenlik anlayışına karşı duruşuyla, uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı sorununu politik bir mesele olarak görmeye daha yatkın görünmektedir.²⁷

²⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Nora Kitap 2016) 147–148.

²⁶ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Pinhan Yayıncılık 2019) 153–155.

²⁷ ibid 175–178.

Bu bakımdan Hart'ın yaptığı analiz yetersizlikle suçlanabilirse de, *tarafllukla*, yani güçlü anlamda bir normatif yaklaşımla suçlanması oldukça zor görünmektedir. Bu bakımdan en iyi strateji, onun kuramındaki görüntülere rağmen *buyruk* niteliği taşıyan unsurların izini sürmek ve analizdeki yetersizliğin bir tür *seçimden* kaynaklandığını göstermektir. Kanaatimizce uluslararası hukuk bakımından III. Bölüm'de belirtilen hususlar Hart'ın analizinde bu duruma işaret etmektedir. Hart'ın özelinde normatifliği sağlayan motivasyonların neler olduğunu tespit etmek ise kolay görünmemektedir. Elbette, Payandeh'in işaret ettiği gibi, *The Concept of Law*'un yazıldığı tarihte Milletler Cemiyeti'nin 2. Dünya Savaşı'nı önlemedeki başarısızlığı ve sonrasında gelen çöküşünün etkisini halen sürdürüyor olması ya da yazıldığı dönemde ileride uluslararası hukukta gerçekleşecek gelişmeleri öngörememiş olması gibi bazı konjonktürel hususlar da Hart'ın uluslararası hukuk hakkındaki görüşlerini etkilemiş olabilir.²⁸ Bununla birlikte, sonraki yıllardaki gelişmelere şahit olmasına rağmen Hart'ın orijinal metinde değişikliğe gitmemesi ve *Postscript*'te de mevzuya dair yeni görüşlere yer vermemesi, bu tür açıklamaların tek başına yetersiz olduğunu göstermektedir. Waldron'a göre, Hart'ın uluslararası hukuk yaklaşımını şekillendiren, daha doğrusu uluslararası hukukun *The Concept of Law*'da bu denli *kısır bir tartışma konusu olarak kalmasına sebep olan*, onun uluslararası hukuku “önemsiz” ve hukuk felsefesinin yalnızca ikincil bir ilgi alanı olarak görmesiydi.²⁹ Waldron'un Hart'ın doğrudan ifadelerine dayanan bu tespiti şüphesiz isabetlidir. Bununla birlikte, bu açıklama da Hart'ın *neden* analizini mevcut şekliyle ortaya koyduğunu tek başına açıklamamaktadır.

Kanaatimizce burada *The Concept of Law*'un “gövdesi” diyebileceğimiz yerel hukuk analizinde Hart'ın tanıma kuralına atfettiği merkezi öneme ve bu kavramla uluslararası hukukun analizinin oluşturabileceği zorluklara ayrı bir parantez açmak gerekir. Yerel hukuku ikincil normlar, en başta da tanıma kuralı aracılığıyla derin bir analize tabi tutan Hart'ın, Kitap'ta 10. Bölüm'e ulaştığında önünde genel olarak iki *seçenek* bulunmaktaydı: ya uluslararası hukuku da benzeri şekilde ikincil kurallar temelinde bir analize tabi tutacak ya da uluslararası hukukun tanıma kuralının bulunmadığından bahisle – tam anlamda – hukuk olma niteliğini reddedecekti. Burada sorulması gereken, Hart'ın seçiminin teorik gereklerle açıklanabilecek bir tür tercih olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, bu seçimin Leiter'in anladığı anlamda epistemik değerlerle, örneğin “açıklamada tutarlılık”la açıklanıp açıklanamayacağıdır. Payandeh ve Waldron, farklı yollardan da olsa, Hart'ın iddia ettiğinin aksine uluslararası hukukta da ikincil normların tespit edilebileceğini iddia ederken,³⁰ Beckett, Hart'ın genel yaklaşımının uluslararası hukuku açıklama bakımından yetersiz kaldığını savunmaktadır.³¹ Dolayısıyla, Hart'ın uluslararası hukuku da tanıma

²⁸ Payandeh (n 22) 979.

²⁹ Waldron (n 22) 133; Bu hususa Payandeh de işaret etmiştir. Payandeh (n 22) 979.

³⁰ Payandeh (n 22) 989–993; Waldron (n 22) 135–139.

³¹ Beckett (n 23) 51.

kuralı çerçevesinde analizden imtina etmesi, Beckett'in savunduğu üzere yerel hukuk sistemlerini açıklamada kullanılan teorik araçların uluslararası hukuku açıklamakta yetersiz kalması kaynaklı, dolayısıyla epistemik değerlerle ilişkilendirilebilecek bir seçim olarak kabul edilebilir. Tanıma kuralı modelinin yerel hukuku açıklamakta geçen uzun zaman tarafından ispatlanan işlerliği ve aynı modelin birçok açıdan farklılık gösteren uluslararası hukuku açıklamadaki muhtemel yetersizliği, Hart'ın seçimini bu anlamda haklı gösterebilir. Bununla birlikte, Hart'ın bu yetersizliğin faturasını bizatihi modele değil de uluslararası hukuka kesmesi normatif izler taşıyan bir seçimi göstermektedir.³² Hart'ın karşı karşıya kaldığı ikilemde 10. Bölüm'de yapılması gereken, ya uluslararası hukukun analizi bakımından uygun ve farklı teorik araçlar seçilerek yeni bir analize girilmesi ya da kitabın münhasıran yerel hukuk analizine hasredildiği kabul edilerek 10. Bölüm'e hiç yer verilmemesiydi.

V. Sonuç: Tanıma Kuralının Ötesine Geçmek

Leiter tarafından ileri sürülen epistemik ve ahlaki değerler ayrımı, bizlere hukuk felsefesi hakkında önemli dersler vermektedir. Teorisyenin tümüyle dışında kaldığı bir teori kurma süreci söz konusu değilse de teorisyenin bu anlamda konumlandırılmasının nitelik ve yoğunluğunun tespiti önemlidir. Yukarıda, Hart'ın yapmaya giriştiği işi yetkinlikle yaptığı ancak *nitelendirme* noktasında hatalı olduğu savunulmuştur. Hart'ın yaptığı, hukuk kavramının değil, *yerel hukuk sistemi olgusunun mekaniğinin* analizidir. Hukuk tanımına odaklanmadığını belirtmesi de Hart için yeterli görünmemektedir, çünkü yerel hukuku açık ve standart örnek olarak kabul etmesi konvansiyonel kullanıma dayanmaktadır. Hart'ın yerel hukuktan farklı olması hariç uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığına dair bir argümanı olmadığından, genellemesinin bir *buyruk* teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Hart'ın metodolojik yaklaşımı baz alındığında yapılması gereken, hukuk kavramını karşılayan sosyal olguların incelenerek, bunları ayırışan özelliklerine rağmen hukuk kılan unsurların tespitidir. Uluslararası hukukun bizatihi varlığı, bu unsurun tanıma kuralı olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla hukuk kavramımızda uluslararası hukuk ve yerel hukukta ortak unsurlar, Hart'ın sözünü ettiği ilkelere ulaşmayı sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

³² Benzeri bir noktayı Beckett şöyle ifade etmektedir: “[...] Hart gerçekte uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığını iddia ederken haklıydı; ancak bu durum uluslararası hukuk ya da onun “hukuk” olma niteliğinden çok, Hart'ın modelinin metodolojik zayıflıkları hakkında bir şeyler gösteriyor”, ibid 83.

Bibliyografya/Bibliography

- Ada A, 'Yapay Olgu Teorilerinin Hukuki Pozitivizm ve Doğal Hukuk Teorisi Ile Uyumluluğu' (2019) 6 Hukuk Kuramı 22
- Beckett JA, 'The Hartian Tradition in International Law' (2008) 1 The Journal Jurisprudence 51
- Campbell TD, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Routledge 1996)
- Cotterrell R, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Pinhan Yayıncılık 2019)
- Hart HLA, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harvard Law Review 593
- , *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012)
- Kelsen H, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Nora Kitap 2016)
- Leiter B, 'Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence' (2003) 48 American Journal of Jurisprudence 17
- Marmor A, 'Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral' (2006) 26 Oxford Journal of Legal Studies 683
- Payandeh M, 'The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart' (2011) 21 The European Journal of International Law 967
- Perry SR, 'Hart's Methodological Positivism' in Jules Coleman (ed), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford University Press 2004)
- Waldron J, 'Normative (Ethical) Positivism' in Jules Coleman (ed), *Hart's Postscript* (Oxford University Press 2001)
- , 'International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence?' in Luis Duarte d'Almeida, James Edwards and Andrea Dolcetti (eds), *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'* (Hart Publishing 2013)

