

DOĞAL HUKUK: MODERN GELENEK***Brian H. Bix******Çeviren: Arş.Gör. Ertuğrul UZUN*****

Doğal hukuk kuramı, büründüğü farklı biçimlerle binlerce yıldır varolan, kozmik düzen, ahlâk ve hukuk arasındaki bağlantılar hakkında yapılan sistematik bir düşünüş tarzıdır. Değişik doğal hukuk kuramları, oldukça farklı amaçlara sahip olabilmektedir: örneğin, genellikle doğru eylem ve doğru tercih hakkında iddialar öne sürmek (ahlâk, ahlâk kuramı); ahlâkî bilginin nasıl edinilebileceğine ilişkin iddialar öne sürmek (bilgi kuramı, ahlâkî meta-kuram); ve hukukun ve hukukî kurumların doğru bir şekilde anlaşılabilmesine ilişkin iddialar öne sürmek (hukuk kuramı) gibi. İleride irdeleneceği üzere, gibi doğal hukuk, (hükümetin rolü ve sınırları ile doğal haklar açılarından) modern siyaset kuramının¹ ve uluslararası hukukun gelişmesinde merkezî bir rol oynamıştır.

* 'Natural Law Theory: The Modern Tradition', *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, ss. 62-103 (Jules L. Coleman & Scott Shapiro, eds., Kenneth Einar Himma, assoc. ed., Oxford: Oxford University Press, 2002). Yazarın ve yayıncının izniyle çevrilmiştir. Tüm hakları Oxford University Press'e aittir.

** **Frederick W. Thomas** Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota Law School.

*** Araş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Çevirenin notu (çn) olarak belirtilen durumlar dışında tüm dipnot, açıklama ve işaretler orijinal metne aittir. Yazarın metnin sonuna eklediği ek okuma listesi, çeviriye dahil edilmemiştir.

¹ Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin (1776) 'Doğa Yasaları'na dayanması ve 'çiğnenemez Yaşam, Özgürlük ve Mutluluğu Arama hakları'na gönderme yapması rastlantı değildir. Benzer bir şekilde, Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi de (1789), 'insanların doğal, vazgeçilmez ve kutsal hakları'ndan bahsetmektedir. (Amerikan metninde, doğal hukukla mutluluğu arama hakkının tuhaf bir şekilde eş tutulmuş olması, Burlamaqui'den (1694-1748) kaynaklanıyor olabilir. Bkz. Jean Jacques **Burlamaqui**, *The*

Bu çalışma, doğal hukuk kuramı hakkındaki son dönem yapıtlara, özellikle de (doğal hukukun etkisi açısından) pozitif hukuk² tartışmaları üzerine yoğunlaşmaktadır. Bununla birlikte, kaynaklandıkları geleneği ciddi bir şekilde kavramadan, modern çalışmaların kökenini ve yönelimini anlayabilmek zordur. Dolayısıyla çalışmamız, doğal hukuk kuramlarının kısa bir tarihi ve değerlendirmesi ile başlayacaktır.

Doğal hukuk yaklaşımının önemli görünümlerini Platon (İÖ t.429-347)³, Aristo (İÖ 384-322)⁴ ve Cicero'da (İÖ 106-43)⁵ bulmak mümkündür; düşünceye sistematik biçimini veren ise, Thomas Aquinas (t.1225-74)⁶ olmuştur. Ortaçağda ve Rönesans boyunca, Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-94), John Locke (1632-1704) ve Jean-Jacques Rousseau (1712-78) gibi yazarların yapıtlarında doğal hukuk ve doğal hak kuramları, dinî, ahlâkî, hukukî ve siyasî düşüncenin bölünmez parçası olmuştur. Doğal hukukun daha kapsamlı dinî, ahlâkî ve siyasî tartışmalarda oynadığı rol, belki de hiç şaşılmayacak bir şekilde, oldukça farklı görünümlere sahipti⁷. Doğal hukuk, bazı zamanlar, yerleşmiş

Principles of Natural and Political Law, trans. Thomas Nugent, 5. baskı (Cambridge: Cambridge University Press, 1807), özellikle Bölüm I, Kısım VI).

² 'Üst' ya da 'temel' bir kaynaktan çıkarılan ahlâkî ilkeleri içeren 'doğal hukuk'a karşılık, çoğunlukla 'pozitif hukuk'a, insanların (kendi) yönetimleri için yarattıkları ya da 'koydukları' hukuk olarak gönderme yapılmaktadır.

³ **Plato**, *Laws*, book IV, 715b, **Plato**, *The Collected Dialogues*, ed. E. **Hamilton** and H. **Cairns** (Princeton: Princeton University Press, 1961) içinde, 1306.

⁴ **Aristotle**, *Nicomachean Ethics*. Book V, 7: 1134b18-1135a5, *The Complete Works of Aristotle*, ii, 1790-1. ed. J. **Barnes** (Princeton: Princeton University Press, 1984) içinde. Doğal hukuk benzeri görüşleri antik Yunan tiyatrosunda da bulmak mümkündür. Bkz. ör. **Sophocles**, *Antigone*, *The Oedipus Plays of Sopocles*, trans. P. **Roche** (New York: New American Library, 1958) içinde, 210.

⁵ **Cicero**, *Republic*, III.xxii.33 ve *Laws*, II.v.11-12, *De Re Republica; De Legibus*, trans. C. W. **Keyes** (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1928) içinde, 211, 383, 385.

⁶ Thomas **Aquinas**, *Summa Theologiae*, I.II (ikinci bölümün ilk bölümü), Questions 90-7, Thomas **Aquinas**, *The Treatise on Law*, ed. R.J. **Henne** (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1993) içinde.

⁷ Bir yorumcu, doğal hukukun bir gruplanış şekliyle ilgili olarak şunları yazmıştır: 'farklı doğal hukuk kuramları, ahlâkî, dinî ve siyasî savaşlardaki etkili silahlardı, büyük ölçüde farklı amaçlara göre şekillenmişlerdi'. Knud **Haakonssen**, 'The Significance of Protestant Natural-Law Theory', 'Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues' konulu Hester Semineri'nde sunulmuş yayımlanmamış tebliğ, Wake Forest University, Nov. 1997, s. 1.

belirli bir din ya da daha genel olarak kurulu düzen ile tanımlanırken, başka zamanlarda ise radikal değişimi savunmak için kullanılmıştır. Benzer bir şekilde, doğal hukuk geleneğindeki yapıtlar zaman zaman, daha çok birey temelli sorunlarla -iyi ('ahlâkî', 'erdemli') bir yaşam nasıl yaşanır?⁸- ilgili görünmüş; daha başka zamanlarda ise, ilgi toplumsal ve uluslararası olmak üzere daha kapsamlı olmuştur -sahip olduğumuz farklı değerler ve düşüncelerle birlikte, altında barış içinde yaşayabileceğimiz normlar hangileridir? -⁹.

Kendilerini doğal hukuk geleneği ile tanımlayan bazı modern kuramcılar, klasik doğal hukukçulardan farklı amaç ve yaklaşımlara sahip olduğu görülmektedir. Klasik kuramcılar çoğu, temelde ahlâk ya da siyaset kuramcısıydı. Sordukları sorular ise, 'bir kişi nasıl ahlâklı hareket eder?' ya da daha özelde, 'kişinin bir vatandaş veya resmî memur olarak ahlâkî yükümlülükleri nelerdir?'¹⁰ ve 'meşru (yani ahlâkî) yönetsel eylemin sınırları nelerdir?' şeklindeydi. Buna karşılık, modern doğal hukuk geleneği içerisindeki bazı modern kuramcılar (fakat kesinlikle hepsi değil)¹¹, dar anlamda, toplum ya da hukuk kuramcısıdır. Temel tartışmaları, toplumu ve hukuku

⁸ Bir yorumcuya göre, pek çok doğal hukuk kuramcısının 'ahlâkî metafizik bir çerçevede gördüğü' kabul edilebilir. **Haakonssen**, 'The Significance of Protestant Natural-Law Theory', 4.

⁹ Jerome **Schneewind** bu konuyu, 'Grotius Sorunsalı' olarak adlandırır, J. B. **Schneewind**, *The Invention of Autonomy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 70-3, ve bu sorunsalın sadece Grotius'ta değil, ondan sonraki neredeyse tüm önemli doğal hukuk kuramcılarında da bulunduğunu söyler. Bu, aynı zamanda çağdaş bir kuramcının, John **Rawls**'un, bazı düşüncelerini de önceden haber vermektedir. Ör. bkz. John **Rawls**, 'The Idea of an Overlapping Consensus', *Collected Papers* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), 421-48.

¹⁰ Doğal hukuk kuramcıları, ahlâkî konularla, çoğunlukla, bir adım uzaktan, yani 'meta-kuram' konularıyla, ilgilenmişlerdir: ör. kişi ahlâkın neyi gerektirdiğini nasıl *belirler?*; ve, ahlâk hakkındaki bir önermeyi doğru ya da yanlış yapan şey nedir? Örneğin, hem **Aquinas**'ın *Summa Theologiae*'si hem de John **Finnis**'in *Natural Law and Natural Rights*'i (Oxford: Clarendon Press, 1980) büyük ölçüde bu tip sorunlara hasredilmiştir.

¹¹ Doğal hukuk kuramı üzerine kaleme aldığım daha önceki bir makalede, gelenek içerisindeki ahlâkî/siyasî kuramcıları, hukukî/toplumsal kuramcılardan, 'geleneksel' ve 'modern' doğal hukuk kuramı başlıkları altında birbirinden ayırmıştım (şimdi bu nitelemeyi, kolaylaştırıcı olmaktan ziyade yanıltıcı buluyorum). Bkz. Brian **Bix**, 'Natural Law Theory', *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis **Patterson** (Oxford: Blackwell, 1996) içinde, 223-40. Benzer bir ayırım, Philip **Soper**'de de bulunabilir, 'Some Natural Confusions About Natural Law', *Michigan Law Review*, 90 (1992), 2393, 2394-403.

açıklamaya ya da anlamaya yönelmiş diğer yaklaşımlarla yan yanadır. Esasen, modern doğal hukuk kuramının büyük bir kısmı, hukuk hakkındaki düşünüşe alternatif bir yaklaşım şeklinde, hukukî pozitivizme bir tepki olarak gelişmiştir. İleride tartışılacağı gibi, doğal hukuku temelde birbiriyle bağlantılı iki farklı türde görmek mümkündür. Bunlardan birisi ahlâk/siyaset kuramı olarak doğal hukuk, diğeri ise hukukî/toplumsal kuram olarak doğal hukuktur. Birbirleriyle bağlantılı oldukları nokta, her ikisinin de hukuku sadece yöneten olarak değil, aynı zamanda yönetilen olarak görmeleridir¹².

1 GELENEKSEL DOĞAL HUKUK KURAMI

1.1 Tanım

Bir kuramı ‘doğal hukuk’ kuramı yapan şey nedir?¹³ Bu sorunun, doğal hukuk kuramı hakkında yazan ya da kendilerini ‘doğal hukuk kuramcısı’ olarak isimlendiren kuramcılarının sayısı kadar yanıtı bulunmaktadır. Önerilen tanımların bir kısmı oldukça geniştir. Kendilerini ‘doğal hukuk kuramcısı’ olarak isimlendiren bazı yorumculara göre, bir kuramın bu kategoriye uyması için gerekli olan şey, değerleri bir amaç ve insan aklı tarafından anlaşılabilir

¹² Bağlantılı olmakla, mantıksal bir zinciri ya da birinin peşinden giderken diğerini reddetmenin tutarsızlık olacağı başka bir sıkı bağı kastetmiyorum. İleride daha açık bir şekilde ortaya koyacağımız gibi, ahlâk hakkındaki bir doğal hukuk görüşüne katılırken, aynı zamanda, doğal hukukun toplumsal kuram ve hukuk kuramı hakkındaki tutumuna (ya da bunun tersi), tutarlı bir şekilde karşı çıkmak olanaklıdır. İfade etmeye çalıştığım tek şey, ‘doğal hukuk’ adı altındaki farklı kuramların tutum ya da yaklaşımlarındaki genel benzerliktir.

¹³ Birşeyin ‘doğal hukuk’ ismini taşıyıp taşımadığının ya da kuramları bu kategoriye dahil etmek veya kategorinin dışında bırakmak için hangi ölçütlerin kullanıldığının neden önemli olduğu sorulabilir. Buna verilecek kısa yanıt, bunların hiç de önemli olmadığıdır (ya da olmaması gerekir). Etiket, sadece bir etikettir ve bir kuram, bağlantılı olduğu yaklaşımın, okulun, ya da geleneğin ayakları üzerinde değil, kendi ayakları üzerinde yükselir. Denebilir ki, (1) yaşamın büyük karmaşası (ve neredeyse onun kadar karmaşık kuramsal literatür) karşısında, şeyleri tek tek değil de kategoriler içinde ele almak, doğal ve anlaşılabilir bir tepkidir; (2) belirli bir kuram kategorisinin niteliklerini ve güçlülük ve eksikliliğinin betimlenmesinin yararlı olduğu durumlar vardır; ve (3) bazı kuramcılar, belirli bir geleneği devam ettirmekten ve kendilerini, geçmişteki büyük bir düşünür tarafından başlatılan bir projeyi devam ettiriyor görmekten gurur duyarlar (bu düşünür, Thomas **Aquinas**, Thomas Hobbes, Hans **Kelsen** ya da H.L.A. **Hart** olabilir).

olarak görmesidir¹⁴. Böyle bir yaklaşımın dışında pek az şey kalmaktadır: bu durumda neredeyse tüm ahlâk kuramları, en sert halleriyle ahlâkî görecelik, şüphecilik ve bilinemezlik, şöyle ya da böyle, bir doğal hukuk kuramı olarak nitelendirilebilir¹⁵. Çok tabii olarak, John Finnis'te (1940-) ve kendini doğal hukukçu olarak tanımlayan diğerlerinde, bu kategori içinde bulunma iddiası, tanınmış seflerinin görüşlerine değinmek, bunları tartışmak ve geliştirmek suretiyle bilinçli bir şekilde belli bir gelenek¹⁶ içerisinde çalışmış olmayla desteklenmektedir¹⁷.

Pek çok yorumcu bu kategoriyi, 'doğal' kelimesine daha fazla içerik katarak daha dar tanımlamaktadır¹⁸. Ne var ki burada bile, 'doğal' kelimesinin

¹⁴ Bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 23-5; Philip **Soper**, 'Legal Theory and the Problem of Definition' (kitap incelemesi), *University of Chicago Law Review*, 50 (1983), 1170, 1173-5 (**Finnis**'in konumunu tartışarak).

¹⁵ Bkz. **Soper**, 'Legal Theory and the Problem of Definition', 1174-5 ve n. 21; aynı zamanda bkz. Russell **Hittinger**, 'Varieties of Minimalist Natural Law Theory', *American Journal of Jurisprudence*, 34 (1989), 133-5. Daha geniş bir tanım altında, örneğin deontolojik kuramlar dışarıda bırakılacak gibi görünmez ve hatta Faydacılar ve diğer sonuççular da, ahlâkî hakikatlerin nesnel ve akıl ile kavranabilir olduğuna inandıklarını söyleyebileceklerdir. Bazı doğal hukuk tartışmaları, deontolojik kuramları ve 'hak ve adalete ilişkin toplayıcı anlayış[lar]'ı gelenekten, başka nedenlerle, açıkça dışlamaktadır. Ör. bkz. John **Finnis**, 'Natural Law', *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vi (London: Routledge, 1998) içinde, 685-90, 687; aynı zamanda bkz. Robert P. **George**, 'Natural Law Ethics', *A Companion to Philosophy of Religion*, ed. Philip L. **Quinn** ve Charles **Taiiaferro** (Oxford: Blackwell, 1997) içinde, 460-5, 462-3.

¹⁶ Bu çerçevede, şuna da işaret etmeliyiz: 'Tarihsel olarak, gerçekten tek bir doğal hukuk geleneği değil, pek çok gelenek vardır'. Russell **Hittinger**, 'Introduction', Yves R. **Simon**, *The Tradition of Natural Law*, ed. Jukan **Kuic** (New York: Fordham University Press, 1965) içinde, xiii-xxxii, s. xix.

¹⁷ Krş. Robert P. **George**, *In Defense of Natural Law* (1999), 1. Finnis, doğal hukuk ismi altında gelmiş diğer kuramcıların tarihçesini değil, bir doğal hukuk kuramı ortaya koyduğu konusunda ısrarlıdır. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 24-5. Aynı zamanda, bu yapıtı (ve diğer çalışmalarının çoğu), **Augustine**, **Aquinas**, Gabriel **Vazquez**, Francisco **Suárez**, Francisco de **Vitoria**, Germain **Grisez** ve bu gelenek içinde çalışmış diğer pek çoğuna yapılmış göndermelerle ve bu isimlerin tartışmalarıyla doludur.

¹⁸ Böyle bir temelde, tanınmış bir doğal hukuk kuramcısı, Russell **Hittinger**, John Finnis'in ve Germain **Grisez**'in tanıma uymadığını söyleyebilmektedir. Bkz. Russell **Nittinger**, *A Critique of the New Natural Law Theory* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987), 8 (Grisez-**Finnis** yaklaşımının tanıma uymadığını, çünkü doğal hukukun 'hukuka, bir şekilde "doğal" olduğu ve doğaya bir şekilde normatif olduğu için sadakat' gerektirdiğini söyler).

açıklanış şekilleri temel farklar gösterebilmektedir: örneğin, (1) Ahlâk ilkelerinin ‘doğa’dan ya da normatif olarak yüklü bir evrenden okunabilen ahlâk ilkeleri¹⁹; (2) insan doğasına bağlı ahlâk ilkeleri -ki burada ‘doğa’ kelimesi, ortak temel insan karakteristiğine ya da (bunun farklılık gösterdiği yerde) insan erekselliğine ilişkin bazı tartışmalara, daha geniş, çoğunlukla da ilahi bir plan içindeki amaç ya da hedefimize işaret etmek için kullanılmaktadır²⁰; ve (3) ahlâkî hakikate ilişkin, insan olarak doğamız nedeniyle sahip olduğumuz bir bilgi türünün mevcut olduğu²¹ gibi.

¹⁹ Bkz. ör. Lloyd L. **Weinreb**, *Natural Law and Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 15-42; Ronald R. **Garet**, ‘Natural Law and Creation Stories’, *Religion, Morality and the Law*, Nomos XXX, ed. J. Roland **Pennock** ve John W. **Chapman** (New York: New York University Press, 1988) içinde, 218-62, 219-20 (‘Temeldeki düşünce, doğanın dikkatli bir şekilde gözlemlenmesinin, hangi rejimin ya da temel toplumsal yapının bizim gibi varlıklara en iyi uyduğunu anlamamızı olanaklı kıldığıdır’). Bu görüş sadece Batılı doğal hukuk kuramlarında değil, Çinli yeni-Konfüçyüsçü gelenekteki bazı kuramcılarda da bulunmaktadır. Ör. bkz. Tu **Wei-Ming**, *Neo-Confucian Thought in Action* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1976), 167-8 (Chu Hsi’nin *ko-wu*, ‘şeylerin araştırılması’, kavramını yorumlamasını tartışırken).

²⁰ Bakış açılarındaki karşıtlığa örnek olarak, **Suárez**’in ahlâk ilahiyatçısını doğanın yasalarını belirlemede en uygun uzman olarak görmesine karşılık, **Pufendorf**’un bu araştırmayı ahlâk ilahiyatçısına yer olmayan tamamıyla seküler bir alan olarak görmesi verilebilir.

Sadece doğal hukuk kuramcıları içinde değil, genel olarak ahlâk/değer kuramcıları içinde, Aristo ve Aquinas gibi klasik teleolojik yazarlar ile, kabaca **Grotius**’tan sonraki çoğu yazar arasında temel bir ayrımın olduğunu söylemek mümkündür. Klasik yazarlar, güçlü bir insan erekselliği düşüncesine sahiptiler ve bu nedenle insanların ne yapması gerektiği ile neyin onların çıkarına olduğunu eş tutabiliyorlardı ve bunu yaptılar da. Daha sonraki yazarlar ise dünyayı şu anda uyuşmsal olduğu şekliyle gördüler: ahlâkın taleplerinin genel olarak öz-çıkara (aydınlanmış öz-çıkara dahi) karşıt olduğu şeklinde. Bkz. Stephen **Darwall**, ‘Law and Autonomy: From Imposition to Self-Legislation’, yayımlanmamış nüsha.

²¹ Bu görüşe, örneğin, Fransız modern doğal hukuk kuramcısı Jacques **Maritain**’in (1882-1973) yapıtında rastlamak mümkündür. **Maritain**’e göre: ‘Bu [doğal] hukukun temel ilkeleri, doğuştan bilinmektedir, akıl veya kavramlar yoluyla değil -**Aquinas**’ı takiben, **Maritain**’in “vicdan” (synderesis) dediği faaliyet ile. Dolayısıyla “doğal hukuk”, “doğal”dır, çünkü, sadece insan doğasını yansıtmakla kalmaz, aynı zamanda doğal olarak bilinir. **Maritain**, bununla birlikte, bu doğal hukuk bilgisinin insanlık tarihi boyunca ve bireylerin kapasite ve yeteneklerine göre değiştiğini de söyler ve bireyin ya da bir birlikteliğin ahlâkî farkındalığının artışından bahseder’. William **Sweet**, ‘Jacques Maritain’, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, güz 2000 baskısı içinde, <http://plato.stanford.edu>.

Klasik doğal hukuk geleneğindeki bir başka önemli farklılaşma, Aquinas'ın düşüncelerini yorumlamaya ve uygulamaya çalışanlar arasında görülmektedir. Tartışmanın taraflarından birisinin belirttiği şekliyle sorun, 'makul, iyi ve doğru olana ait bilginin, insan doğasının ya da insan için "doğal" olanın önsel bilgisinden çıkarıldığı' iddiası ile 'ahlâk alanındaki bazı şeylerin, *makul* olarak değerlendirilebildikleri sürece insan için "doğal" ve insan doğasıyla açıkça uyumlu olduğu ve bu söylem alanındaki bazı şeylerin, *makul olmadıkları* kabul edildiği sürece, "doğal olmadıkları" ve ahlâken yanlış oldukları' iddiası arasında ortaya çıkmaktadır²². Bu tartışma, bir tarafın insan doğası ile iyi ve doğru arasında bir bağlantı kurduğu, diğer tarafın ise böyle bir bağlantıyı kabul etmediği anlamına gelmez. Konu, daha çok epistemoloji -bilgiye giden yol sorunudur. Bir taraf doğrunun ve iyinin bilgisine insan doğasını inceleyerek ulaştığımızı savunurken, diğer taraf iyi ve doğrunun bilgisinin, insanın temel iyilerinin ve ahlâk normlarının bu şekilde oluşu, insan doğası öyle olduğu için olsa bile²³, başka bir yoldan (çoğunlukla ussallık ile amprik gözlemin karışımı) geldiğini savunmaktadır²⁴. Ahlâkî hakikatleri, insan doğası hakkındaki betimleyici iddialardan çıkarmaya çalışmanın açık bir avantajı, böyle bir çabanın, 'olması gereken'in, 'olan'dan uygun olmayan bir şekilde çıkarılması gibi (Bölüm 1.5'te özetlendiği şekilde) bir itirazla karşılaşılmayacak olmasıdır²⁵.

Farklı biçimlerdeki geleneksel doğal hukuk görüşlerini birleştiren ve hatta ahlâkî/siyasî doğal hukuk kuramlarını hukukî/sosyal doğal hukuk kuramlarına bağlayan geniş, belki de metaforik bir nosyonun var olduğu düşünülebilir²⁶. Doğal hukuktaki ilgi, uylasmsal hukuktan, medenî hukuktan

²² **George**, 'Natural Law Ethics', 462.

²³ Daha karmaşık olan konu ise, böyle bir bilginin nasıl kazanıldığıdır. Robert **George**, 'apaçık olan hakikatleri kavradığımız, çıkarımsal olmayan anlama faaliyeti'nden bahseder. Robert P. **George**, *In Defense of Natural Law* (Oxford: Clarendon Press, 1999), 87; aynı zamanda bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 59-80.

²⁴ **George**, *In Defense of Natural Law*, 85; aynı zamanda bkz. Russell **Hittinger**, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987), 10-20 (daha geleneksel Thomistik yaklaşımlara ilişkin **Grisez-Finnis**'in eleştirilerini özetlerken).

²⁵ Bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 33-6.

²⁶ Bu paragrafın temelindeki düşünce için Robert **Tuttle**'a minnettarım. Aynı konudaki benzer görüşler için bkz. ör. **Hittinger**, 'Introduction', Simon, *The Tradition of Natural Law* içinde; Alexander **Passerin d'Entrèves**, *Natural Law*, 1. baskı, 1951 (New Brunswick: Transaction Publishers, 1994).

çok, daha yüksek ya da (görüntüyü tersine çevirirsek) daha temel, büyük ihtimalle de teleolojik kural ya da ilkelere yöneliktir. Geleneksel doğal hukukun iradeci biçimlerinde²⁷, ahlâkî standartları yaratan ilahî buyruklardır; Thomistik doğal hukukun bazı biçimlerinde bu, insanların doğaları gereği ulaşmaya çalıştığı idealdir; son dönem doğal hukuk kuramlarında ise, ahlâkî standartları yaratan, uyuşimsal hukuk kurallarının, gerçekten hukuk olana (Ronald Dworkin) ya da hukukun olmaya çalıştığı şeye (Lon Fuller) benzer olduğu duygusudur. Aynı zamanda, pek çok geleneksel doğal hukuk kuramında doğal hukuk, pozitif hukuka nisbet edilerek (ya da pozitif hukukun tekemmül etmemiş bir biçimi olarak) anlaşılmamıştır. Daha çok, temel odak olanın doğal hukuk olduğu ve pozitif hukukun doğal hukuka nisbet edilerek, ya da onun tekemmül etmemiş bir biçimi olarak anlaşılması gerektiği şeklinde kabul edilmektedir²⁸.

1.2 Doğal Hukuk ve Tanrı

Pek çok kişi için doğal hukuk kuramı, dinî inançla birleşmiş durumdadır. Bunun nedeni, kısmen, uzun bir süre boyunca, Katolik Kilisesi üyelerinin, bu geleneği derinliğine inceleyen ve savunan kişiler olmalarıdır²⁹.

Bununla birlikte, bu gelenekteki pek çok yazar, doğal hukuk ilkelerini belli bir dinî geleneğin inancından ya da (belli bir tarzdaki) tanrısallık inancından ayırma yolunda büyük mesafe kat etmiştir. Grotius, belki de bunu açıkça ifade eden ilk kişi olmuştur: ‘Söyleyegeldiğimiz şey, bir geçerlilik derecesine sahip olacaktır, hatta, en büyük günaha girmeksizin kabul edemeyeceğimiz şeyi, yani Tanrı’nın olmadığını ya da insanların işleriyle Onun bir alâkasının olmadığını kabul etmemiz gerekse bile.’³⁰.

²⁷ ‘İradecilik’in tanımı, ‘tüm değerlerin, Tanrı tarafından seçilmekle üstün olduğu şeklindeki teolojik düşünce...’ olarak yapılmıştır. Simon **Blackburn**, *The Oxford Dictionary of Philosophy* (1994), 396. (**Blackburn**, pek çok sayıda felsefî ve teolojik düşüncenin de ‘iradecilik’ ismini taşıdığına işaret eder.)

²⁸ Bkz. Russell **Hittinger**, ‘Natural Law as “Law”’: Reflections on the Occasion of “Veritatis Splendor”’, *American Journal of Jurisprudence*, 39 (1994), 1.

²⁹ Katolik Kilisesi ve doğal hukuk kuramı arasındaki birliktelik, yakın bir zamanda Papa John Paul II’nin ‘Veritatis Splendor’ (6 Ağustos 1993) ve ‘Fides et Ratio’ (14 Eylül 1998) tamimlerinde de görüldüğü gibi, pek tabii olarak, devam etmektedir.

³⁰ Hugo **Grotius**, *De Jure Belli Ac Libri Tes*, trans. Francis W. **Kelsey** (Oxford: Clarendon Press, 1925) (1625) (‘Prolegomena’, par. 11), 13. Bu görüşün izini, Riminili **Gregor** (t.1300-58), Francisco de **Vitoria** (1492/94-1546) ve Francisco **Suárez** de dahil olmak

On yedinci -ve on sekizinci- yüzyıldaki doğal hukuk çalışmalarının hangi bağlamda gerçekleştiğini görmek, Tanrı'nın rolünün bu kuramlarda ortadan kalkmasını açıklamaya yardımcı olacaktır. Bazı yazarlar, dönemlerinin din tartışmalarına ve savaşlarına (özellikle Protestan-Katolik karşıtlığına, fakat sadece buna değil) tepki gösteriyor ve bunları sona erdirmeye çalışıyordu. Bunun için, bu tip anlaşmazlıkları bitirebilecek bir ahlâk ve siyaset felsefesini kurma yollarını arıyorlardı. Bunun gibi, bazı kuramcılar da çok farklı inançlara sahip milletlerin ve insanların kabul edebileceği, uluslararası hukukun kurulabilmesine olanak sağlayacak ilkeleri araştırıyordu³¹. Nihayet, siyaset kuramcıları da hükümete, bireysel özgürlük lehine olmak üzere meşruiyet kazandıracak ve onu sınırlayacak bir temel arayışındaydı. Bu kuramcılar, din temelli bir hükümet anlayışının teokratik, otoriter yönetime evrileceğinden kaygı duyuyordu. Doğal hukuktaki bu gelişmeler, Tanrı'nın rolünün azaltılmasını gerektirmiştir -azaltılmış ancak tamamen ortadan kaldırılmamış bir rol, zira Tanrı, mutlak ödevler ve haklar için daima kullanışlı bir temel oluşturmuştur³².

Bu gelenekteki çağdaş yazarlar, aynı şekilde, 'Tanrı'nın varlığı, doğası ya da iradesi sorunlarına girmeksizin bir doğal hukuk kuramı' ortaya koymanın olanaklı olduğunda ısrar etmektedir³³. Ne var ki, bu gelenek içerisinde halen karşıt görüşte kuramcılar da bulunabilmektedir: buna göre,

üzere daha önceki yazarlarda da bulmak mümkündür. Bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 54. **Suárez**'in Riminili **Gregor**'un düşüncesini özetlediği kısmı alıntılaman: **Shcneewind**, *The Invention of Autonomy*, 60. **Grotius**'un bu tartışmadaki rolünün abartıldığına ilişkin bir iddia için bkz. *ibid.*, 67-8, 73-5.

³¹ Yasaların tüm milletleri bağladığına ilişkin düşünceler on yedinci yüzyıldan çok öncelere gitmektedir, bkz. ör. J. M. **Kelly**, *A Short History of Western Legal Theory* (1992), 77-8, 110-1, 156-8, 199-202, ancak biz, modern uluslararası hukukun **Grotius**'la başladığını biliyoruz. *Ibid.*, 241-3.

³² John **Locke** bu konuda bir örnek olabilir: *Second Treatise of Government*'ta (1690) § 6, insanların nihai ödevleri ('kendini [ve]... insanlığın geri kalanını koruma') Tanrı'nın isteklerinden çıkarılmaktadır. Bir kuramcı, Tanrı'ya yer vermeksizin, sadece 'akıl' ya da sağduyu veya benzeri bir şeye dayalı bir ahlâk kuramı kurmaya çalışabilir, aynen **Hobbes**'tan bugüne kadar kuramcıların yapmaya çalıştığı gibi, ancak bu görevin zorlukları aşikârdır.

³³ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 49; aynı zamanda bkz. Michael S. **Moore**, 'Good without God', *Natural Law, Liberalism, and Morality*, ed. Robert P. **George** (Oxford: Clarendon Press, 1996) içinde, 221-70.

kendisine itaat edilmesini emreden doğüstü bir varlık olmaksızın doğal hukuk düşüncesi anlaşılabilir³⁴.

Farklı doğal hukuk kuramlarında Tanrı'nın sahip olduğu rol, aynı zamanda, 'irade' ve 'akıl'ın ağırlığına göre bu kuramları birbirinden ayırmaya da izin vermektedir³⁵. Uçlardan birinde, Tanrı'nın -ve, özellikle, Tanrı iradesinin- önemli bir rol oynadığı, doğal hukukun bir alt kategorisi olan 'iradecilik'³⁶ bulunmaktadır. İradecilik için, Euthyphro'ya, 'Kutsal, tanrılar onun kutsal olduğunu söylediği için mi kutsaldır, yoksa o kutsal olduğu için mi tanrılar ona kutsal demektir?'³⁷, diye soran Platon'un Sokrates'ine kadar gitmek mümkündür. İradecilik, bir şeyin, Tanrı onu yapmamızı emrettiği için -ve sırf bu yüzden- iyi ya da ahlâken gerekli olduğu (ya da bir şeyin, O'nun yasağı nedeniyle kötü/ahlâken yasak olduğu) şeklindeki görüştür. Doğal hukuk kuramı tarihinde, şu ya da bu şekildeki bir iradeciliğe düzenli bir şekilde rastlanmaktadır. Örneğin, önemli bir on yedinci yüzyıl doğal hukuk kuramcısı olan Samuel Pufendorf, bir yorumcunun özetlediği şekliyle şöyle bir görüş öne sürmüştür: 'Tanrı'nın bize verdiği fitrata sahip olduğumuza

³⁴ Bkz. ör. **Garet**, 'Natural Law and Creation Stories', 236-7. Aynı zamanda bkz. John T. **Noonan**, Jr., 'The Natural Law Banner', *Natural Law and Contemporary Public Policy*, ed. David F. **Forte** (Washington: Georgetown University Press, 1998) içinde, 380-3, 382: 'Doğal hukuka karşı [inançsızların] beslediği öfkenin ortaya çıkmasının nedeni, "doğa"dan bahsettiğinizde, "yaratılmışlıktan" da bahsetmeniz ve yaratıkların da bir Yaratıcıyı gerektirmesidir. Hukuk bir yasakoyucuyu gerektirir ve beşerî amaçları düzenleyen yasalardan bahsediyorsanız, devleti ve bireysel arzuları aşkın bir Yasakoyucudan bahsediyorsunuz demektir.'

³⁵ 'İrade' (ya da 'emir'), bireylerin ya da kurumların tercihlerine ve genellikle bu tercihlerin içeriğini ve ahlâki değerini dikkate almayarak, bu tip tercihler (ör. egemenin buyrukları ya da bir bireyin bir sözleşmeyi imzalaması) nedeniyle normatif evrenin farklı olduğunu iddia eden tartışmaya gönderme yapar. Buna karşın 'akıl', genellikle seçilip seçilmediğini ya da hangi şartlarda seçildiğini dikkate almadan, bir eylem ya da etkileşim veya kurum çerçevesinde temellendirilmiş bir tartışmadır. İrade ve akıl karşıtlığı, ahlâki, hukukî ve siyasî kuramların pek çok konusunun analizinde yardımcı olabilmektedir.

³⁶ Bkz. yukarıda 27 nolu dipnot.

³⁷ **Plato**, Euthyphro, *The Collected Dialogues*, ed. Edith **Hamilton** and Huntington **Cairns**, trans. Lane **Cooper** (1961), 178. Aynı ifade, John Duns **Scotus**'un (1266-1308) Aquinas'ın görüşünü verdiği yerde de yankılanmaktadır: 'Thomas'a göre, der Duns **Scotus**, "[Decalog'da] buyrulmuş, sadece buyurulmuş olduğu için iyi değildir, bilakis bizzat iyi olduğu için buyurulmuştur". Schneewind, *The Invention of Autonomy*, 23, John Duns **Scotus**, *Duns Scotus on the Will and Morality*, ed. and trans. Allan B. **Wolter** (1986), 273'ten alıntıyla.

göre, bizim için bazı yasalar olmalıdır, ki sadece Tanrı'nın iradesi doğamızı belirleyebilir. Sonuç olarak, doğamız Tanrı'nın bizim için ne istediğini gösterir. Dolayısıyla, kendimize ilişkin gözlemlenebilir olgular, Tanrı'nın hangi yasalara uymamızı buyurduğunu göstermektedir.³⁸ Karşı uçtaki akıl temelli yaklaşım ise, erdemi, makuliyet ile bir tutarak, onu herhangi bir varlığın 'iradesi'ne bağlamaz³⁹. 'İrade' yaklaşımı ile 'akıl' yaklaşımını uzlaştıran bir doğal hukuk biçimi daha vardır. Doğal hukukun bu biçimi, eylemlerin özünde iyi ya da kötü olabildiğini, ancak sadece iyiyi yerine getirmekle yükümlü olduğumuzu, çünkü Tanrı'nın öyle buyurduğunu savunur; bu görüşün sahibi, Francisco Suárez'dir⁴⁰.

1.3 Doğal Hukuk ve Doğal Haklar

Konuyla yeni ilgilenmeye başlayanlar, doğal hukuk ve doğal haklar düşüncelerinin, birbirlerinin yerine geçebileceğini ya da en azından bu ikisinin yakından bağlantılı olduğunu zanneder. Bu, hakları aslî kabul eden ya da hak ve ödevleri birbirlerine bağlı gören modern bakış açısını yansıtabilir⁴¹, bununla birlikte, ödev tartışması ile hak tartışmasının sıkı bir şekilde bağlantılı olmadığını ya da aslî olanın ödevler olduğunu ve bunlara karşılık gelen hakların, toplum, devlet ya da Tanrı tarafından sahip olunmaları

³⁸ J. B. Schneewind, 'Samuel Pufendorf', *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, ed. Robert Audi (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 664.

³⁹ Bkz. ör. yukarıda 24 nolu dipnota ait metinde özetlenen Robert George'un görüşü.

⁴⁰ Bkz. Francisco Suárez, *On Law and God the Lawgiver*, book II, ch. VI, J. B. Schneewind (ed.) *Moral Philosophy from Montaigne to Kant*, i'deki alıntı bölüm (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 76-9; aynı zamanda bkz. Schneewind, *The Invention of Autonomy*, 60-2; T. H. Irwin, 'Obligation, Rightness, and Natural Law: Suarez and Some Critics', 'Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues' konulu Hester Semineri'nde sunulmuş yayımlanmamış tebliğ, Wake Forest University, Nov. 1997, (Suárez'in konumunu tartışarak ve nasıl dar bir 'zorunluluk' anlayışına dayandığını göstererek').

⁴¹ Genel olarak haklar hakkında, bkz. ör. H. Kramer, N. E. Simmonds and Hillel Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford: Clarendon Press, 1998); çağdaş dönemde hukuk literatüründeki en önemli hak tartışması Wesley Hohfeld tarafından yapılmıştır. Hohfeld, 'hak' kavramının pek çok farklı şekilde kullanıldığını, bunlardan ancak birisinin diğer bir kişinin ödevine karşılık olarak anlaşılabilirliğini söylemiştir. Bkz. Wesley Hohfeld, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning', *Yale Law Journal*, 23 (1913), 16; 'Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning', *Yale Law Journal*, 26 (1917), 710.

nedeniyle analitik olarak önemli olmadığını savunan daha eski görüşler de bulunmaktadır.

Literatürdeki ortak görüş, doğal hukuk ve doğal haklar geleneklerinin yarışan görüşler şeklinde, mantıksal olarak tutarsız olmayan ancak insanın toplumdaki konumuna ilişkin farklı tutumları yansıtarak geliştiğidir. Bu görüşe göre, doğal hukuk geleneği, normatif olarak yönetilen bir evreni varsaymakta ve tanımlanan normatif düzen, çoğunlukla, toplumdaki tüm bireyleri -ki bunlar belirli bir konuma ve karşılıklı ödevlere sahiptir- içermektedir. Buna karşın doğal hak kuramları, genellikle, bireylerin ve haklarının işlevi olmak *dışında*, toplumu bir bütün olarak görmeyi reddetmekte ya da böyle bir bakışın önemsiz olduğunu söylemektedir.

Bu sorun halen ciddi bir şekilde tartışılmaktadır⁴². Ancak, toplum hakkındaki farklı bakış açıları arasında olabilecek her türlü farklılığı çok fazla abartma konusunda dikkatli olmak gerekiyor. Organik toplum görüşü eğilimiyle birlikte Aquinas gibi geleneksel bir doğal hukuk kuramcısı, yine de bireysel haklardan bahsedebilmektedir -örneğin, meslek seçiminde, evlenip evlenmemeye ya da kiminle evleneceğine karar vermede ve belli bir dinî inanca bağlanmakta⁴³. Dahası, Aquinas'ta olduğu kadar Locke'ta da, tiranlığa karşı itaatsizliği ve isyanı haklı kılacak yeterli kaynak bulunabilir⁴⁴.

Gelişimini dikkate aldığımızda, doğal haklar yaklaşımının, doğal hukuk yaklaşımlarının yapmadığı bir tarzda, siyasal ve toplumsal gerçekliklerin bireysel açıdan algılanmasını teşvik ettiğini ve güçlendirdiğini yadsımak zor

⁴² Doğal hukuk ve doğal haklar hakkındaki pek çok kabul görmüş düşünceye karşı çıkan yapıtında Brian Tierney, (Avrupalı yorumcuların çoğunlukla 'sübjektif haklar' dediği) hak düşüncesinin on ikinci yüzyıla kadar izini sürerek, on üçüncü ve on dördüncü yüzyıldaki gelişimiyle birlikte hakların ve doğal hak söyleminin tarihsel analizini yapmaktadır. Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1625* (Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1997). Tierney, yukarıda da özetlediğimiz doğal hukuk ve doğal haklar düşüncelerinin tarihsel olarak birbiriyle yarışan kuramlar olduğunu reddetmekte, onları daha çok birbirlerini tamamlayıcı kuramlar olarak görmektedir.

⁴³ John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 172 ve n. 179-81 (Aquinas'ın görüşlerini özetleyerek ve ondan alıntılar yaparak); genel olarak bkz. ibid., 132-80 ('Towards Human Rights').

⁴⁴ Ibid. 272-4, 287-91.

görünüyor⁴⁵. Ancak yine de, doğal hak ve doğal hukuk analizlerini, tam bir çatışma olmasa bile, gerilimli bir halde görmek mümkündür. Michael Zuckert bunu, geleneksel doğal hukuk kuramları ödev tartışmasına yönelirken, John Locke'un (ve ondan önce Thomas Hobbes'un) doğal hak analizlerinin özgürlükler tartışmasına yönelmesi olarak anlatır⁴⁶. İşin büyük kısmı, zorunlu olarak, mevcut toplumsal ve siyasal bağlama dayanmakta ve doğal haklar, her zaman oyunun kahramanı olmamaktadır; örneğin, tarih içerisinde medenî özgürlüklerin altını oyan 'doğal haklar' örneklerine de rastlamak mümkündür⁴⁷.

Doğal haklar düşüncesinin gelişimi, başlı başına geniş bir konu ve burada daha fazla incelemeyeceğiz⁴⁸. Bununla birlikte, en azından, 'doğal haklar' (ki bu, doğal hukuk kuramlarıyla olan görünüşteki bağlantı nedeniyle kısmen kaçınılan bir etikettir) tartışmaları ile daha yaygın ya da moda olan 'insan hakları' tartışmaları arasındaki bağlantıya veya paralelliğe dikkat etmek gerekiyor⁴⁹.

⁴⁵ Bkz. ör. d'Entréves, *Natural Law*, 51-62. Bu tartışmanın, doğal hukuk kuramının siyasi kanadının, gittikçe artan bir şekilde doğal haklara vurgu yaparak, kaynaklandığı geleneğin aleyhine çalışmaya başlaması anlamında, bir sonraki kısımdaki (Bölüm 1.5 'Mevcut ve Potansiyel Karşıtlar') tartışmayla ilgili olduğu düşünülebilir. Temel ilgili alanı, toplumun ödevleri ya da organik yapısından çok yönetime karşı özgürlüklerin ve hakların savunulması olmuştur. Zamanla, doğal hukukun çok gerilerde kalmış ilk ahlâkî akımı olan Burlamaqui'nin çiğnenemez mutluluğu arama hakkına ulaşılır. Bkz. yukarıda dn. 1.

⁴⁶ Bkz. Michael P. Zuckert, 'Do Natural Rights Derive From Natural Law?', *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 20 (1997), 695.

⁴⁷ Bkz. Richard Tuck, 'The Dangers of Natural Rights', *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 20 (1997), 683. Tuck, buna delil olarak, yakın bir zamanda, İngiltere'nin, vatandaşların güvenlik hakkını, şüpheli teröristlerin usûlî haklarının kaldırılmasına gerekçe olarak göstermesini, ibid. 691, ve erken dönem doğal hukuk kuramcıları Grotius, Pufendorf ve Hobbes'un, 'kölelik ve mutlakiyetçiliği açıkça savunmasını' göstermektedir. Ibid. 684 (dipnot ihmal edilmiştir).

⁴⁸ Kışkırtıcı bir yaklaşım, Knud Haakonssen'den gelmektedir: 'çağdaş ... hak düşüncesi erken modern Protestan doğal hukuku ile İngiliz common law nosyonlarının birleşiminden gelmektedir ve asıl kısım olarak birincinin "önem"ini kabul etmek gerekir'. Knud Haakonssen, 'The Significance of Protestant Natural-Law Theory', 'Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues' konulu Hester Seminar'da sunulmuş yayımlanmamış tebliğ, Wake Forest University, Nov. 1997, 17.

⁴⁹ Bkz. ör. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 198-9; Soper, 'Legal Theory and the Problem of Definition', 1174.

1.4 Doğal Hukukun Hukukla Olan İlişkisi

Konunun uzmanı olmayan bir kişinin beklentilerine karşı olarak, doğal hukukun, ‘hukuk’ ile, bu terimin uyuşumsuz olarak kullanıldığı anlamıyla, eğer varsa, pek az bir ilişkisi vardır⁵⁰. Doğal hukuk kuramında ‘hukuk’, genellikle, yüksek güçler tarafından konulmuş, uymamız gereken emir ya da ilkelere gönderme yapar. Bununla birlikte, geleneksel doğal hukuk kuramcıları, ‘beşerî’ ya da ‘pozitif’ hukuk hakkındaki düşünüşe, özellikle (beşerî) hukukla ilgili ahlâkî sorunlar hakkındaki düşünceleri vasıtasıyla, önemli etkide bulunmuşlardır⁵¹. Bunlardan belki de en iyi bilineni, Aquinas’ın, daha sonra, içlerinde John Finnis’in de bulunduğu⁵² başka yazarlar tarafından geliştirilen, devlet görevlileri ile vatandaşların sorumlulukları hakkındaki tartışmasıdır⁵³. Aquinas, (pozitif) hukuku, ‘Ortak İyi için, topluluğu gözetmekle sorumlu otorite tarafından yapılmış ve ilan edilmiş, aklın kesin bir emri’⁵⁴ şeklinde tanımlar. Aquinas, devlet görevlilerine, doğal hukukla

⁵⁰ Bununla birlikte, ahlâk ve siyaset kuramları gibi, doğal hukuk kuramı da, günlük ahlâkî ve siyasal tartışmalara taşınmaktadır. Bkz. ör. David F. Forte (ed.), *Natural Law and Contemporary Public Policy* (Washington, DC: Georgetown University Press, 1998); George, *On Defense of Natural Law*, 123-245 (‘Moral and Political Questions’).

Birleşik Devletler’de, doğal hukuk kuramı çoğunlukla Birleşik Devletler Anayasası’nın yorumlanmasıyla ilgili sorunlar çerçevesinde, doğal hukuk kuramının bu sorunla, eğer varsa, ne kadar ilgisi olduğu konusunda açık bir anlaşmazlık içindeki kuramcılar tarafından dile getirilmektedir. Bkz. ör. Randy E. Barnett, ‘Getting Normative: The Role of Natural Rights in Constitutional Adjudication’, *Natural Law, Liberalism, and Morality*, ed. Robert P. George (1996); Walter Berns, ‘The Illegitimacy of Appeals to Natural Law in Constitutional Interpretation’, *ibid.* 181-93; Christopher Wolfe, ‘Judicial Review’, *Natural Law and Contemporary Public Policy*, 157-89; George, *In Defense of Natural Law*, 110-11; ‘Symposium on Natural Law’, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 4 (1995), 455-738; krş. G. Edward White, *Earl Warren* (Oxford: Oxford University Press, 1982), 222-30, 354-67 (Baş Yargıç Warren’ın anayasal yorum yaklaşımının ‘doğal hukuk’ yönlerini tartışarak).

⁵¹ Bu etkilerin en önemlilerinden birisi, daha önce de işaret ettiğimiz gibi, kuramcıların, devletler arasındaki anlaşmazlıklara (ya da farklı devletlerin vatandaşlarının taraf olduğu anlaşmazlıklara), özellikle de tarafların farklı siyasal ve dinî inançlara sahip olması durumunda, hangi ilkelerin uygulanacağını düşünmeye başlamalarının ardından ortaya çıkan, doğal hukukun, uluslararası hukukun gelişimindeki kurucu yeridir. Bkz. ör. Shcneewind, *The Invention of Autonomy*, 70-3.

⁵² Aquinas, *Summa Theologiae*, q. 96, art. 4; aynı zamanda bkz. Finnis, *Aquinas*, 226-74.

⁵³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 354-66.

⁵⁴ Aquinas, *Summa Theologiae*, q. 90, art. 4, corpus.

uyumlu yasalar çıkarmalarının emredildiğine inanmaktadır. Bazen pozitif hukuk doğrudan doğal hukuk ilkelerinden çıkarılabilirken, bazen de devlet görevlileri, daha genel ilkelerden özel kuralların belirlenmesinde bir tercih ya da takdire sahiptir⁵⁵. Doğal hukukla uyumlu pozitif yasalar, ‘vicdanen bağlayıcılık gücüne sahiptir’⁵⁶. Adil olmayan yasalar, ahlâkî yükümlülük yaratmaz, ancak yine de, böyle bir yasaya, daha büyük bir kötülüğü önleyecek ise, diğer insanların huzurunda uyma yükümlülüğü söz konusu olabilir⁵⁷.

⁵⁵ **Aquinas**, *Summa Theologiae*, q. 95, art. 2, corpus. **Aquinas**’ın *determinato*, aklî ancak aklî olarak belirlenmemiş tercihle somutlaştırma, nosyonu için bkz. **Finnis**, *Aquinas*, 267-71.

John **Locke** şu satırları yazarken, **Aquinas**’ın *determinato*’suna benzer bir görüş ortaya koyuyor olabilir: ‘Doğa Hukukunun getirdiği Yükümlülüklerin Toplumda işleyişini sona erdirdiğini söylemek yanlış olur; olan sadece şudur: pek çok olayda onlara yaklaşılar ve İnsan Yasaları ile, insanların onlara uyması için eklenmiş Cezalar olarak bilinir hale gelir’. John **Locke**, *Two Treatises on Government*, ii: ch. 11 135 (1690); karş. Jeremy **Waldron**, *The Dignity of Legislation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 63-91 (**Locke**’un metninin belli bir tercih ve sorumluluk düzlemine **Aquinas**’ın *determinato*’sundan daha ciddi bir gönderme yaptığını iddia ederek).

⁵⁶ **Aquinas**, *Summa Theologiae*, q. 96, art. 4, corpus. Daha açık söylemek gerekirse, **Aquinas**, ‘adil yasaların’ vicdanen bağlayıcı olduğunu ve yasanın üç durumda adaletten sapacağını söylemiştir: ortak faydaya ilişkin olmama, yasakoyucunun *ultra vires* eylemde bulunması ya da yasanın getirdiği külfetin topluluğa eşit olarak dağıtılmaması. **Aquinas**, *Summa Theologiae*, q. 96, art. 4, corpus.

⁵⁷ Bkz. *ibid.* q. 93, art. 3, reply 2. Aynı çizgideki benzer bir değerlendirme için bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 354-62.

Yukarıdaki tartışma, -eğer sık yapılan bir hata ile değilse bile, özensiz bir şekilde- doğal hukuka atfedilen, ‘*lex iniusta non est lex*’ (‘adil olmayan yasa, yasa değildir’) ifadesi ile bağlantılıdır. İfade, adil olmayan yasaların ‘en geniş anlamıyla’ yasa olmadığı, yani, adil yasalar gibi ahlâkî bir itaat yükümlülüğü yaratmadığı şeklinde anlaşılırsa doğrudur ve esasen çok sıradan bir iddiadır. Bkz. Norman **Kretzman**, ‘Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas’ Court of Conscience’, *American Journal of Jurisprudence*, 33 (1988), 99; **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 363-6; **Bix**, *Jurisprudence: Theory and Context*, 64-6.

Adil olmayan yasaların, bazen normatif bir ağırlığı olabileceğini tartışan yorumcular (çoğunlukla kendilerini doğal hukuk geleneğinin parçası kabul etmeyen yazarlar) bulmak mümkündür. Bkz. ör. Philip **Soper**, ‘Legal Systems, Normative Systems and the Paradoxes of Positivism’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 8 (1995) 363, 375-6 (‘Devlet, ... toplumu yönetmek için gerekli olduğuna iyi niyetle inandığı normları uygulamada hatalı değildir’, ne var ki bu iddia, tamamen kötü yasalar için herhangi bir şey söylememektedir); Jeremy **Waldron**, ‘Lex Satis Iusta’, *Notre Dame Law Review*, 75 (2000), 1829 (bazı adil olmayan yasalar kendilerine itaat yükümlülüğü yaratabilirler).

Pek çok doğal hukuk karşıtı, doğal hukuku, onun, ahlâkî olmayan yasaların zorunlu olarak yasal geçerliliğe sahip olmayacağını savunduğunu dile getirerek anlatır. Yani, böyle bir durumda, bir kimsenin sadece ahlâken itaat yükümlülüğü değil, aynı zamanda hukuksal olarak itaat yükümlülüğü de yoktur. Zaman zaman, doğal hukuk kuramının daha az sofistike savunucuları arasında, bu satırlara yakın (en azından böyle bir yoruma açık) iddialar bulunabilmektedir. William Blackstone (1723-80), *Commentaries*'de, şu düşünceyi ileri sürer: '[doğa yasasına] karşıt ise, hiçbir beşerî yasa geçerli değildir'⁵⁸. Bu yorum, John Austin tarafından, belki de haksız bir şekilde, hukuksal geçerlilik hakkındaymış gibi ele alınmıştır. Adaletsizliğin zorunlu olarak ya da daima bir kuralın geçerliliğini ortadan kaldırdığı şeklindeki iddiada (en azından) iki büyük sorun bulunmaktadır. Birincisi, eğer 'hukuksal geçerlilik' kavramını normalde anlaşıldığı şekliyle kullanıyorsanız, iddia ampirik olarak yanlıştır. Austin'in Blackstone'a verdiği karşılığa bakalım:

Zararsız, hatta faydalı bir eylemin, egemen tarafından ölüm cezasıyla yasaklanmış olduğunu düşünün; eğer bu eylemi işlersem, yargılanır ve suçlu bulunurum. Bu cezaya, ...Tanrı yasasına karşıt olması nedeniyle itiraz edersem, Mahkeme yapmış olduğum muhakemenin etkisizliğini, geçerliliğini inkar ettiğim yasanın gereğini yerine getirerek, beni asmak suretiyle ortaya koyacaktır⁵⁹.

Bu biraz abartılı da olsa⁶⁰, asıl mesele, 'hukukî geçerlilik' kavramının, verili bir toplumda bağlayıcı olduğu kabul edilen ve devletin uyguladığı şeyle yakından ilgili olduğudur. Gayrı ahlâkî yasaların bağlayıcı olduğu ve uygulandığı pek çok toplumun bulunduğu aşikârdır. Buna, bu gayrı ahlâkî

Soper'in görüşünün eleştirisi için bkz. Joseph **Raz**, 'The Morality of Obedience' (kitap incelemesi), *Michigan Law Review*, 83 (1985), 732.

⁵⁸ William **Blackstone**, *Commentaries on the Laws of England*, I.41 (1765-9). **Blackstone**'nun doğal hukuk kuramı yaklaşımının olumlu bir şekilde betimlenmesi için bkz. John **Finnis**, 'Blackstone's Theoretical Intentions', *Natural Law Forum*, 12 (1967), 163; aynı zamanda bkz. Daniel J. **Boorstin**, *The Mysterious Science of the Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1941), 48-59.

⁵⁹ John **Austin**, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. W. E. **Rumble** (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) (1832), lecture V, s. 158.

⁶⁰ Uygulama ile hukukî geçerlilik, (ister yanlış, ister yolsuzluk isterse yetkinin kötüye kullanılmasıyla olsun) hukukî hata kavramına hiçbir yer verilmeden, hemen eş tutulur. Bkz. Brian **Bix**, *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 85-6; Brian **Bix**, 'On Description and Legal Reasoning', *Rules and Reasoning*, ed. Linda **Meyer** (Oxford: Hart Publishing, 1999), 7, 17-9.

yasaların gerçekten hukuken geçerli olmadığı ve devlet görevlilerinin bu yasaları hukuken geçerliymişler gibi uygulamalarının bir hata olduğu cevabı verilebilir⁶¹. Ne var ki bu, kelime oyunu oynarken kelimeleri birbirine karıştırmaktan başka bir şey değildir. ‘Hukukî geçerlilik’ terimini, uyuşmuş bir şekilde, bağlayıcı kabul edilen herhangi bir şeye gönderme yapmak için kullanırız; neyin hukuken geçerli olduğunu konusunda tüm devlet görevlilerinin hata yaptığını söylemek neredeyse anlamsızdır. Bu iddianın sahibi, gayri ahlâkî kuralların bağlayıcı kabul edilmemesi gerektiğini söylemektedir -ancak bu, sadece, bir toplumun hukuk uygulamaları için bir reform önerisi ya da, ortaya çıkarttığı hukuksal yükümlülükler ne olursa olsun, gayri ahlâkî yasaların ahlâkî yükümlülükler yaratmayacağını söyleyen geleneksel doğal hukuk düşüncesini⁶² yeniden dile getirmek anlamına gelir⁶³.

İkinci sorun, Philip Soper’in açık bir şekilde dile getirdiği gibi⁶⁴, bir hukuk sistemi içerisinde bir doğal hukuk standardı uyarınca verilmiş hükmün, hataya açık kurumlarda çalışan yine hataya açık bireyler tarafından verilmiş olacağı noktasıdır. Hüküm verenlerin ne kadar yetkin ya da erdemli olduğunun önemi yoktur. Hükümler anlamlarını, akıldan ziyade, -yetkili kurulların karar verdiği- tercihle kazanacaklardır. Kurum ya da sistemin tümü ne kadar iyi niyetli olursa olsun, sonuç bir doğal hukuk ürünü değil, hukukî pozitivist ürünü (belirli bir yetkili kurul tarafından ilan edildiği için yasa) olacaktır.

⁶¹ Farklı bir tür iddia ise, *belirli bir hukuk sisteminde*, bazı hukuk ilkelerinin, olasılıkla anayasal nitelikte olanların, bu sistem içinde gayri ahlâkî yasaların (hukuken) geçerli olamayacağını garanti altına alabileceği şeklindedir. Ne var ki bu iddia, belirli bir hukuk sistemi hakkındaki olumsuz bir iddiadır; hukukun doğasıyla ilgili genel ve kavramsal bir iddia değil.

⁶² Pek tabii, doğal hukuk kuramına bağlı olmayan pek çok kişi de, gayri ahlâkî yasaların ahlâkî yükümlülük yaratmayacağı konusunda hemfikirdir. En azından genel olarak, bu konu üzerinde tartışma yoktur ve doğal hukuk kuramcıları da hiçbir zaman aksini iddia etmemiştir (ya da varsaymamışlardır). Sadece bazı doğal hukuk karşıtları, gayri ahlâkî yasalar hakkındaki doğal hukuk görüşünü kullanışsız ya da tartışmalı bulmuşlardır.

⁶³ Bu hiç şüphesiz ki, **Blackstone**’nun söylemeye çalıştığı şey. Blackstone’dan yapılan alıntıyı kendi bağlamında görmekle, bu daha açık bir hale gelmektedir: ‘İnsanoğluluyla yaşıt ve bizzat Tanrı tarafından konmuş olan doğa yasası, pek tabii ki uyulma zorunluluğu konusunda diğerlerine göre daha üstündür. Dünyanın tüm ülkelerinde ve her zaman bağlayıcıdır; buna karşıt olduğu takdirde, hiçbir beşerî yasa geçerli değildir; ve bunlar geçerli oldukları kadarıyla, güçlerini ve otoritelerini, doğrudan veya dolaylı olarak, bu kaynaktan alırlar’. William **Blackstone**, *Commentaries on the Laws of England*, 1:41.

⁶⁴ Philip **Soper**, ‘Some Natural Confusions About Natural Law’, *Michigan Law Review*, 90 (1992), 2393, 2412-13.

Nihayet, oldukça farklı bir nokta olarak, şuna da işaret etmemiz gerekiyor: doğal hukuk ve doğal haklar düşünceleri, hukuk öğretilerinin gelişimini -özellikle anayasal haklar ve medeni özgürlükler nosyonlarında- etkilemiştir ve bu etki günümüzde de hissedilmektedir⁶⁵.

1.5 Mevcut ve Potansiyel Karşıtlar

Genel olarak doğal hukuk kuramına ya da kuramın öne çıkan örneklerine pek çok eleştiri getirilmiştir. Her ne kadar bu eleştirilerin tümüyle ele alınması ve değerlendirilmesi çok geniş bir çalışmanın konusu olabilirse de, burada en azından bazı yazar ve konulara değinmek yararlı olacaktır⁶⁶.

⁶⁵ Bkz. örn. *State v Joyner*, 625 A. 2d 791, 800-3 (Ct. 1993) (anayasal bir gerekliliğin yorumlanmasında tarihsel doğal hukuk ve doğal haklar anlayışlarına gönderme yaparak); *State v Ganim*, 660 A.2d, 742, 762-5 (Ct. 1995) (doğal hukuk düşüncesinin Connecticut hukukunun gelişimine etkisini tartışarak); ibid. 801-2 (Berdon, J., karşıoy) (aynı görüşte); genel olarak bkz. Philip A. **Hamburger**, 'Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions', *Yale Law Journal*, 102 (1993), 907.

⁶⁶ Böyle bir liste, doğrudan doğal hukuk kuramlarına yönelmiş olmasa bile, düşünürleri farklı yönleri itmiş olduğu düşünülebilecek felsefi öğretileri de içermelidir. Örneğin, (1) 'Ockham'ın usturası' ya da cimrilik ilkesi. William **Ockham**'la (bazen 'Occam' şeklinde de yazılır) (t.1285-1347) özdeşleşmiş olan ilke, kuramların oluşturulmasında, 'gerekli olandan daha fazla unsurun bulundurulmaması'nı gerektirir, Robert **Audi** (ed.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 545; ve (2) René **Descartes**'ın (1596-1650) *Meditations on First Philosophy*'de (1641) kullandığı kesin şüphe yöntemi. Bazı yorumcular, **Ockham**'ın nominalizmini 'Thomas'ın bireylerin yarışan çıkar ve taleplerini düzenleyen adalet anlayışını küçülten', dolayısıyla da sonraki yüzyıllardaki (doğal) haklar analizinin yolunu açan bir etken olarak görmüşlerdir. Charles J. **Reid, Jr.**, 'The Medieval Origins of the Western Natural Rights Tradition: The Achievement of Brian Tierney' (kitap incelemesi), *Cornell Law Review*, 83 (1998), 437, 438-9. Bununla birlikte, **Ockham**'ın rolüne ilişkin bu görüşe özellikle **Tierney** tarafından sert bir şekilde itiraz edilmiştir. Bkz. **Tierney**, *The Idea of Natural Rights*, 195-203.

Bir karşıtlar, ya da (gayri iradî olarak) karşıtlar lehine kanıt üretmiş olanlar, listesi, Charles-Louis de **Secondat**, Baron de **Montesquieu** (1689-1755) ismini de içermelidir. Yapıtı *On the Spirit of the Laws* (1748), değişik ülkelerin hukuklarının farklılıklarına vurgu yapmakta ve bu farklılıkları her bir ülkenin belirli coğrafyası, ticareti, tarihi vs.ye bağlamaktadır. Bir diğer isim ise, benzer iddiaları, daha bilimsel, ampirik temelli toplum incelemesi bağlamında geliştiren Auguste **Comte**'tur (1798-1857).

Thomas Hobbes (1588-1679) doğal hukukun varlığını kabul etmiş⁶⁷ ancak sivil topluma giren bireylerin, haklarını gönüllü olarak, doğal hukuka (doğal hukuku kendi yorumlayışlarına) göre hareket etmek üzere sınırlayacaklarını belirtmiştir⁶⁸, zira hakların kullanımı toplumu kaosa sürükleyecek, herkesin herkese karşı yürüttüğü savaşa geri dönecektir; sivil topluma girmenin amacı ise bu kaos ve savaşı ortadan kaldırmaktır⁶⁹. Buna ilaveten bazı yorumcular, Hobbes'un doğal hukukun varlığını kabul etmesinin, kaçamak hatta belki de ironik bir ifade olduğunu söylemişlerdir⁷⁰.

David Hume (1711-76), *Treatise of Human Nature* adlı eserinde, çok iyi bilindiği gibi, 'olan' ve 'olması gereken' arasındaki ilişkiyi tartışmıştır. Ona göre, 'bu yeni ilişkinin ["olması gereken"]in, ondan tamamiyle farklı olan diğerlerinden çıkarılabilmesi, tümüyle kavranamazdır'⁷¹. Yani, salt betimsel

⁶⁷ 'Modern doğal hukuk kuramının Grotius'tan ziyade, Hobbes'la başladığını' iddia ederek, Hobbes'un doğal hukuk düşüncesindeki rolüne vurgu yapmak suretiyle daha ileri gitmek de mümkündür. Norberto **Bobbio**, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (Chicago: Cambridge University Press, 1993), 149.

⁶⁸ **Hobbes**, genel olarak çığnenemez kabul ettiği, kişinin açık ölüm tehdidine karşı kendini savunma hakkını hariç tutar. Hobbes'un konu hakkındaki görüşünün tartışılması için bkz. Richard **Tuck**, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), 119-25.

⁶⁹ Bkz. Thomas **Hobbes**, *Leviathan*, ed. Richard **Tuck** (Cambridge: Cambridge University Press, 1996) (1651), chs. 18, 26, 29; Thomas **Hobbes**, *Behemoth or the Long Parliament*, ed. Ferdinand **Tönnies** (Chicago: University of Chicago Press, 1990; ilk baskı 1679), 50 ('Kral Kutsal Kitaba aykırı, yani, Tanrının buyruğuna ve Kutsal Kitabın yargısına karşı bir şey emrederse, tebanın krala karşı gelmesi meşru olur. [Bu şekilde], herhangi bir kralın yaşamının ya da herhangi bir Hıristiyan krallığının huzurunun uzun süre devam etmesi imkansızdır'); aynı zamanda bkz. Richard **Tuck**, 'Introduction', *Leviathan* içinde, ss. ix, xxviii. Biraz farklı bir konuda, doğal hukukun fiili hukuk haline getirilmesi açısından egemenin buyruğunun gerekliliği için bkz. **Hobbes**, *Leviathan*, ch. 26, 191 ('Devletin otoritesi olmaksızın salt yazarların otoritesi, ne kadar haklı olursa olsun, onların görüşlerine yasa niteliği vermez...Bunlar, doğal akla uygun olsa da, ancak egemen güç sayesinde yasa olurlar').

⁷⁰ **Hobbes**, çok iyi bilinen bir ifadesinde, kısmen sözünü geri almadan önce, doğal hukuku, sadece sağduyuya ilişkin kuramlar olarak küçümser. **Hobbes**, *Leviathan*, ch. 15, 111 ('İnsanlar, aklın bu buyruklarını, uygunsuz bir biçimde, yasalar diye adlandırıyorlar: bu, uygun bir adlandırma değildir, çünkü bunlar, insanların kendilerini korumasına ve savunmasına nelerin yararlı olduğu ile ilgili çıkarsamalar veya teoremlerdir... Ancak bu teoremleri, her şey üzerinde buyurma yetkisine sahip olan Tanrı'nın sözü biçiminde tebliğ edilmiş olarak düşünürsek, o zaman onlara yerinde olarak yasalar denilebilir').

⁷¹ David **Hume**, *Treatise of Human Nature*, iii: 1.1 (1739).

ya da ampirik öncüllerden, değerlendirici ya da kural koyucu bir sonuca ulaşamaz⁷². Bu, doğru kısmı itibariyle (ki felsefede daima büyük tartışmaların konusu olmuştur), doğal hukuk kuramı geleneğinin, insanın ya da dünyanın doğası hakkındaki önermelerden ahlâkî kurallar çıkarmaya çalışan ana akımlarından birinin altını oyuyor demektir. Esasında, Hume'un tartışması ve benzer eleştiriler, doğal hukuk kuramını, çeşitli nedenlerden dolayı ahlâk felsefesine doğru itmiştir.

2 MODERN DOĞAL HUKUK TEORİSİ

2.1 Giriş

Jacques Maritain⁷³ ve John Finnis gibi, doğal hukuk kuramındaki önemli çağdaş yazarların çoğu, Aquinas'a (ve öncesine) kadar giden gelenek içerisinde, özellikle etik ve meta-etik'e yoğunlaşarak çalışmaya devam etmişlerdir. 'Doğal hukuk kuramı' adı altında yapılan çağdaş çalışmalarda göze çarpan en önemli özellik, bu yazarların, (hukuk ve siyasete olan etkisiyle birlikte) genel bir etik kuram öne sürmeyerek, daha dar bir şekilde (pozitif) hukukun doğasına yoğunlaşmış olmalarıdır. Bu bölümde, modern doğal hukuk kuramlarının her iki türüne ilişkin genel bir bakış ortaya konulacaktır.

Doğal hukuk kuramında dönüm noktası, H.L.A. Hart (1907-92) ile Lon Fuller (1902-78) arasında, 1958 yılında *Harvard Law Review*'da yapılan tartışmadır⁷⁴. Hart, hukukî pozitivism ve doğal hukuk kuramı arasındaki sınırı, hukuk ve ahlâkın kavramsal ayırımında belirlemiştir. Buna göre, bir şeyin (bir kuralın ya da bütün bir sistemin) 'hukuk' olup olmadığı, onun

⁷² Hume'un önermesinin bu kadar sert okunmasının gerekip gerekmediği konusunda bazı tartışmalar vardır. Bazı yorumcularca desteklenen ikinci bir yorum (alıntıyı daha geniş bir bağlamda alarak), Hume'un olgusal olandan normatif olana geçiş ile değil, (olgusal ya da ahlâkî) doğru bir önermeden yönelim hakkındaki önermelere geçiş ile ilgili olduğunu söylemektedir. Bkz. ör. *Stephen Buckle, Natural Law and the Theory of Property* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 282-3; aynı zamanda bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 37-48.

⁷³ Bkz. ör. Jacques **Maritain**, *The Rights of Man and Natural Law* (New York: Charles Scribner's Sons, 1943).

⁷⁴ H.L.A. **Hart**, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, 71 (1958), 593; Lon **Fuller**, 'Positivism and Fidelity to Law - A Response to Professor Hart', *Harvard Law Review*, 71 (1958), 630.

ahlâkî değerinden kavramsal olarak ayırır⁷⁵. Pek çok yazar -ki öne çıkanları Lon Fuller ve Ronald Dworkin'dir- hukuk ve ahlâkın kavramsal olarak ayrılamayacağını savunarak, hukukî pozitivizmi kendi çerçevesinde ele almak istemişlerdir.

Modern doğal hukuk kuramcıları, hukukî pozitivizme aşağıdaki düşüncelerle karşılık vermişlerdir:

1. Hukuk, en iyi şekilde, en azından kısmen, teleolojik bir kavram olarak anlaşılabilir⁷⁶. bir kavram ya da kurum, ancak nihaî amacı dikkate alınmakla doğru bir şekilde anlaşılabilir -burada nihaî amaç, adil bir toplum olmaktır⁷⁷. Bu, hukukî pozitivistler arasında bulunabilecek, genellikle betimsel, çoğunlukla ampirik, ahlâken tarafsız yaklaşıma tamamen zıttır.

2. Her ne kadar hukukî pozitivistler, daha yalın bir hukuk modeli (uygulanmakta olan hukuka daha çok benzeyen bir model) öneriyor gibi görünseler de, hukukun ahlâkî taleplerini⁷⁸ ve ahlâkî amaçlarını⁷⁹ daha çok içeren bir hukuk görüşü, daha kâmil ve dolayısıyla daha iyi bir hukuk kuramı olacaktır⁸⁰.

⁷⁵ Farklı bir şekilde söyleyecek olursak, bu iddia, hukuk sistemlerinin, hukuk normlarının geçerliliğini bazı ahlâkî testlerden geçmeye bağlaması gerektiğini reddeder (hukukî pozitivistler, kendi aralarında, hukuk sistemlerinin, geçerliliği ahlâkîlik şartına bağlayıp bağlayamayacağı konusunda farklı fikirlere sahiptir -bu, bu kitabın [metnin yayımlandığı kitap - çn] bir başka yerinde ele alınacak olan 'kapsayıcı' ve 'dışlayıcı' hukukî pozitivizm arasındaki tartışmadır).

⁷⁶ Teleolojik açıklamaların kullanımı ve değeri hakkında bkz. Larry Wright, *Teleological Explanations* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1976).

⁷⁷ Bkz. ör. Kenneth Winston, 'The Ideal Element in a Definition of Law', *Law and Philosophy*, 5 (1986), 89.

⁷⁸ Bkz. ör. Soper, 'Searching for Positivism', 1756 ('Ahlâkî sonuçları olmayan standartlara ne isim verileceği konusunda şaşırma olmamız, ahlâkî uygunluğun hukukun olumsal bir parçası değil, özü olduğunu kanıtlamaktadır.').

⁷⁹ Hiç şüphe yok ki, bir hukukî pozitivist de, hukukun ahlâkî talepleriyle ilgili varsayımları kuramına dahil edebilir, zira bu, talepleri değerlendirmeden, tarafsız bir şekilde yapılabilir. Nitekim, hukukî pozitivist Joseph Raz, böyle bir unsuru kendi hukuk kuramı içerisine koymuştur. Bkz. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994) ('her hukuk sistemi, meşru otoriteye sahip olduğunu iddia eder'). Bununla birlikte, hukukun ahlâkî amaçları, *eleştirel* (değerlendirici, salt betimsel olmayan) bir hukuk kuramı içine konduğunda, ahlâkî tarafsızlık sınırı aşılmış olur.

⁸⁰ Benzer iddialar için bkz. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 11-18, ve Philip Soper, 'Searching for Positivism', 1753-7.

Her iki durumda da temel iddia, ahlâkî değerlendirmeyi ya da ahlâkın diğer yönlerini içeren hukuka ilişkin bir kuramın (doğal hukuk kuramının), pozitivist kurama göre daha üstün olacağı, çünkü, daha kâmil ve zengin olan doğal hukuk kuramının, hukuk uygulama ve deneyimlerimize ilişkin çeşitli yönleri de içerdiği ya da yansıttığıdır. Bu unsurları dışlayarak, bir kuramın (hukukî pozitivistizmin) bunu gerçekleştirmesi mümkün değildir⁸¹.

2.2 Lon Fuller

2.2.1 Hukukî Pozitivizm Eleştirisi

Fuller'in hukukî pozitivistizm eleştirisi şu şekilde özetlenebilir: (a) Hukukî pozitivistizm hukuku bir nesne olarak ele almaktadır -aynen, diğer bilimsel ya da bilim benzeri araştırmaların konuları gibi, bir inceleme nesnesi olarak-. Ancak hukuk, bir yöntem ya da işlev olarak ele alındığı takdirde daha iyi anlaşılabilir. (b) Hukukî pozitivistizm, hatalı bir şekilde, hukukun varlığını ya da yokluğunu ahlâken değerlendirilmesi gerekli olmayan bir konu olarak görmekte ya da böyle inanmaktadır. (c) Hukukî pozitivistizm hukuku, 'iktidarın tek tarafı ürünü' olarak sunmaktadır. Ne var ki devlet görevlileri ile vatandaşlar arasında bir karşılıklılığın varlığı düşünülürse, hukuk daha iyi anlaşılabilir.

Nesne Olarak Hukuk ve Yöntem Olarak Hukuk Karşıtlığı

Fuller'e göre hukuk sadece, mikroskop altında tarafsız bir şekilde incelenecek bir nesne ya da varlık değildir; hukuk bir insan tasarımıdır, örtük -ve ahlâkî- bir amaca sahiptir: insanların bir toplumda bir arada varolabil-

⁸¹ Bu iddiaya verilebilecek bir karşılık, alternatif kuramların göreceli üstünlükleri dikkate alındığında, ayrıntılı olmanın ve doğruluk düzeyinin, biricik değerler olarak ortaya çıkmadığıdır; modelin yalınlığı, ağır basan bir değerdir. Bkz. W. J. **Waluchow**, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 19-21.

Dilsel kullanım, doğal hukuk kuramı açısından (zayıf da olsa) bir başka kanıt sunmaktadır: Nazilerin sahip olduğu şeye 'hukuk' demeyi reddetmemizin nedeni, terimin sadece betimleyici olmamasıdır -bu, şurdaki bir masadır, ama iyi yapılmamış, demek gibi değildir. 'Hukuk' terimi, ahlâkla ya da en azından adaletle yakından bağlantılıdır ve toplumsal bir kuruma bu etiketi yapıştırmak kaçınılmaz olarak bir miktar ahlâkî övgüde bulunmak demektir.

meleri ve işbirliği yapabilmeleri⁸². Mesele sadece hukukun bir ideale sahip olması değildir; aynı zamanda, ulaşmaya çalıştığı (ahlâkî) ideali anlamadan, hukuku doğru bir şekilde anlamak da mümkün olmaz (resimden jogginge, ondan boksa kadar pek çok insan faaliyetinin, bunları yapanların amaçlarını ya da ideallerini bilmeden anlaşılması çok zordur). Hukuk, ‘insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma teşebbüsüdür’⁸³. Dolayısıyla hukuk, ondan az farklı idari emir süreciyle karşılaştırıldığında, bir yöntemdir (temel olarak amacı insanların birarada bulunmalarına, işbirliği yapmalarına ve gelişmelerine yardım etmek olan hukukla karşılaştırıldığında idari emir, daha özeldir ve ‘kural koyucu’nun amacının gerçekleştirilmesine daha yakındır)⁸⁴.

Nesneleri tanımlamanın ya da sınıflandırmanın normal şekli, onların temel niteliklerini birbirinden ayırmaktır: örneğin, bir maddenin ‘altın’ olması, belirli bir kimyasal yapıya sahip olmasıyla mümkündür; bir hayvan, sıcak kanlı ise ve yavrularını emziriyorsa memelidir. Nesneleri tanımlamanın ya da sınıflandırmanın çok farklı bir şekli ise, onları işlevlerine göre ayırmaktır: ‘otları biçen şey, yapısal özellikleri ne olursa olsun, ot biçicidir’⁸⁵; yiyecekleri kesen herşey bıçaktır, vb. Fuller hukuku ele alırken, ‘hukuk’un, unsurlarına ayrılabilir bir nesne olarak, birinci şekilde en iyi anlaşılabilirliği anlayışını reddetmektedir. Bunun yerine, hukukun, en iyi şekilde, bazı sorunlara -özellikle, toplumdaki vatandaşların eylemlerinin yönlendirilmesi ve koordine edilmesine- verilen resmî karşılık olarak anlaşılabilirliğini savunur⁸⁶.

⁸² Fuller, *The Morality of Law*, 123. Fuller, benzer bir şekilde, hukuk kuramının sadece betimleme olmadığında ısrar edecektir: ‘“hukukun gerçekten ne olduğu”na ilişkin betimlemeler, sadece deneyimden elde edilmiş verilerin görüntüsü değildir, insan gücünün nasıl kullanılacağını gösterirler’. Fuller, ‘Positivism and Fidelity to Law’, 632.

⁸³ Fuller, *The Morality of Law*, 96. ‘Bu görüş, pek çok modern hukuk kuramından farklı bir şekilde, hukuku bir faaliyet olarak ele alır ve hukuk sistemini kesin bir amaca sahip sürekli bir çabanın ürünü olarak kabul eder.’ Ibid. 106.

Her ne kadar metindeki alıntı bir tanım ya da kavramsal hukuk analizi gibi görünüyorsa da (Fuller de buna daha sonra, ‘bu çalışmalarda teklif edilmiş tanım denilebilecek tek formül’ şeklinde işaret edecektir, ibid.), Fuller’in ‘hukuku tanımlama’ gibi bir amacı yoktur. Bkz. Winston, ‘The Ideal Element in a Definition of Law’, 91.

⁸⁴ Fuller, *The Morality of Law*, 207-10.

⁸⁵ Bkz. Michael Moore, ‘Law as a Functional Kind’, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1992), ss. 188-242, 207.

⁸⁶ Fuller, hukuku anlamada kurumsal unsuru açıkça reddetmez, krş. ör. Neil MacCormick ve Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1986) ve esasen, yapının büyük bir kısmı,

‘İşlevsel’ hukuk yaklaşımı kabul edildiğinde, çoğunlukla doğal hukuk kuramına atfedilen o büyülü söz, ‘adil olmayan yasa, yasa değildir’⁸⁷, daha anlaşılabilir olmaya başlar. Birisi, kesmeyen (hatta yağı bile dilimleyemeyen) uzun ince metal bir nesnenin ‘bıçak olmadığını’ söylerse, onu çok kolay anlarız. Aynı şekilde, hukukun davranışları yönlendirmekle ilgili olduğunu düşünen birisi de, pekâlâ, kötü yapılmış ve kötü işleyen -örneğin, pek çok muğlak, geçmişe yönelik ya da birbiriyle çelişen kurallar içeren ve yargının bunları uygulamasıyla, kuralların özüne uymayan sonuçların ortaya çıktığı-, vatandaşların davranışlarını hukuka uygun bir şekilde getiremedikleri hukuk sistemi görünümündeki şeyin, gerçekten ‘hukuk’ olmadığını söyleyebilecektir⁸⁸. Bu işlevsel görüş ile ‘adil olmayan hukuk, hukuk değildir’ arasındaki tek fark, Fuller’in yönlemsel yaklaşımının, adaletin tümüne değil, görünümüne ilişkin olmasıdır⁸⁹.

Hukukun Varlığı ve Yokluğu: Ahlâkî İyi

Fuller, hukukî pozitivizmin, bir toplumda ‘hukukun’ varlığını veya yokluğunu ahlâkî bir mesele olarak kabul etmediğini söylemektedir⁹⁰. Fuller

hukukî süreçlerin kurumsal yapısının ve bunların ortaya çıkardığı güçlülük ve zayıflıkların araştırılmasıyla ilgilidir. Bkz. Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*, ed. Kenneth I. Winston (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981) (Fuller’in denemelerinden derleme). Bununla birlikte, bir yerde şöyle der: ‘benim hukuk dediğim faaliyeti düzenlemek ve yönetmek için düşünülen hiyerarşik yapı üzerine yoğunlaşmış pek çok kuram vardır, ne var ki bu kuramlar, bizzat bu yapının kendisinin de, düzenlenmesi düşünülen faaliyetin ürünü olduğunu kabul etmezler’. Fuller, *The Morality of Law*, 118.

⁸⁷ Bkz. yukarıda dn. 57.

⁸⁸ Fuller’in görüşü, doğal hukukun yöntem yönünden anlaşılışı üzerine kurulmuştur; aynı ‘işlevsel tartışmanın’ öze ilgili şekli şöyledir: hukuk kuralları eylemde bulunmak için neden sunarlar; gayri ahlâkî kurallar eylemde bulunma için neden sunamazlar ve dolayısıyla (en geniş anlamıyla) hukuk/yasa olamazlar, aynen, inanmak için neden sunamayan mantıksal açıdan geçersiz kanıtların, esasında kanıt olmadığının söylenebilmesi gibi. John M. Finnis, ‘Problems in the Philosophy of Law’, *The Oxford Companion to Philosophy*, ed. Ted Honderich (Oxford: Oxford University Press, 1995) içinde, 468-72, 469.

⁸⁹ Fuller, hukukun içsel ahlâkî tartışmasını, ‘öze ilişkin doğal hukuk tartışmasından ayrı olan, yönlemsel bir tartışma’ olarak betimler. Fuller, *The Morality of Law*, 96. Hukukun içsel ahlâkî adaletle ya da ahlâkla bağlantılı olarak betimlenip betimlenemeyeceği ise, aşağıda, Bölüm 2.2.3’te ele alınacaktır.

⁹⁰ Fuller, *The Morality of Law*, 204.

bu tip varsayımların yanlış olduğunu savunur: asgarî düzeyde iyi bir yaşam sürmek için, ancak sağlıklı bir hukuk sisteminin sağlayabileceği toplumsal bir yapı gereklidir⁹¹. Hukukun, ya da ‘en mükemmel şekliyle’ hukukun, varlığının ahlâken iyiyi nasıl gerçekleştirebileceği, ileride, Fuller’in programının değerlendirilmesi içerisinde tartışılacaktır.

İktidarın Tek Taraflı Ürünü

Fuller, hukukî pozitivizmin hukuku çoğunlukla ‘iktidarın tek taraflı ürünü’ -emir veren bir taraf ve ona uyan diğer taraflar- olarak gördüğünü söylemektedir. Bu en açık şekilde, hukuku egemenin buyruklarına indirgeyen John Austin’in yapıtında⁹² görülür, ancak, sonraki hukukî pozitivistler de çok farklı değildir. Bu hukuk görüşü, Fuller’e göre, temel bir yanlış anlamadır: zira, hukukun, dolayısıyla hukuk sisteminin işleyişinin büyük bir kısmı, vatandaşlar ile yasa koyucular arasındaki ödevlerin karşılıklılığına dayanmaktadır: ‘yasakoyucu ve ona tabi olanların beklentileri arasında göreceli bir karşılıklılığın olması, işleyen bir hukuk düzeninin merkezindeki düşüncedir’⁹³. Ancak vatandaşlar ve devlet görevlileri işbirliği yaptığı, her birisi kendi işlevini yerine getirdiği takdirde hukuk çalışabilir. Örneğin, devlet görevlileri, açıkça ya da örtük olarak, kuralları ilan edildikleri şekliyle uygulamaya ve vatandaşlardan makul ve tutarlı şeyler talep etmeye söz verirler; devlet görevlilerinin bu ödevlerini ihmal etmesiyle, toplumun dengeli işleyişi de bozulacaktır.

Fuller, esneklik ve (doğrudan verilmiş ya da kuralların belirsiz veya tutarsız bir şekilde kullanılması içinde gizli) geniş takdir yetkisi arasındaki tercih meselesini, anlaşılır bir yazılı kuralı daima izleyen açık yönlendirmenin karşıtı olarak değerlendirir -büyük şirketlerde yöneticiler ve şer hukuk sistemlerinde tiranlar, yanlış yönlendirme ve keyfî istekleri için bunu kullanırlar. Bir hukuk sisteminde bunun yanlış olduğunu düşünürüz, ancak burada

⁹¹ Ibid. 204-7.

⁹² Bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*.

⁹³ Fuller, *The Morality of Law*; 209; aynı zamanda bkz. ibid. 39-40 ([H]ükümet ve vatandaşlar arasında kurallara riayet açısından bir tür karşılıklılık vardır. Esasında hükümet şöyle demektedir: “Bunlar uymanızı beklediğim kurallar. Eğer onlara uyarsanız, ben de bunların sizin davranışlarınıza uygulanacak kurallar olduğunu garanti ederim.” Bu karşılıklılık bağı koptu mu, vatandaşın kurallara riayet ödevi de temelsiz kalır.’ (dn. çıkarılmıştır)).

itirazımız, bu keyfiliğin 'etkili' olmamasına ilişkin değildir -bu da pekâlâ bazı amaçlar için kullanışlı olabilir, ancak yasamaya içkin olan ahlâka aykırıdır⁹⁴.

2.2.2 Fuller'in Alternatifi: Hukukun Dahilî Ahlâkı

Fuller'in olumlu analizleri, hukukî pozitivizmin eksikliklerini değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Hukukî pozitivizm yerine, hukuku bir yöntem olarak ele alan bir analiz önermektedir. Bu yöntem, devlet görevlileri ile vatandaşlar arasındaki karşılıklılığın önemini vurgulamakta ve diğer amaçlara ulaşılması için bir araç olarak hukuk düzeninin nasıl kullanılacağını göstermektedir.

Fuller, sekiz 'meşruiyet ilkesi' önermektedir. Bunlar hem hükümetin asgarî ödevlerini sınamada ölçüt olacak hem de iyi bir hükümetin ulaşmaya çalışacağı mükemmellik amacını oluşturacaktır⁹⁵. Fullerin sekiz ölçütü şöyledir:

- kurallar genel olmalıdır;
- kurallar ilan edilmelidir;
- geçmişe yönelik kural koyma ve uygulama en aza indirilmelidir⁹⁶,
- kurallar anlaşılabilir olmalıdır;
- kurallar birbirleriyle çelişmemelidir;
- kurallara itaat edilmesi imkansız olmamalıdır;
- kurallar, zaman içerisinde, göreceli bir değişmezliğe sahip olmalıdır;
- kurallar ile uygulanmaları arasında uyum olmalıdır⁹⁷.

Bu ilkelere uymak, kanun koyucunun, vatandaşların davranışlarını yönlendirmesini kolaylaştıracaktır (ve vatandaşlar da bu şekilde eylemlerini,

⁹⁴ Ibid. 212-14.

⁹⁵ Bkz. ibid. 41-2.

⁹⁶ Çok açıktır ki, bir kişinin davranışlarını, olaydan sonra ilan edilen normlara uydurması imkansızdır. Ancak Fuller, yargının verdiği kararların da çoğunlukla bu geçmişe dönük unsurları taşıdığını düşünmektedir. Fuller'in üzerinde durduğu nokta, en azından, yöneticilerin bu tip geçmişe dönük eylemlerin adaletsizliğinin farkında olması ve bunları olası en az sayıda tutmak için çalışmalarını gerektirir. Bkz. ibid. 56-62.

⁹⁷ Bkz. ibid. 46-91. Metindeki ifadeler, bazen, Fuller'inkilere göre küçük farklar bulunmaktadır.

hukuka uygun davranmak için ne yapmaları gerektiğini bilerek planlayacaktır)⁹⁸.

Fuller'in ilkelerinin⁹⁹ bir kısmı asgarî gereklilik olarak görülmelidir, zira bunlara tam anlamıyla riayet etmemek için hiçbir gerekçe yoktur –örneğin, imkansız olanı şart koşma ya da diğer kurallarla çelişme durumunda. Geçmişe yönelik yasamayı en aza indirme, yasaların ilan edilmesi ve anlaşılabilir olması gibi diğerleri ise, hukuk sistemlerinin ulaşmak için daima çaba göstermesi gereken, ancak hiçbir sistemin tam olarak karşılaması beklenemeyecek idealler olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁰.

Toplumdaki insan davranışlarını yönlendirme ve koordine etme aracı olarak hukuk, bir yöntem olarak görüldüğü takdirde, bu yöntem, Fuller'in sekiz ilkesini karşıladığında daha başarılı olacaktır. Bu anlamda, 'daha hukukî' ya da 'daha az hukukî' sistemlerden bahsetmek mümkündür. Bir yerde Fuller, kural sistemlerinin belli derecedeki 'hukukî oluşu'ndan bahsetmektedir; diğer yerlerde ise, bir kural sisteminin 'hukukî' olabilmesi için belli bir eşik kabul etmiş görünmektedir¹⁰¹. Her hâlükârda temel konu aynıdır -özünde sekiz koşulu yerine getiren kural sistemleri, vatandaşlarının davranışlarını başarıyla yönlendirme anlamında, hukuk sistemidir; bu sekiz koşulu yerine getirmeyenler ise, vatandaşların davranışlarını yönlendirme konusunda başarısız olacakları anlamında, 'hukuk sistemi' değildir. (Fuller'in analizleri ile en azından bazı hukukî pozitivistlerin ve geleneksel doğal hukukçuların analizleri arasındaki bir farka da işaret etmek gerekiyor: bazı kuramcılar hem hukuk sistemlerinin hem de bireysel hukuk normlarının olası

⁹⁸ Robert **Summers**'ın Fuller adına tartıştığı şekliyle: 'Hukukilik ilkelerine yeteri kadar riayet edilmesi, zorunlu olarak, bu riayet ölçüsü derecesinde, ahlâkî bir değer gerçeştirilmesini, yani, vatandaşların [ahlâkî ya da gayri ahlâkî] hukuka riayet etmeleri için yeterli bir fırsata sahip olmasını, garanti eder.' Robert S. **Summers**, *Lon L. Fuller* (Stanford: Stanford University Press, 1984), 37.

⁹⁹ Krş. **Raz**'ın, 'hukukun üstünlüğü temel düşüncesinden çıkarılabilecek ilkeler'e ilişkin olarak verdiği benzer bir liste, Joseph **Raz**, *The Autonomy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 214-19.

¹⁰⁰ İlan etme ve anlaşılabilirlik konusunda ideal olan, tüm vatandaşların, bir hukukçuya danışma ihtiyacı duymadan, hukukî yükümlülüklerini tam ve açık olarak bilebilmeleridir. Modern, gelişmiş ülkelerde bile (hatta özellikle buralarda) bu idealden çok uzak gibiyiz.

¹⁰¹ Bkz. ör. **Fuller**, *The Morality of Law*, 39.

ahlâkî ölçütlerini araştırırken, Fuller sadece bir bütün olarak sistem üzerinde yoğunlaşmıştır.)¹⁰².

2.2.3 Eleştiriler

H.L.A. Hart, Fuller'in *The Morality of Law* isimli kitabının incelemesinde¹⁰³, Fuller'in hukuku, bir dereceye kadar, bir amaç çerçevesinde -davranışları yönlendirme amacı-, bir yöntem olarak işler şekilde gösterdiğini söylemektedir. Hart'ın, bir noktaya kadar, bu iddiaya itirazı olmadığı gibi, Fuller'in sekiz ilkesine uyanın, hukukun, vatandaşların davranışlarını daha iyi yönlendirmesini sağlayacağı konusunda da hiçbir şüphesi yoktur¹⁰⁴. Hart'ın itiraz ettiği şey, bunun, aşağılık, kötü insanlar ve hükümetler için olduğu kadar erdemli olanlar için de önemli olan nötr bir ahlâkî değer şeklinde, 'ahlâk' olarak isimlendirilmesidir -ki bu esasen sadece etkililik ya da verimlilik (Hart'ın çok bilinen ifadesiyle, bir kişi pekâlâ '[dahilî] zehirleme ahlâkına sahip olabilir)¹⁰⁵. Eğer bir hukuk sistemi, Nazi Almanyası ya da apartheid Güney Afrika gibi, kötü amaçlara sahipse, bu takdirde Fuller'in koşulları, hükümetlerin bu kötü amaçlarına ulaşmada daha etkili olmalarına yardımcı olacaktır¹⁰⁶.

¹⁰² Bkz. ör. ibid. ('Bu sekiz zorunluluğun herhangi birisinin hiçbir şekilde gerçekleşmemiş olması, sadece kötü bir hukuk sistemi doğurmaz; ortaya çıkan şeye hiçbir şekilde hukuk sistemi denemez.')

¹⁰³ H.L.A. Hart, 'Lon L. Fuller: The Morality of Law', *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 343-64.

¹⁰⁴ Ibid. 347-9.

¹⁰⁵ Ibid. 350.

¹⁰⁶ Ibid. 349-53.

Matthew Kramer, farklı bir eleştiri getirmektedir. Fuller'in hukukî ilkelerine uymak, en iyi sonuçlara sadece, devamlı ve yalnızca erdemli amaçlara hizmet eden bir hukuk sisteminin varlığında (ki olmaz böylesi) ulaştırabilir. Ahlâken uygun olandan daha kötü bir hukuk varsa, yasalardan (ve Fuller'in ilkelerinden) usulen sapmak, fiilî olarak ahlâken daha iyi etki doğuracaktır. Matthew Kramer, 'Scrupulousness without Scruples: A Critique of Lon Fuller and His Defenders', *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1998), 235, 239-43. Benzer bir sonuca, sözünde durma örneğiyle de ulaşmak mümkündür. Pek çok insan, sözünde durmanın, ahlâken iyi bir şey olduğunu düşünür. Ne var ki, kötü bir şey yapmaya ya da en azından ahlâken iyi olandan daha aşağı olan bir şey yapmaya söz vermiş bir kimsenin sözünden dönmesi, sözünde durmasından ahlâken daha iyi bir durum ortaya çıkaracaktır.

Buna, (pek çoğunu esasen Fuller'in bizzat dile getirdiği) pek çok karşılık verilebilir:

1. Başkalarının da işaret ettiği gibi, 'oyunu kuralına göre oynamak' -ya da oyunu adil bir şekilde oynamak, adaletin ayrılmaz bir parçasıdır, hatta bu, adaletten uzaklaşmış bile olsa böyledir¹⁰⁷ (birinin sözünde durması, yapmaya söz verdiği şey kötü bile olsa, yine de ahlâkî bir değerdir). Fuller, eski Sovyetler Birliği örneğini verir. Burada, yasa koyucular bazı ekonomik suçlardaki artıştan kaygı duymuş ve cezaları önemli ölçüde arttırmışlardır. Bu suçları ne kadar ciddiye aldıklarını göstermek için de, ceza artışını bu suçlardan mahkûm olan ve hâpiste bulunanlara da geçmişe dönük olarak genişletmişlerdir. Normalde usul adaletine uyan bir ülke olarak bilinmeyen Sovyetler Birliği'nin hukukçuları, adil olmadığını söyleyerek uygulamayı protesto etmişlerdir¹⁰⁸.

Bu sadece bir 'etkililik' sorunu değildir -eğer olsaydı, potansiyel bir suçlunun, eylemlerinin şimdi söylenenden daha kötü sonuçlar doğurabileceğini bilmesi durumunda cezanın daha caydırıcı olabileceği düşüncesinin de alkışlanması gerekirdi¹⁰⁹. Eğer geçmişe yönelik yasa yapma eleştirilecekse, bu etkililik düzleminde değil, adalet ve ahlâk düzleminde yapılmalıdır.

2. Doğru yöntemler izlendiği takdirde bazı fenalıkların azaltılabileceğine şüphe yoktur; örneğin yargıçlar, verdikleri kararlar için kamuya gerekçe göstermek zorunda olduklarını bildikleri takdirde, mahkemelerin kararları daha adil olabilecektir (bazı yolsuzlukları rasyonalize etmek çok zor olabilir). Aynı şekilde, bir yorumcunun gözlemlediği gibi, 'hukukun üstünlüğü

Bu iddiaya, iddianın örtük öncülü, yani, **Fuller**'in yaklaşımının değerinin, sonuççu değerlendirmelerin bir örneği olarak kullanılmasına dayandığı (ya da sadece buna dayandığı) öncülü, sorgulanarak karşılık verilebilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Fuller'in yaklaşımı -işlevselci ya da teleolojik hukuk görüşü-, hukukun doğasına ilişkin daha iyi ya da daha kâmil bir görüş olarak daha iyi anlaşılabilen ve tümüyle savunulabilmektedir.

¹⁰⁷ Bkz. **Weinreb**, *Natural Law and Justice*, 185-94. **Weinreb**'e göre adalet, en iyi şekilde, sahip olunan haklar ile hak edilenin sürekli huzursuz birleşimi olarak düşünülebilir.

¹⁰⁸ **Fuller**, *The Morality of Law*, 202-3.

¹⁰⁹ Bkz. *ibid.* 203 ('Sanırım şu durumda, [itiraz eden] Sovyet hukukçusunun, yetkililerin eyleminin ekonomik suçlarla savaşmak için etkili olmayan bir önlem olduğunu iddia etmediğini varsaymak doğru olacaktır.').

kavramının sınırları içerisinde hareket eden kötü bir hükümetin kararı dahi, genel nüfusa en azından bir ölçüde güvenlik sağlayacaktır¹¹⁰.

3. Fuller bir yerde, yönetsel olarak adil olan bir hukuk sisteminin özünde adil olmayacağına inanmadığını söylemektedir¹¹¹. Bir korelasyon kesinlikle vardır (en azından negatif anlamda, yani birine önem vermeyen ülkeler diğerine de önem vermez), ancak aynı zamanda kötü yasaları etkili ve özenli bir şekilde ilan eden ve uygulayan ülkeler de vardır. Pek çok yerde, Fuller'in yönetsel ve ötsel adalet arasındaki sıkı bağa duyduğu inanç iyimserdir, ancak bu, kuramının merkezini oluşturmaz¹¹². Bununla birlikte bazı yorumcular bunu kuramın merkezi olarak ele almış, Fuller'in kuramının, kendi (şüpheli) özellikleri üzerinde durduğunu söylemişlerdir¹¹³.

2.3 Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (1931-) İngilizce yapılan hukuk felsefesinin ve aynı zamanda siyaset ve ahlâk felsefesinin çok etkili isimlerinden biri olmuştur. Hukuk felsefesindeki ilk çalışmasında, H.L.A. Hart'ın hukukî pozitivizmini¹¹⁴ pek çok açıdan eleştirmiştir. Dworkin kendi hukuk kuramını bu eleştiriden çıkarmıştır¹¹⁵. Daha sonraki çalışmalarında kuramı, yorumcu bir hukuk kuramı olarak yeni bir nitelik kazanmıştır¹¹⁶.

Dworkin'in yaklaşımına göre, hukukun neyi gerektirdiğini -hukukun ne 'olduğunu'- belirlemek için, ilgili hukukî bilginin -yasama eylemleri, yargı

¹¹⁰ George, *In Defense of Natural Law*, 114.

¹¹¹ Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law', 636.

¹¹² Bkz. ör. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 76-7, Fuller'in söz konusu bağlantı ile ilgili görüşlerinde, bizzat kendi yazılarında bir tutarsızlık var. Bir yerde, bağlantıyı hafife alır: 'Hukukiliğin gereklerine tam riayet vasıtasıyla kötülüğe, en azından bazı kötülükler, ulaşma düşüncesinde mantıksal bir çelişki olduğunu hiçbir zaman iddia etmedim'. Lon Fuller, 'A Reply to Professors Cohen and Dworkin', *Vill. L. Rev.*, 10 (1965), 660, 664. Bununla birlikte, başka bir yerde ise, böyle bir birleşimin fiilî tarihsel pek çok, ya da belki hiçbir, örneği bulunduğunu kabul etmediğini söyler. Fuller, *The Morality of Law*, 154.

¹¹³ Bkz. Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 163-7.

¹¹⁴ Bkz. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. baskı (Oxford: Oxford University Press, 1994).

¹¹⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977).

¹¹⁶ Bkz. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

kararları, anayasal metinler vb.- olanaklı en iyi yorumu bulunur¹¹⁷. Bir yorum olarak kuram, ilgili verilere tam olarak uymalıdır (ör. çok eski yargı kararlarını ‘hata’ sayarak göz ardı edemez); buna ilaveten, *iyi* bir yorum için, ahlâkî değer düzleminde de kuram, gereklilikleri karşılamalıdır¹¹⁸. Dworkin aynı zamanda bu yaklaşımın (kendisi yaklaşımını ‘kurucu yorum’ olarak isimlendirir)¹¹⁹, hukukun doğasını tartışan hukuk kuramcıları için olduğu kadar, belirli bir durumda hukukun neyi gerektirdiğini tartışan avukat ve yargıçlar için de uygun olduğunu savunmaktadır¹²⁰.

Dworkin üzerine yazılmış pek çok şey var¹²¹. Üzerine çok konuşulmuş bu alanı, burada yeniden geniş bir şekilde ele alacak değiliz. Bunun yerine, bu bölümde, Dworkin’in düşüncesine dolaylı bir şekilde işaret edilecektir: onun kuramına nasıl doğal hukuk denebileceği ve böyle bir projeye duyulan ihtiyacı ya da bunun olanaklılığı konusunda Dworkin’in çalışmasının ne söyleyebileceği tartışılacaktır.

Dworkin kendi düşüncesi için, açık bir şekilde ‘doğal hukuk’ etiketini kullanmaz. Esasında, daha sonra bir makale olarak da yayımlanan bir konuşmasında¹²² göze çarpan istisna dışında, ister kendi yapıtının tanımı olarak isterse kendi yaklaşımıyla karşılaştırmak üzere, ‘doğal hukuka’ gönderme yapmaktan tümüyle kaçınmıştır. Bununla birlikte, bu tek göndermede Dworkin, kendi çalışmasının ‘doğal hukuk’ etiketi taşıyabileceğini kabul eder:

¹¹⁷ Bkz. *ibid.*, 225-8, 245-58.

¹¹⁸ Daha başka şeyler de var: (1) ‘uyma’ ve ‘ahlâkî değer’ değerleri, bu iki faktörün, hukukun farklı alanlarındaki değişen göreceli ağırlıklarıyla birlikte, alternatif makul kuramlar karşılaştırılırken dikkate alınmalıdır, *ibid.* 228-58; ve (2) **Dworkin**, ‘Bütünlük’ değerinden de bahseder- yani yargıçlar, hukuk sistemini tek ‘ses’ ile konuşan bir sistem yapacak yorumu seçmelidirler. *Ibid.* 225.

¹¹⁹ Bkz. *ibid.* 52 (‘kurucu yorum, ait olduğu biçim veya türün en iyi örneği yapmak için bir nesne ya da uygulamaya amaç yüklemektir’).

¹²⁰ Bkz. ör. Ronald **Dworkin**, ‘Legal Theory and the Problem of Sense’, *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, ed. Ruth **Gavison** (Oxford: Clarendon Press, 1987) içinde, 9, 13-15.

¹²¹ Bkz. ör. Marshall **Cohen** (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983); Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992); **Bix**, *Law, Language and Legal Determinacy*, 77-132; Stephen **Guest**, *Ronald Dworkin*, 2. baskı (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997).

¹²² Ronald **Dworkin**, “‘Natural’ Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, 34 (1982), 165.

‘Vermiş olduğum kaba doğal hukuk tanımı doğru ise, hukukun içeriğini, bazen, bazı ahlâkî sorulara verilen doğru yanıtı dayandıran bir hukuk kuramı, bir doğal hukuk kuramıdır, dolayısıyla ben de doğal hukuk suçunu işlemiş oluyorum’¹²³.

Dworkin, ileri sürdüğü hukuk ve hukuk kuramı yaklaşımının hukuk ve ahlâk arasındaki (‘kavramsal’ ve ‘zorunlu’) kesin bir ayrımı reddetmesi anlamında, bir doğal hukukçudur. Ayrımı yadsımak, elbette ki bu ikisinin aynı olduğunu kabul etmek değildir; Dworkin, ahlâkın neyi gerektirdiğini bilen bir kişinin, hukuk sisteminin içeriğini de bileceğini söylemez (*hiçbir* doğal hukuk kuramı da, geleneksel ya da başka türlü, *böyle* bir iddiada bulunmaz). Kavramsal bağlantı iddiası, ahlâkî değerlendirmelerin hukuk sisteminin içeriğinin belirlenmesinin zorunlu bir parçasını oluşturmasıdır. Dworkin’in yaklaşımında, daha önceki resmî eylemlerin farklı yorumları arasında yapılacak tercih, hangi yorumun hukuk sistemini daha ahlâkî gösterdiğini belirleme haline gelir. Dolayısıyla, Dworkin’in yaklaşımında, ahlâkî ya da değerlendirici sorunları dikkate almadan ‘hukukun ne olduğu’ belirlenemez¹²⁴.

Dworkin’in yaklaşımı, ‘gerçekten hukuk olan şey’in, pek çok insanın uyuşumsuz olarak bu terime verdiği anlamla resmî kararlardan farklı olduğu konusunda, diğer doğal hukuk yaklaşımlarıyla da ilişkilidir. Dworkin’e göre, - ilan edilmiş yasalar ve yargı kararları da dahil olmak üzere- geçmişteki tüm resmî eylemlerin, sadece, belirli bir konuda hukukun neyi gerektirdiğine ilişkin en iyi kuramı oluşturmada kullanılacak ‘yoruma hazırlayıcı veriler’¹²⁵ olduğunu unutmamamız gerekiyor. Dolayısıyla, yargı kararları, hukukun

¹²³ İbid. 165. **Dworkin**, hukukî pozitivizmden ayrılma noktasında böyle bir doğal hukuk görüşünün tarihsel olarak doğru olup olmadığı ya da gerçekten bunu gerçekleştirebileceği konusunda herhangi bir düşünce ortaya koymaz.

¹²⁴ Bu noktada, **Dworkin**’in, ‘hukuk’ ile ‘yargıçların uygulaması gereken şey’i birbirine eş saymasına işaret etmemiz gerekiyor. Bkz. ör. Ronald **Dworkin**, ‘A Reply by Ronald **Dworkin**’, *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, ed. Marshall **Cohen** (Totowa, N.J.: Rowman&Allanheld, 1983) içinde, 247, 262. Bu, tartışmalı ve önemli bir konudur; önemli bir konu olması, hukukî pozitivist olan Joseph **Raz**’ın karşıt görüşünden kaynaklanıyor. **Raz**, hukuku, ahlâkî ya da değerlendirici unsurlara gönderme yapmadan, hukukî pozitivist bir tarzda betimlerken, yargıçların çoğunlukla, kararlarına ahlâkî unsurları dahil etmeye yetkili ya da zorunlu kılınmalarına itiraz etmez. Bkz. Joseph **Raz**, ‘Legal Principles and the Nature of Law’, *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, 73, 84-5; Joseph **Raz**, ‘Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment’, *Legal Theory*, 4 (1998), 1.

¹²⁵ Bkz. ör. Ronald **Dworkin**, *Law’s Empire*, 65-6.

‘gerçekte ne olduğu’na, esasında neyi gerektirdiğine ilişkin hataya açık tahminlerden başka bir şey değildir. (Daha iyi) yargı kararlarının ulaşmaya çalıştığı bazı idealler bulunmaktadır¹²⁶.

Dworkin ve Fuller arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinmek de aydınlatıcı olacak¹²⁷. Görüşleri en geniş düzlemde çakışmaktadır: her ikisi de hukukun, ahlâk olmaksızın doğru bir şekilde anlaşılamayacağına inanır. Farklılığa gelince, Fuller, hukukun ‘biçim’ ve ‘usulü’ ile daha çok ilgili iken, Dworkin’in çalışması, *hem* hukukun (özünde) ne olduğunun belirlenmesi *hem de* genel olarak anlaşılması için merkezî kabul ettiği yorumcu yöntem üzerinde yoğunlaşmıştır.

2.4 John Finnis

John Finnis, günümüzde belki de, İngilizce konuşan hukuk kuramcılarının en çok bildiği klasik doğal hukuk kuramcısıdır¹²⁸. Yapıtları, özellikle *Natural Law and Natural Rights*,¹²⁹ hukukun doğası hakkındaki çağdaş tartışmalara katkıda bulunmanın yanında, ahlâk felsefesi ve meta-kurama vurgu yaparak, bilinçli bir şekilde Thomas Aquinas geleneğini sürdürmektedir.¹³⁰

¹²⁶ Dolayısıyla **Dworkin**, hukukun ‘salt kendi kendine işlediği’ düşüncesine yakındır. *Omychund v Barker* (1744) 26 E.R.45 s. 23.

¹²⁷ Dworkin uzunca bir zaman, **Fuller** hakkında garip bir şekilde sessiz kalmıştır. Dworkin, yorumcu hukuk yaklaşımını geliştirmeden çok önce, **Fuller**’in yaklaşımını eleştiren bazı makaleler kaleme almıştı. Bkz. Ronald **Dworkin**, ‘The Elusive Morality of Law’, *Villanova Law Review*, 10 (1965), 631; Ronald **Dworkin**, ‘Philosophy, Morality, and Law-Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim’, *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965), 668. (**Fuller, Dworkin**’in getirdiği eleştirilerin bir kısmına, *The Morality of Law*’un gözden geçirilmiş baskısında yayımlanan ‘Reply to Critics’ başlıklı bölümde yanıt vermiştir. **Fuller**, *The Morality of Law*, 198-202, 221-3, 238-40.) Metinde de belirttiğimiz gibi, **Dworkin**’in daha sonraki yorumcu çalışması, bazı yönlerden **Fuller**’in hukuk yaklaşımı ile kesişmektedir, bununla birlikte, **Dworkin**’de **Fuller**’e, eğer varsa, pek nadir değini vardır (ör. **Fuller**’in ismi, *Law’s Empire*’ın ayrıntılı dizininde yer almaz).

¹²⁸ Eğer doğal hukuk hakkında geniş bir çerçevede konuşuluyorsa (ki bu bölüm öyle yapmaktadır), yani Dworkin bile dahil ediliyorsa, bu kısmın başlığı, İngilizce yapılan hukuk kuramı tartışmalarındaki ‘en ünlü doğal hukuk kuramcısı’ şeklinde olmalıdır.

¹²⁹ John **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

¹³⁰ **Finnis**, Aquinas üzerine de oldukça ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. John **Finnis**, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (1998).

2.4.1 Ahlâk Kuramı

Genel Bakış¹³¹

Finnis ahlâk kuramını, ‘temel iyiler’ üzerine kurar. Bu iyilere, sırf kendileri için değer veririz; bunlar, ‘hakikî insan gelişiminin görünümleri, ... eylemde bulunmak için gerçek (aklı) neden[ler]dir’¹³². *Natural Law and Natural Rights*’da Finnis, yedi maddelik bir liste vermektedir: yaşam¹³³, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik (arkadaşlık), pratik akıl ve ‘din’¹³⁴. Bunlar, sadece (ya da hep) başka amaç ve hedeflerin aracı olarak değil, sırf kendileri için yapabileceğimiz ve seçtiğimiz amaç ve hedeflerdir. Bu, hiç kimsenin, hiçbir zaman temel iyilerden birinin, örneğin arkadaşlığın peşine, başka bir amacın aracı olarak düşmeyeceği anlamına gelmez. Bunun anlamı, temel

Finnis’in çalışması, doğrudan Aquinas’a ve aynı zamanda, dolaylı olarak, Germain Grisez’in ‘klasik tartışmaları aktarması ve geliştirmesine’ dayanmaktadır. Bkz. ibid. s. viii; aynı zamanda bkz. Germain Grisez, ‘The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 1, Article 2’, *Natural Law Forum*, 10 (1965), 168. Finnis’in açıklamalarının, Aquinas’ın öğretisiyle ne kadar uyumlu olduğu ya da ondan ne kadar saptığı ise tartışmalıdır. Bkz. ör. Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987) (Grisez ve Finnis’i eleştirerek).

¹³¹ Temel ilgi noktamız, Finnis’in, geniş anlamda ahlâk felsefesi merkezindeki doğal hukuk kuramına ilişkin genel tartışmaları olacaktır. John Finnis, *Fundamentals of Ethics* (Washington, DC: Georgetown University Press, 1983); John Finnis, *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth* (Washington, DC: Catholic University of America Press, 1991).

¹³² Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 64; krş. Aquinas, *Summa Theologiae*, q. 94, art. 2 (beşerî iyilerin Pratik Akıl vasıtasıyla kavranmasını tartışırken).

¹³³ ‘Yaşam’, fiziksel sağlık ve üreme de dahil olmak üzere ‘canlılığın her yönünü’ kapsar. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 86-7.

¹³⁴ Ibid. 86-90. ‘Din’ kelimesinin iki yanındaki tırnak işaretleri orijinal metinde yer almakta ve sonucu bir tür ateizm veya varoluşçuluğa ulaşsa bile, insanın doğası ve evrendeki yeri hakkındaki her türlü sorgulama biçiminin kastedildiğini işaret etmektedir. Ibid. 89-90.

Finnis, temel iyilerin farklı şekilde de listelenebileceğini ve nitelenebileceğini söylemekte ancak bu yedi maddelik listeye uyacak başka temel iyilerin olmadığını düşünmektedir. Ibid. 90-2. Esasen Finnis, başka bir yerde az farklı bir liste önermektedir. John M. Finnis, ‘Is Natural Law Compatible with Limited Government?’, *Natural Law, Liberalism, and Morality*, ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996) içinde, ss. 1-26, s. 4.

iyilerin, bir kişinin onları sırf kendileri için seçebileceği (birkaç) amaç ve hedef olmasıdır¹³⁵.

Finnis'e göre, temel iyiler, metafizik bir kuramla okunan anlamda doğrudan değil, 'pratik anlayışla kavranan iyinin temel biçimlerinin, sahip oldukları doğa itibarıyla insanoğlu için iyi olan olduğu' anlamında, dolaylı olarak insan doğasında bulunmaktadır¹³⁶. Bir başka önemli nokta, Finnis'e göre, temel iyiler arasında 'nesnel bir hiyerarşi'nin olmamasıdır¹³⁷, bununla birlikte, birey yaşamında bu iyilerin bazılarını diğerlerinden daha fazla önem verebilir¹³⁸.

Bunlardan sonra, 'beşerî iyiler hakkındaki yargılardan doğru şeyi yapma hakkındaki yargılara geçişi yönlendirecek'¹³⁹ dokuz orta dereceli ilke (Finnis bu ilkeleri 'pratik makuliyetin temel gerekleri' olarak niteler) vardır:

- tutarlı bir yaşam planı yapma;
- iyiler arasında keyfi seçimlerde bulanmama;
- kişiler arasında keyfi seçimlerde bulunmama;
- yüklenilen özel ve sınırlı projelere bağlanmama;
- zorunluluk olmaksızın vaadlerden dönmeme;
- etkisiz yöntemlere başvurarak fırsatları boşa harcamama;
- bir ya da daha fazla temel iyiyi gerçekleştirmeyi ya da bunların gerçekleştirilmesinde yer almayı engellemekten veya buna zarar vermekten başka hiçbir işe yaramayan bir şeyi yapmayı seçmeme;
- mensubu bulunduğu topluluğun ortak faydasını geliştirme;
- vicdanıyla uyumlu hareket etme¹⁴⁰.

¹³⁵ Değeri açıkça araçsallığında olan iyileri düşünelim: eğer bir kişi, para veya ilacı, kısa veya uzun vadede bu nesnelere gerçekleştirilebilecek bir iyi için değil de, sırf daha fazlasına sahip olmak için biriktirdiğini söylerse, onun zekâsından ve akıl sağlığından şüphe ederiz.

¹³⁶ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 34; bkz. **Finnis**, *Aquinas*, 90-4; aynı zamanda bkz. **George**, *A Defense of Natural Law Theory*, 83-91 ('Natural Law and Human Nature').

¹³⁷ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 92. **Finnis** şunu da ilave eder: 'her bir [temel iyi], üzerine yoğunlaştığımızda, makul bir şekilde en önemli olarak kabul edilebilir'. *Ibid.*

¹³⁸ Bkz. *ibid.*, 93-4.

¹³⁹ **Finnis**, *Fundamentals of Ethics*, 70.

Görüldüğü gibi, Finnis'in yaklaşımı teleolojiktir. Ancak bu bazı doğa kuramcılarınınki gibi değildir -herkesin ulaşması gereken tek bir beşerî (ya da üstün insana ait) ideal yoktur¹⁴¹. Yapılması gereken daha geneldir: 'Beşerî iyi için ve ona karşıt olandan kaçınma için gönüllü olarak eylemde bulunan, arzusu bölünmez beşerî tatminle uyumlu olan kişinin kesinlikle, ama kesinlikle seçmesi gereken olasılıklar, bunlardır.'¹⁴²

Finnis, temel iyiler ve pratik makuliyet ilkelerinin 'apaçık' olduğuna inanmaktadır ancak bununla, tüm makul insanların bunları hemen kabul edeceğini söylemez¹⁴³. 'Apaçıklık', temel olarak söz konusu hakikatlerin başka temel bir hakikatten çıkarılmadığı anlamına gelmektedir; bunlar, 'deneyimle edinilmiş verilerin akılla incelenmesi yoluyla kavranılmış', dolaylı olarak spekülâtif ve diyalektik tartışmalarla desteklenmiştir¹⁴⁴.

Eleştiri

Finnis'in ahlâk kuramı, farklı alternatif görüşleri (ve Finnis'in bizzat tartışmadığı sayısız tartışmalı alanı) içeren pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Burada, yalnızca, iki ana çizgiyi ele alacağız.

Birinci tür eleştiri, en azından iddia, Finnis'in 'temel beşerî iyiler' ve 'pratik makuliyetin temel gerekleri' birleşiminin, karşılaştığımız önemli ahlâkî sorunlara yanıt (ve *doğru* yanıt) vermek için yeterli olup olmadığıdır¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 100-26.

¹⁴¹ Bkz. ör. Finnis, *Aquinas*, 314-19; John M. Finnis, 'Natural Law and the "Is"- "Ought" Question: An Invitation to Professor Veatch', *Catholic Lawyer*, 26 (1981), 266; George, *In Defense of Natural Law*, 50-2. Değerler arasındaki hiyerarşiyi ve insanın nihai amacı düşüncesinin daha güçlü bir rolünü vurgulayan karşı bir görüş için bkz. Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory*, 65-198.

¹⁴² Finnis, *Moral Absolutes*, 45 (dipnot çıkarılmıştır); bkz. George, *In Defense of Natural Law*, 51 ('Bölünmez beşerî tatmin kavramı, ...temel iyilerin üstünde ya da onlardan ayrı bir üstün iyiye işaret etmez.').

¹⁴³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 64-9; aynı zamanda bkz. George, *In Defense of Natural Law*, 43-5, 61-6, 85-90, 262-6.

¹⁴⁴ George, *In Defense of Natural Law*, 61-3.

¹⁴⁵ En azından yanıtı olan sorular için. Finnis'in ve onu eleştirenlerin paylaştığı bir nokta, hem iyilerin çokluğundan hem de herhangi bir şey gibi yargılanamamalarından dolayı, (ahlâkî bir konu olarak) tek, biricik doğru yanıtları olmayan önemli soruların bulunduğuudur.

Yani iddia şudur: Finnis'in yaklaşımı, zor ahlâkî soruların yanıtlarına ulaşmak için yeterli kaynaklara sahip değildir.

Genel olarak doğal hukukun, özelde Aquinas'ın görüşlerinin farklı okumalarını ortaya koyan eleştirmenlerin Finnis'in yaklaşımının *yeterliliği* ile ilgili eleştirileri, genellikle, bu yaklaşımın, Aquinas'ın *doğru bir yorumunu* yansıtmadığı ile bağlantılıdır¹⁴⁶. Daha önce tartıştığımız gibi, yorum sorunu, Aquinas'ın doğrudan insan doğası düşüncesine dayanan teleolojik bir görüş kurduğu şeklinde mi, yoksa, -akıl yoluyla bildiğimiz ya da keşfettiğimiz ve insan doğasıyla (daha) doğrudan bağlantılı- bir tür 'erdem ahlâkı' ortaya koyduğu şeklinde mi anlaşılması gerektiğidir¹⁴⁷. Yeterlilik yönündeki eleştiri, zor ahlâkî soruların cevabını, Finnis'in birbirine eş temel iyiler listesiyle değil, düzenli bir iyiler hiyerarşisine sahip mükemmel bir teleolojiye sahip olduğumuz takdirde bulabileceğimizi söylemektedir¹⁴⁸.

Çok farklı bir eleştiri ise, Steven Smith tarafından ortaya konmuştur. Smith'e göre Finnis'in 'temel iyiler'i ele alışı (ve cinsel konularda bu kavramları kullanışı), 'iyi' düşüncesi ile kişinin fiilî amaçları ve deneyimleri arasındaki büyük uçurumu yansıtmaktadır¹⁴⁹. Smith, hem sırf kendisi için istenecek bir 'temel iyi' olarak 'haz'ın yokluğuna¹⁵⁰, hem de şu gibi iddiaların ampirik *olmayan* konumuna işaret eder: '[E]şcinsel ilişki (ve esasen tüm evlilik dışı cinsel hazlar) dostluk ortak iyisinin gerçekleştirilmesinden

¹⁴⁶ Bkz. ör. Ralph **McInerny**, 'The Principles of Natural Law', *American Journal of Jurisprudence*, 25 (1980), 1; Henry B. **Veatch**, 'Book Review', *American Journal of Jurisprudence*, 26 (1981), 247, 225-9.

¹⁴⁷ Bu tartışma hakkında bkz. ör. **Hittinger**, *A Critique of the New Natural Law Theory*; George, *In Defense of Natural Law*, 59-75 (**Hittinger**'e yanıt); **McInerny**, 'The Principles of Natural Law'; John **Finnis** ve Germain **Grisez**, 'The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny', *American Journal of Jurisprudence*, 26 (1981), 21.

¹⁴⁸ Bkz. ör. Russell **Hittinger**, 'Varieties of Minimalist Natural Law Theory', *American Journal of Jurisprudence*, 34 (1989), 133; **Hittinger**, *A Critique of the New Natural Law Theory*, 74-89.

¹⁴⁹ Steven D. **Smith**, 'Natural Law and Contemporary Moral Thought: A Guide from the Perplexed' (kitap incelemesi), *American Journal of Jurisprudence*, 42 (1997), 29, 316-21. Bu görüşe katılmakla birlikte, yine de, **Finnis**'in yaklaşımının, ahlâk ile insanın iyi oluşu görüşünü birbirine bağlamaya çalışan Kantçı deontolojik kuramlardan daha iyi bir iş çıkardığını söylemek mümkündür. Bkz. **George**, *In Defense of Natural Law*, 60-1.

¹⁵⁰ Krş. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 95-7 ('Is Pleasure the Point of it All?').

tümüyle uzaktır¹⁵¹. Ampirik olmayan konum ile Smith, yazıları bağlamında ele alınacak olursa, Finnis'in, eşcinsel ilişkinin dostluğu sürdürmek, ifade etmek ve kuvvetlendirmek için bir yol olduğunu söyleyen çiftlerin tanıklığıyla çürütülebilecek iddiayı dikkate almayacağını açık olduğunu anlatmaktadır¹⁵². Bununla birlikte Smith, 'iyi olmak' ile 'iyi olarak tecrübe edilmek' arasındaki uçurum büyüdükçe, akademik ahlâk ile mevcut ahlâkî düşüncelerimiz arasındaki kopukluğun da gittikçe artacağını iddia etmektedir¹⁵³.

2.4.2 Hukuk Kuramı¹⁵⁴

Hukuk, Finnis'in ahlâk kuramında, bazı ortak iyilere en iyi şekilde, hukukun önerdiği özel bir toplumsal koordinasyon türü ile ulaşılabileceği için yer almaktadır¹⁵⁵. Aynı zamanda hukuk, bir topluluğa ve (siyasal) bir topluluk kurma ortak iyisine katılmak iyi bir yaşam sürmenin ayrılmaz parçası olduğu için önemlidir¹⁵⁶. Finnis, hukuk kuramını dar anlamıyla ele almaktadır. Hukuk kavramı analizinde H.L.A. Hart'ın genel yaklaşımına katılır: 'hukuk' (ya da 'hukuk sistemi') en kâmil ya da üstün biçimiyle ele alınmalıdır, 'hukukî' sayılabilecek tüm sistemlere asgarî olarak ortak bir şekilde bu ismin verilmesi olarak değil¹⁵⁷. Buna ilaveten, böyle bir yaklaşım katılımcıların bakış açılarını da içermelidir. Bununla birlikte Finnis, Hart'ın 'dahilî bakış açısı'nı daraltmakta ve kuvvetlendirmektedir¹⁵⁸. bu bakış açısı 'sadece pratik makuliyete başvuranların değil aynı zamanda pratik olarak makul olanların da bakış açısıdır'¹⁵⁹. Finnis'e göre kişi, 'dahilî bakış açısı'nı 'merkezî mesele' düşüncesine (kavramın en kâmil anlamında) göre seçmelidir ve bu kişiyi ahlâken tarafsız bir bakış açısından uzaklaştırır: 'Hukukî yükümlülüğün, en

¹⁵¹ John **Finnis**, 'Is Natural Law Compatible with Limited Government?', ed. Robert P. **George** (1996), 12-13 (vurgular kaldırılmıştır).

¹⁵² **Smith**, 'Natural Law and Contemporary Modal Thought', 316-19.

¹⁵³ *Ibid.*, 319-21.

¹⁵⁴ Ahlâk ve hukuk kuramının yanında Finnis, siyaset kuramı alanında da yazmıştır. Bkz. ör. **Finnis**, 'Is Natural Law Compatible with Limited Government?'

¹⁵⁵ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 260-4; John M. **Finnis**, 'Law as Co-ordination', *Ratio Juris*, 2 (1989), 97.

¹⁵⁶ Bkz. **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 164-5, 260-4; **Veatch**, 'Book Review', 252-3.

¹⁵⁷ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 3-11; krş. Hart, *The Concept of Law*, 3-4, 15-17.

¹⁵⁸ Bkz. **Hart**, *The Concept of Law*, 87-91,

¹⁵⁹ **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, 15.

azından bir karine olarak bir ahlâkî yükümlülük şeklinde ele alındığı bir bakış açısı, ...takdirî ya da durağan geleneksel düzenden ayrı olarak, hukuk düzeninin kurulması ve devam ettirilmesinin, adaletin zorlayıcı bir talebi değilse bile, ahlâkî bir ideal olarak görüldüğü bakış açısı varsa, bu takdirde bu bakış açısı, hukukî bakış açısının merkezini oluşturacaktır¹⁶⁰. Bu, Hart'ın yaklaşımında küçük bir değişiklik yapıyor gibi görünse de, bir kuramcıya, hukukî pozitivizmden (kavramsal olarak ahlâktan ayrılmış hukuk) doğal hukuk kuramına (hukukî anlamda ahlâkî değerlendirmeyi merkezî kabul etmek) geçmek için yeterli olmaktadır.

Finnis'in hukukî pozitivizm eleştirisi, 'dahilî bakış açıları' hakkındaki görüşlerinde ve doğru bir hukuk kuramının ahlâkî değerlendirmeyi gerektirdiği yönündeki diğer yazılarında¹⁶¹ örtük bir şekilde yer almaktadır. Temel sav, daha önce Fuller'le ilgili olarak yaptığımız bir tür teleolojik tartışma ile aynıdır: hukuk gibi nedeni olan bir faaliyet, vatandaşlara eylemde bulunmaları için *iyi* bir neden sunması gereken resmî beyanların ve emirlerin ahlâkî değerlendirmesi olmaksızın tam olarak anlaşılabilir¹⁶².

2.5 Michael Moore

Michael Moore (1943-), metafizik realizm etrafında kurulmuş bir hukuk kuramı ve hukuk uygulaması önermektedir¹⁶³. Metafizik realizm, genel

¹⁶⁰ Ibid. 14-15; aynı zamanda bkz. **Finnis**, *Aquinas*, 257-8.

¹⁶¹ Bkz. John **Finnis**, 'On the Incoherence of the Legal Positivism', *Notre Dame Law Review*, 75 (2000), 1597; aynı zamanda bkz. John M. **Finnis**, 'Problems of the Philosophy of Law', *Oxford Companion to Philosophy*, ed. Ted **Honderich** (Oxford: Oxford University Press, 1995), 468, 469.

¹⁶² **Finnis**'in hukukî pozitivizm ve doğal hukuk kuramı arasındaki tartışmaya ilişkin görüşlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Brian **Bix**, 'On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism', *Notre Dame Law Review*, 75 (2000), 1613.

¹⁶³ Bkz. Michael S. **Moore**, 'Good without God', *Natural Law, Liberalism, and Morality*, ed. Robert P. **George** (Oxford: Clarendon Press, 1996), 221-70; 'Law as Functional Kind', *Natural Law Theories: New Essays*, ed. Robert P. **George** (Oxford: Clarendon Press, 1992), 188-242; 'Moral Reality Revisited', *Michigan Law Review*, 90 (1992), 2424; 'The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse', *Stanford Law Review*, 41 (1989), 871 (bundan sonra Moore, 'Interpretive Turn'); 'Precedent, Induction, and Ethical Generalization', *Precedent in Law*, ed. Laurence **Goldstein** (Oxford: Clarendon Press, 1987), 183-213 (bundan sonra, Moore, 'Precedent'); 'Metaphysics, Epistemology and Legal Theory', *Southern California Law Review*, 60 (1987), 453 (kitap incelemesi); 'A Natural Law Theory of Interpretation', *Southern California Law Review*, 58 (1985), 277

olarak, kelimelerimizin, varlıkları ve nitelikleri nesnelere hakkındaki uyuşumsuz inançlardan ya da gözlemcilerin inançlarından bağımsız nesnelere gönderme yaptığı şeklindeki ontolojik bir iddia olarak anlaşılmalıdır¹⁶⁴. Moore'un metafizik realizme ilişkin görüşleri, ontolojik iddialara vurgu yapmanın yanında, doğruluk, gönderge, ahlâk ve anlam ile ilgili düşünceleri de içermektedir¹⁶⁵. Moore'un *tek* yaptığı ahlâkî sorulara verilecek doğru yanıtların bulunduğunu savunmak değildir (bunu ise, çok şiddetli bir şekilde savunur)¹⁶⁶, ontolojik açıdan, 'haklar ve ödevler, erdem ve ahlâksızlık gibi ahlâkî varlıklar ile iyilik ve kötülük gibi ahlâkî özellikler'in yanında bir de 'ahlâkî türler'in (doğal türlerin, ahlâkî alandaki benzeri) bulunduğunu savunmaktadır¹⁶⁷. Anlam konusunda, 'adalet' gibi değerlendirici terimler de dahil olmak üzere, terimleri, 'doğal türler' ile ya da 'doğal olay türleri' ile eş tutar; bu durumda anlamın, söz konusu tür ile ilgili 'uygulayabileceğimiz en iyi bilimsel kuram' tarafından sağlanacağına inanılır¹⁶⁸. Bununla birlikte

(bundan sonra, Moore, 'Interpretation'); 'Moral Reality', *Wisconsin Law Review*, (1982), 1061; ve 'The Semantics of Judging', *Southern California Law Review*, 54 (1982), 151. Moore'un, 'Metaphysics, Epistemology and Legal Theory', 'Law as a Functional Kind' ve 'Interpretive Turn' makalelerinin yeniden yayımı için bkz. Michael Moore, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 247-423. Moore'un yaklaşımının geniş bir eleştirel incelemesi için bkz. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, 133-77.

¹⁶⁴ Michael Dummett, realizmin, anlam ve doğruluk, özelde de iki değerli sistemin bir söylem alanındaki tüm önermelere uygulanması hakkındaki bir iddia olarak daha iyi anlaşılabilirliğini söylemektedir. Michael Dummett, *The Seas of Language* (1993), 230-76. Anlambilim temelli bir tanım altındaki bir söylem alanı konusunda realist olan pek çok kişi, ontoloji temelli bir tanım altında da realist olacaktır. Bununla birlikte, metafiziksel realizmin (farklı, ancak örtüşen) başka anlaşılış şekilleri de vardır. Güzel ve kısa bir açıklama için, bkz. Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy* (1994), 319-20 ('realism/anti-realism' maddesi).

¹⁶⁵ Moore, 'Moral Reality Revisited', 2432-40.

¹⁶⁶ Bkz. ör. Moore, 'Interpretation', 286.

¹⁶⁷ Moore, 'Precedent', 208. 'Doğal türler' hakkında bkz. Hilary Putnam, 'The Meaning of "Meaning"', *Mind, Language and Reality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), 215-71.

¹⁶⁸ Moore, 'Interpretation', 291-301; Moore, 'Moral Reality Revisited', 2436-40. Hukukî bir kavram olarak 'zarar verme' (terimin gündelik dildeki kullanımı ile karıştırılmamalı) gibi terimler konusunda dahi Moore, bu terimin 'dünyadaki bir şeyi seçip çıkardığını', dolayısıyla 'ahlâkî tür'ün bir örneği olarak düşünülebileceğini savunur. Moore, 'Interpretation', 333.

Moore, her konuda Platoncu değildir: epistemolojide tutarlılık kuramını tercih etmekte¹⁶⁹ ve hukuku doğal tür olarak değil, 'işlevsel tür' olarak görmektedir.¹⁷⁰

Moore'un metafiziksel realist olmayanlara yönelttiği eleştirisi, sadece metafiziksel realizmin doğru yaklaşım olduğu¹⁷¹ ve bu yaklaşımın, hukukun doğası ve hukukî kurumların nasıl çalışması gerektiği hakkındaki düşüncelerimizi değiştirmeyi gerektirdiği¹⁷² şeklindedir. Sorunu şu şekilde belirleyebiliriz: -avukat, yargıç, yasakoyucu, vatandaş olarak- bizler, ahlâkî soruların doğru yanıtları olduğuna inanıyorsak, bu inancımız, eylemlerimizi nasıl değiştirmelidir ve (ister ahlâkî, ister hukukî isterse doğal tür terim olsun) çoğu kavrama yaptığımız göndermeleri, bu inanç uyarınca nasıl belirlemeliyiz?

Metafiziksel realist anlamda, ahlâken doğru olanın varlığına ve bilinebilirliğine duyulan katı bir inanç, hukuk analizini bazı şekillerde kolaylaştırmaktadır:

1. 'Ahlâkî türler'in bulunduğu inandığımız (ya da böyle varsaydığımız) takdirde, emsallere dayalı (common law) muhakemenin o çok bilinen paradoksları ve belirsizlikleri ortadan kalkabilir¹⁷³. Böylece, geçmiş bir dava üzerine verilmiş hükmün doğru bir şekilde (yeniden) nitelendirilmesi, ilgili bir ahlâkî türün uygulanmasının tarif edilmesi gibi olacaktır¹⁷⁴, buna ilaveten, nitelemenin belirsizliği, yani, her hangi bir yargı kararının farklı genellik düzeylerinde yeniden aynı şekilde ifade edilebilmesi, en azından ilkesel olarak, ortadan kalkacaktır, zira, *doğru* genellik düzeyi, ahlâkî türe ait

¹⁶⁹ Bkz. ör. **Moore**, 'Interpretation', 312; Moore, 'Precedent', 197-8, 208-9.

¹⁷⁰ Bkz. **Moore**, 'Law as Functional Kind'. 'Nominal türlerden farklı olarak, işlevsel türü oluşturan şeyler, bir dildeki ortak adı paylaşmaktan başka bir şey olmayan "doğa"dan daha zengin bir doğaya sahiptir'. Ibid. 208.

¹⁷¹ **Moore** bazı yerlerde, ne kadar reddedersek reddedelim, pek çoğumuzun zaten metafiziksel realist olduğunu iddia ya da ima etmektedir. Bkz. **Moore**, 'Interpretation', 322-6, 397-8. Eğer metafiziksel realizmi yeteri kadar geniş bir şekilde tanımlarsak, bu iddia doğru gibi görünmektedir (daha öncede belirttiğimiz gibi, benzer bir iddia, yeteri kadar geniş bir şekilde tanımlandığı takdirde, 'doğal hukuk kuramı' için de yapılabilir).

¹⁷² **Moore**, 'Interpretive Turn', 873, 881-90; **Moore**, 'Moral Reality Revisited', 2468-91.

¹⁷³ **Moore**, 'Precedent'.

¹⁷⁴ Bkz. ibid.; aynı zamanda bkz. **Moore**, 'Interpretation', 358-76. Daha açık bir ifadeyle, 'emsal kararlar' kavramı da ortadan kalkacaktır. **Moore**, 'Precedent', 210-3. Her adımda, hem karar vermede hem de eski hükümleri betimlemede yapmakta olduğumuz şey, 'common law'un doğru önermelerini belirlemeye çalışmaktır. Ibid. 210.

olandır¹⁷⁵. Moore'un yaklaşımı uyarınca, common law hukuk muhakemesi herşeyin dikkate alındığı ahlâkî muhakeme olarak anlaşılmaktadır -aynı zamanda, dikkate alınacak faktörlerden birisinin, bazı eski yargı kararlarının daha da yerleşmesi sonucunu verebilecek 'kurumsal' ya da 'hukukun üstünlüğü' kanıtı olduğuna vurgu yapılmaktadır-, çünkü ahlâk, insanların, başkasının sözüne güvenle yaptıkları eylemlerindeki çıkarlarını ciddiye almaktadır¹⁷⁶.

2. Yasamayı gerçekleştiren (ya da anayasal dili yaratan)¹⁷⁷ grupların yasama sırasındaki niyetlerini belirleme ile ilgili benzer zorluklar da ortadan kalkabilir; bunun için, yasakoyucuların 'diğer dil kullanıcılarıyla, yani [metafiziksel] realistlerle aynı dilsel amaçlara sahip olduğuna inanılmaktadır'¹⁷⁸. Yasakoyucuların, kullandıkları terimlerin anlamlarıyla ya da uygulamasıyla ilgili (kelimelerin, 'gerçek' anlamlarına göre anlaşılacağı şeklindeki realist amaçlarının ötesindeki) niyetleri önemli değildir¹⁷⁹. Farklı bir şekilde ifade edecek olursak, yargıçlar hukukî terimleri (ister yasa, ister anayasa, isterse common law kaynaklı olsun) metafiziksel realist anlam kuramına göre yorumlamalıdır -'kelimelerin gönderme yaptığı şeylerin gerçek doğasına' göre, 'bu kelimelerin gündelik dildeki kullanımını yöneten uyuşumlara' göre değil¹⁸⁰. Moore daha da ileriye giderek, yasama ile yapılmış tanımlara özel bir önem atfedilmemesi gerektiğini söylemektedir; tam aksine, bu tanımlar sadece terimlerin 'gerçek' anlamları üzerine yapılmış 'uyuşumsal tefsirler' olarak ele alınmalıdır (ve yasakoyucuların bu tanımların böyle ele alınmasını istedikleri varsayılmalıdır)¹⁸¹.

¹⁷⁵ Pek tabii, ahlâkî türlerin bulunduğuna inanmak, bu inanç çok yaygın bir hale gelse bile, insanların, hangi ahlâkî türün, belirli bir hukukî ya da emsale dayalı muhakeme için söz konusu olduğunda anlaşacaklarını garanti etmez.

¹⁷⁶ Moore, 'Precedent', 210.

¹⁷⁷ Bkz. ör. Dworkin, *Law's Empire*, 313-99; Moore, 'Interpretation', 338-58; Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (1997).

¹⁷⁸ Moore, 'Interpretation', 323.

¹⁷⁹ Ibid., 338-58.

¹⁸⁰ Ibid. s. 287. Yasama yorumuyla ilgili olarak, metafiziksel realizm, sorulacak soruların tipini değiştirebiliyor ve bazı çözümsüz soruları ortadan kaldırıyor da, aynen emsal karar analizinde olduğu gibi, bir uzlaşmayı hiçbir şekilde garanti etmez.

¹⁸¹ Ibid., 331-8, 383.

3. Daha genel olarak, hukukî muhakeme ve yorum, 'ahlâkî gerçeklik'ten çıkarılmalıdır (ve asla, sadece insanların ahlâkî konulardaki uyuşmsal inançlarından çıkarılmamalıdır)¹⁸².

4. Ahlâkî realizm, aynen başka bir tür doğru-yanıt kuramında olduğu gibi (ör. Ronald Dworkin'in kuramı)¹⁸³, yargıçlara, karşılaştıkları zor sorularda, konuyu politika ve kişisel tercih noktasında bırakmaktansa, tek bir doğru yanıtı aramayı sürdürmelerini söyler¹⁸⁴.

Moore'un yaklaşımının ilginç bir yönü, söylediğimiz gibi, bilgi konusunda bir tutarlılık-kuramını tercih etmesidir. Bu onu, ahlâkî realizmin, en azından ontolojik açıdan, hiçbir iş yapmadığı eleştirisine açık hale getirir¹⁸⁵. Moore, ahlâkî realist görüşünü, bağlamsal muhakemenin 'uzlaşımçı' biçimleriyle karşılaştırdığında, kendi görüşünü, 'hata'ya yer bıraktığı ve nihai sonuçları sadece 'uyuşmsal kabul' ile değil, 'olana karşılık gelenle' desteklediği için, diğerlerinden üstün görür¹⁸⁶. Bununla birlikte, eğer 'orada olanı' belirlemek için elimizdeki tek yol uyuşmsal inançlarla tutarlı olmak ise, farklılık özde değil sadece ambalajda olacak gibidir.

Moore bu çizgideki tartışmaya çeşitli yanıtlar vermektedir. Öncelikle, kuramının epistemolojiye (neyi bildiğimiz ve bilgiye ilişkin iddialarımızı nasıl desteklediğimiz) değil, ontolojiye (neyin var olduğu) yoğunlaşmış bir kuram olduğunu kabul eder, ancak bu kabulün çok da yıkıcı olmadığını düşünür¹⁸⁷. İkinci olarak, metafiziksel realizmin, inançlarımızı ve uygulamalarımızı diğer alternatif yaklaşımlardan daha iyi açıkladığını savunur, yani, uygulamalarımızı etkilemeyecek ya da etkilememiş bile olsa, kuram, sırf doğru olduğu için önemlidir¹⁸⁸. Üçüncü olarak, ahlâkî realizmin, farklı ahlâkî ve metafizik dünya anlayışları altında sorunlu görülebilen mevcut uygulamaları *haklı*

¹⁸² Moore, 'Interpretation', 286-8.

¹⁸³ Bkz. ör. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 123-30. Moore, Dworkin'in hem metafiziksel realizm karşıtlığını hem de kendi 'doğru yanıt tezi'ni aynı anda sürdürmeyeceğine ilişkin güçlü bir kanıt sunar. Moore, 'Metaphysics, Epistemology and Legal Theory', 475-94.

¹⁸⁴ Moore, 'Interpretation', 308; Moore, 'Moral Reality Revisited', 2480, 2484-7.

¹⁸⁵ Bkz. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, 148-50. Moore'un bu türdeki tartışmalara verdiği yanıt için bkz. Moore, 'Moral Reality Revisited', 247-91.

¹⁸⁶ Moore, 'Precedent', 209.

¹⁸⁷ Bkz. Moore, 'Moral Reality Revisited', 2470-2.

¹⁸⁸ Bkz. ör. ibid., 2452-68, 2471-2, 2511-18.

çıkardığı için bir değere sahip olduğunu savunmaktadır¹⁸⁹. İlişkili bir konu: eğer yargıçlar kendilerini, sadece kişisel, kendine özgü ya da uyuşimsal inançlar uyarınca değil de, ‘şeylerin doğru doğası’ uyarınca eylemde bulunuyor olarak görürlerse, bu (doğal olarak), yargıçların tutumunu meşruiyet yönünde etkileyecektir¹⁹⁰. Dördüncü olarak, Moore, metafiziksel ve ahlâkî realizmin yargıçların davranış tarzını *değiştireceği*¹⁹¹ yönündeki (bu bölümde özetlediğimiz) görüşünü yeniden ortaya koyar.

Moore’un yapıtının sorduğu bir soru kategorisi -ki bu, doğal hukuk geleneğindeki diğer modern yazarın pek çoğuyla da ilgilidir-, ahlâk felsefesi ya da anlam sorularının hangi dereceye kadar siyasî ve kurumsal sorunların önüne geçebileceğidir. Bazen kuramcıların, metafiziksel realizm ya da benzeri bir kuramla ilgili gerçek bir defa kabul edilmekle, kurumsal roller ve hukukî süreçlerle ilgili bazı geleneksel sorunların kolaylıkla çözüleceğini veya bunların önemsiz olduğu savunur bir tutum izlediği görülmektedir. Moore ise, bu konular hakkında çok hassastır: örneğin, bir yargıç, geçmişteki yargı kararlarının başka türlü sonuçlanmış olması dolayısıyla, hangi dereceye kadar common law çerçevesindeki doğru bir kararı reddetmeye devam etmelidir? Başka bir şekilde ifade edecek olursak, yargıçlar, ‘hukukun üstünlüğüne’ ya da tutarlılık, güven, öngörülebilirlik, eşitlik gibi benzer görüşlere riayet ederek, tamamen ya da kısmen yanlış olan kararları kabul etmeli midir?¹⁹² Benzer bir soru, yargısal muhakemenin başka bir yerinde, özellikle de anayasal yorumda ortaya çıkabilir: (doğal hukuk düşüncesine mensup olduğunu söyleyen) yargıçlar, hangi dereceye kadar, doğal hukukun, bir ülkenin temel hukukunun bir parçası olduğu görüşü uyarınca hareket etmeli ya da doğal hukuk öğretisini, geçmiş yargı kararları farklı bir yönde olsa bile (hatta asıl bu durumda), (tüm) hukukî yorumlama örneklerine dahil etmelidir?¹⁹³

¹⁸⁹ Bkz. **Moore**, ‘Moral Reality Revisited’, 2472 (‘ahlâkî realizm, yasama yargısı gibi hüküm verme ile ilgili uygulamalarımız açısından, ahlâkî uyuşunculuğun ve ahlâkî şüphecilüğün sahip olmadığı bir anlama sahip olabilir -ahlâkî realizm vasıtasıyla, bu uygulamaları yerine göre devam ettirmek ya da değiştirmek için bize bir gerekçe sunar’).

¹⁹⁰ Ibid. s. 2469-91. Bu tartışma, ahlâkî realizmin, ahlâkî, hukukî ve siyasal sorunlara, realist olmayan yaklaşımların yapamayacağı bir şekilde, uyuşimsal olmayan hatta devrimci yanıtlar verebileceği iddiası ile bağlantılıdır. Bkz. ibid.

¹⁹¹ Bkz. ör. ibid., 2480-91.

¹⁹² Bkz. ör. **Moore**, ‘Precedent’, 201-4, 209-10; **Moore**, ‘Interpretation’, 372.

¹⁹³ Krş. **Sebok**, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, 222-30 (anayasal yorum konusundaki ‘katı bilişsel doğal hukuk’ yaklaşımlarını anlatırken).

Hatalı bir emsal karara bağlanmaya karşı, doğal hukuk hakikatlerinin daima, kurumsal, 'hukukun üstünlüğü' gerekçelerinin önünde olması gerektiği şeklindeki uç görüşü savunanları gerçek hayatta bulmak zordur. Bununla birlikte, diğer uçtaki bir görüşü, doğal hukuk geleneğinin, yargısal karar verme hakkında, yargıçların söz konusu hukuk sistemindeki kurumsal ve yorumlayıcı kurallara boyun eğmeleri gerektiğinden başka bir şey söylemediğini savunan doğal hukuk kuramcılarını da rastlanmaktadır¹⁹⁴.

2.6 Diğer Doğal Hukuk Kuramları

Doğal hukuk kategorisine uyabilecek, yakın zamanlı pek çok hukuk kuramı bulunmaktadır. Kitabı *The Concept of Law*'un sonlarında, H.L.A. Hart, hukuk ve ahlâkın örtüşmesini anlatırken bizleri, 'doğal hukukun asgarî içeriği' nosyonuyla tanıştırır¹⁹⁵. Tartışma, ahlâk ve hukukun çeşitli şekillerde örtüşmesi (bu ikisi arasında 'zorunlu' ve 'kavramsal' bir bağlantı olmadığı şeklindeki hukukî pozitivist dogma ile uyumlu örtüşmeler) bağlamında ortaya çıkmıştır. Hart, en azından, nüfusun azınlık teşkil eden önemli bir grubu için (çoğunluğun köleleştirildiği ya da ikinci sınıf vatandaş olarak muamele gördüğü, azınlık elit sınıfın yönetimde olduğu toplumlarda olduğu gibi) asgarî korumayı (ör. saldırıya karşı) sağlamayan herhangi bir hukuk sisteminin ya da ahlâkî uzlaşımın uzun süre yaşayamayacağını düşünmektedir. Her ne kadar özünden daha çok başlığında bile olsa, Hart'ın düşüncesi ile geleneksel doğal hukuk kuramı arasında hafif bir benzerlik vardır, ancak bu benzerlik çok da derinlere gitmez¹⁹⁶. Hart, ampirik bir iddiada bulunmaktadır - fakat, insanoğlunun ve beşerî toplulukların, bugün bizim de sahip olduğumuz (olumsal) eksiklik, ihtiyaç ve zayıflıklara sahip olduğu sürece, toplumu kapsama iddiasında olan bir iddiada¹⁹⁷. Hart, bir ahlâk kuramı ya da kavramsal tartışma

¹⁹⁴ Bu görüş için bkz. ö. **George**, *In Defense of Natural Law*, 102-12; aynı zamanda bkz. **Wolfe**, 'Judicial Review'.

¹⁹⁵ Hart, *The Concept of Law*, 193-200.

¹⁹⁶ Hart'ın tartışmasını, daha güçlü (ve daha geleneksel) bir doğal hukuk yaklaşımı yönünde geliştiren farklı bir görüşün ilginç bir sunumu için bkz. Kenneth I. **Winston**, 'Introduction', Lon L. **Fuller**, *The Principles of Social Order*, ed. Kenneth I **Winston** (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981) içinde, 11-44, s. 24-6; aynı zamanda bkz. Randy E. **Barnett**, *The Structure of Liberty* (Oxford: Clarendon Press, 1998), 10-12.

¹⁹⁷ Bkz. **Hart**, *The Concept of Law*, 199-200 ('sadece hukukun değil, diğer pek çok toplumsal kurumun da tam bir tarifini yapabilmek için, tanımların ve olgulara ilişkin sıradan ifadelerin ötesinde, üçüncü bir ifade türüne yer verilmelidir: bu ifadeler, sahip

ortaya koymaz; hukukî geçerlilik ölçütlerinden ya da hukuk sistemi içinde insanların nasıl davranmaları gerektiğinden bahsetmez¹⁹⁸.

Randy Barnett, geleneksel doğal hukuk yaklaşımı için kısıktıcı bir değişiklik önermektedir¹⁹⁹. Bu gelenekteki pek çok yazar kuramını, ‘mevcut insan doğası ve/veya evrenin doğası, belli şeyleri gerektirir (emir anlamında)’, çizgisinde sürdürürken, Barnett’in analizleri, ‘mevcut insan doğası çerçevesinde, eğer genel olarak kabul edilmiş bazı toplumsal amaçlara (güvenlik, güven, özgürlük vs.) ulaşılacak isteniyorsa, belli kurum ve kurallar konulmalıdır’ şeklindeki muhakeme yapısını izler. Barnett’in yapıtının ortaya çıkarttığı şey, herkesin sevmeyeceği ama en azından doğal hukuk benzeri analiz ve araştırma metodunun orijinal bir şekilde adaptasyonunu uygun bulacağı liberal-liberteryen bir program olmuştur.

Diğer yaklaşımlar da değinilmeyi hak ediyor, ne var ki burada bunlara ancak kısaca değinmek mümkün olacak. Lloyd Weinreb, doğada normatif bir düzen gören doğal hukuk kuramının aslî (yani, antik Yunan tarafından) anlaşılışını yeniden kurmaya çalışmıştır²⁰⁰. Ernest Weinrib, özel hukuku, Aristo ve Kant’tan ödünç aldığı çerçevede analiz etmiştir -bu özel hukukun, tarafların birbirlerine borçlu oldukları ahlâkî yükümlülükleri ve kurulması gereken doktrinel kuralları ve kurumsal yapıları tamamen olmasa bile genel olarak belirleyebileceğimiz, daha önceden belirlenmiş bir biçimi vardır²⁰¹. Deryck Beyleveld ve Roger Brownsword, Alan Gewirth’in ahlâk felsefesindeki düşüncelerini temel alan bir hukuk kuramını²⁰², Richard Dien

oldukları bariz özelliklerle birlikte, insanlar ve içinde yaşadıkları dünya için olumsal olan hakikatlerdir’).

¹⁹⁸ Bkz. *ibid.*, 193-200; **Bix**, *Jurisprudence: Theory and Context*, 43-4.

¹⁹⁹ Randy E. **Barnett**, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (1998). Ayrıntılı bir eleştiri için bkz. Lawrence B. **Solum**, ‘The Foundations of Liberty’ (kitap incelemesi), *Michigan Law Review*, 97 (1999), 1780.

²⁰⁰ **Weinreb**, *Natural Law and Justice*. Weinreb’in yaklaşımının eleştirel analizi için bkz. Robert P. **George**, ‘Recent Criticism of Natural Law Theory’ (kitap incelemesi), *University of Chicago Law Review*, 55 (1988), 1371, 1372-1407.

²⁰¹ Ernest J. **Weinrib**, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

²⁰² Deryck **Beyleveld** ve Roger **Brownsword**, *Law as a Moral Judgment* (London: Sweet & Maxwell, 1986).

Winfield²⁰³ ve Alan Brudner²⁰⁴ ise, topluma ve hukukun toplumdaki rolüne ilişkin Hegelci görüş üzerine kurulmuş hukuk kuramlarını önermişlerdir.

3 DOĞAL HUKUKUN HUKUK FELSEFESİNDEKİ YERİ

Doğal hukuk kuramı, geniş bir alana sahip modern hukuk felsefesinin neresindedir? Bu bölüm, doğal hukuk kuramlarının diğer büyük hukuk kuramı akımından, hukukî pozitivizmden, eğer ayırmak mümkünse, nasıl ayrılabilirliği ile ilgili sınır sorununu ele alacaktır. Sınırların birbirine karışması temel olarak iki kaynaktan doğmaktadır: (a) hukukta ahlâkî normların rolüyle ilgili olarak hukukî pozitivizm *içerisindeki* tartışma ve; (b) bazı hukukî pozitivistlerin, hukukun neden veren yönlerini, kendi teorilerini ‘doğal hukuk’ değil de ‘hukukî pozitivizm’ yapan şey her ne ise, onu devam ettirerek ele almaya ya da açıklamaya çalışmalarıdır. Son kısımda, doğal hukuk kuramının, modern analitik hukuk kuramı içinde oynadığı ya da oynaması gereken rol genel olarak ele alınacaktır.

3.1 Doğal Hukuk Kuramının Hukukî Pozitivizmle Olan İlişkisi

3.1.1 Geleneksel Doğal Hukuk Kuramı ve Hukukî Pozitivizm

Modern hukukî pozitivizmin kurucusu H.L.A. Hart, John Finnis’inki gibi geleneksel doğal hukuk kuramında, bir hukukî pozitivistin itiraz edeceği, eğer varsa, pek az şey olduğu görüşündedir²⁰⁵. Genel anlamıyla doğal hukukun kabul edilmesiyle ilgili benzer bir düşünce, öne çıkan bir başka hukukî pozitivist Neil MacCormick tarafından da dile getirilmiştir²⁰⁶. Finnis, bu beğeniye aynıyla karşılık vermiş, doğal hukuk kuramının, hukukî pozitivizmin

²⁰³ Richard Dien Winfield, *Law in Civil Society* (Kansas: University Press of Kansas, 1995).

²⁰⁴ Alan Brudner, *The Unity of the Common Law: Studies in Hegelian Jurisprudence* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1995).

²⁰⁵ Bkz. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 10-11 (‘Pek çok açıdan pozitivist hukuk kuramının rakibi değil, onun tamamlayıcısı olarak’ Finnis’in doğal hukuk kuramı).

²⁰⁶ Neil MacCormick, ‘Natural Law and the Separation of Law and Morals’, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1992), 105-33.

ilkeleri olarak teklif edilmiş önermelerin pek çoğunu kabul edebileceğini ve onaylayabileceğini söylemiştir²⁰⁷.

Geleneksel doğal hukuk kuramının hukukî pozitivizmle uyumlu olduğu kabul edilse bile, geleneksel doğal hukuk kuramının -ve esasında, her türlü kapsayıcı ahlâkî ya da etik kuramın-, hukukî pozitivizmin projesinin altını oyduğu iddiasını dikkate almak gerekir. Bu iddia genel olarak şöyledir: hukuk, en iyi şekilde, daha geniş bir normatif teşebbüsün parçası olarak görülebilir. Daha geniş normatif kuramla, hangi yasaların koyulması, hukuk sisteminin nasıl işlemesi ve vatandaşların ve devlet görevlilerinin sistem içinde nasıl hareket etmeleri gerektiği belirlenecektir. Hukuk gibi neden veren bir kurumu tanımlarken, (ahlâken) iyi nedenlerle kötü nedenleri birbirinden ayırmak doğal görülür. Eğer böylesi ayrımları yapmak için bir kişinin (doğal hukuk benzeri ya da başka türlü) bir ahlâk kuramına sahip olduğuna inanıyorsanız, bu ayrımlardan ve değerlendirmelerden kaçınma tercihinin sahip olmanız garip olacaktır²⁰⁸. Bu çalışmada tartıştığımız tüm modern doğal hukuk kuramcıları -Fuller, Dworkin, Finnis ve Moore-, şu veya bu şekilde, doğru bir betimsel hukuk kuramı yapılandırılırken ahlâkî sorunların ne dereceye kadar dikkate alınması gerektiği ile uğraşmıştır.

Son olarak, Roger Shiner'in düşüncelerine de değinmek gerekiyor. Shiner'a göre, hukukî pozitivist kuramlar sofistike oldukça (kuramın basit biçimlerinin zayıflıkları ve eleştirileri ortaya çıkınca), sonuçta ortaya çıkan kuramlar, hukukun betimsel kuramlarına ahlâkî unsurları ve ahlâkî değerlendirmeyi dahil etme anlamında, doğal hukuk kuramlarına yaklaşmaktadır²⁰⁹. Shiner'ın savı, belki de en açık şekilde, hukukî pozitivistlerin hukukun normatif yönlerini tarafsız ve betimsel bir tarzda tartışma yönündeki yakın zamanlı çabalarında görülebilir. Bunun en göze çarpan örneği, H.L.A. Hart'ın, kuralların ve hukukun içsel yönünü kendi hukuk kuramında kullanmasıdır. Bu

²⁰⁷ Bkz. John **Finnis**, 'The Truth in Legal Positivism', *The Autonomy of Law: Essays in Legal Positivism*, ed. Robert P. **George** (Oxford: Clarendon Press, 1996), 195-214, s. 203-5.

²⁰⁸ Bkz. ör. **Winfield**, *Law in Civil Society*, 2 ('Hukuku, ayrı bir çalışmayı olanaklı kılacak somut bir araştırma nesnesi olarak ele almak, ancak normatif açıdan tarafsız bir tutumu kabul etmekle mümkün olabilir'); benzer bir görüş için bkz. John M. **Finnis**, 'Problems in the Philosophy of Law'; aynı zamanda bkz. yukarıda 2.4.2'de, **Finnis**'in görüşlerine ilişkin yaptığımız tartışma.

²⁰⁹ Roger A. **Shiner**, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

şekilde, kuramın, uygulamaya katılanların, hukuk normlarını eylemlerinin nedeni olarak, sonrasında bu yargıyı *onaylamaksızın* kabul ettikleri gerçeğini *dikkate almasını* sağlamıştır²¹⁰. Bu bağlamda, hukuk kuramında, pek çok analizini ‘her hukuk sistemi meşrû otoriteye sahip olduğunu savunur’ önermesi üzerine kuran Joseph Raz’ı da dikkate almak gerekiyor²¹¹. (Burada, ‘meşrû otoriteye sahip olma iddiası’ şeklindeki ‘*iddiaya*’ vurgu yapmalıyız, zira, Raz tüm hukuk sistemlerinin *gerçekten* ‘meşrû otoriteye sahip olduğuna’ kesinlikle inanmaz.)²¹² Raz’a göre, bu hakikatten pek çok sonuç çıkmaktadır, çünkü, yetkililik (authoritative) kapasitesine sahip olmak için bile, hukuk, yerine geçmeye yöneldiği genel (ahlâkî ve sağduyulu) nedenlere gönderme yapmaksızın uyulabilecek bir rehberliği olanaklı kılmaktadır²¹³. Meselemiz, Raz’ın iddiasının değerini veya gerçekliğini ele almak değil²¹⁴; işaret etmeye çalıştığımız şey, Raz’ın, kolaylıkla ahlâkî olarak nitelenebilecek meşrû otoriteye sahip olma iddiasını, analizlerinin ahlâkî tarafsızlığını ‘lekelemeden’ nasıl kullandığıdır.

Yukarıdaki tartışmayla ilgili olarak, hukuk kuramında çoğunca gözden kaçan ya da en azından hak ettiği kadar az üzerinde durulan bir soruna da işaret etmemiz gerekiyor: hukuk hakkındaki iddiaların ne dereceye kadar hukuka *özgü* olduğu ya da bu iddiaların sadece daha genel bir gerçeğin belirli bir örneği mi olduğu -örneğin, tüm toplumsal kurumlar ya da tüm normatif sistemler hakkındaki iddialar²¹⁵. Hukukî pozitivismeye yönelmiş eleştirileri ele alalım; hukuk sistemlerinin betimlenmesini, onların değerlendirilmesinden

²¹⁰ **Hart**, *The Concept of Law*, 55-8, 91-9; bkz. Brian **Bix**, ‘H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory’, *SMU L. Rev.*, 52 (1999), 167.

²¹¹ **Raz**, *Ethics in the Public Domain*, 199.

²¹² **Raz** başka bir yerde, adil hukuk sistemlerinin genel bir itaat yükümü yarattığı önermesine karşı çok güzel bir tartışma sunmaktadır. Bkz. ör. ibid. 325-38; **Raz**, *The Authority of Law*, 233-49.

²¹³ Bkz. **Raz**, *Ethics in the Public Domain*, 199-204.

²¹⁴ **Raz**’ın iddiası hakkındaki farklı değerlendirmeler için bkz. ör. Brian **Leiter**, ‘Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis’, *Legal Theory*, 4 (1998), 533, 540-4; Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, 123-40; Jules L. **Coleman**, ‘Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis’, *Legal Theory*, 4 (1998), 381, 413-20.

²¹⁵ Bkz. ör. **Bix**, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7-8; Philip **Soper**, ‘Legal Systems, Normative Systems and the Paradoxes of Positivism’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 8 (1995), 363, 373; William **Lucy**, *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 17-38.

ayrımak makul olmadığı gibi, imkansızdır da. Eğer bu muhakeme geçerli ise, (kesin olmasa bile) sanki, bunu aynı şekilde, uyuşumsuz ahlâkın betimlenmesi ile değerlendirilmesini birbirinden ayırmaya da uygulayabiliriz gibi görünür²¹⁶. Sadece hukuka uygulanıyormuş gibi görünen iddiaları ortaya atan kuramlar hakkında şüphe duymak gerek. Bu iddiaları, diğer sosyal kurumlar ve normatif sistemler bağlamında da test etmemiz gerekir; diğer ya da daha geniş bağlamlarda geçerli gibi görünmedikleri takdirde, hukukî bağlamdaki geçerliliklerinden şüphe etmek için makul nedenlerimiz olacaktır²¹⁷.

3.1.2 Doğal Hukuk Kuramı ve Kapsayıcı Hukukî Pozitivizm

Pek çok ülke, yasamanın geçerliliğini yargı denetiminden geçirmektedir. Bu denetim, yazılı bir anayasa ya da daha başka türden bir yüksek ilke temelinde olabilmektedir. Hukukî pozitivizmi eleştirenler, özellikle Ronald Dworkin, hukukî pozitivizmin bu uygulamaları tam olarak gerekçelendiremediğini ve bunun yerine, hukuk ve ahlâk arasında keskin bir ayırım olduğunu savunmayan bir kuramın gerekli olduğunu savunmuştur²¹⁸.

Böyle bir eleştirinin geçerliliğinin değerlendirilmesi, kısmen, hukuk ile ahlâk arasında zorunlu ya da kavramsal bir bağın bulunmadığını söyleyen hukukî pozitivist iddianın yorumlanmasına dayanmaktadır: bu iddia, sadece, hukukî geçerliliğin sınanması için ahlâkî değerlendirmeye *ihtiyaç olmadığı* (ancak bazı hukuk sistemlerinde böylesi bir sınanmanın parçası *olabileceği*) anlamına mı gelmektedir²¹⁹, yoksa, ahlâkî değerlendirmenin, hukuksal geçerliliğin sınanmasının *kesinlikle* bir parçası olmayacağı mı kastedilmektedir?²²⁰

²¹⁶ Soper, 'Legal Systems, Normative Systems and the Paradoxes of Positivism', 373.

²¹⁷ Krş. Raz, *Ethics in Public Domain*, 238-43 (Raz, hakların genel doğasını çözümlerken, hukukî haklara dayalı bir kuram oluşturmanın bazı sorunlarına vurgu yapar ve hukukî hakların, kurum temelli hakların alt kategorisi olarak mı, yoksa, ahlâkî hakların alt kategorisi olarak mı en iyi şekilde anlaşılacağı sorusunu tartışır).

²¹⁸ Bkz. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1-130.

²¹⁹ Aynı kapsayıcı hukukî pozitivist görüşün biraz farklı bir bakış açısı, ahlâkî ilkelerin ancak ve ancak bir tür toplumsal sözleşme (ör. yazılı bir anayasa veya bir emsal karar) ile yetkilendirildiği takdirde hukuksal geçerliliğin sınanmasının bir parçası olabileceğini söylemektedir.

²²⁰ Elbette ki hukukî pozitivistler, hukuk ve ahlâkın ayrılığı iddiası ile, ahlâkın, hukuk kurallarının ve hukukî kararların yaratılması ve değerlendirilmesinde rol oynadığını ve oynaması gerektiğini yadsımayı kastetmemektedirler. Bkz. ö. Hart, *The Concept of Law*, 203-6.

Birinci bakış açısı ‘kapsayıcı’ hukukî pozitivizme²²¹, ikincisi ise ‘dışlayıcı’ hukukî pozitivizme aittir. Her iki görüş de, bu kitabın* farklı bölümlerinde uzunca tartışılacak, ancak şu an için, her iki görüşün de, doğal hukuk kuramından ayrı tutulmak üzere, kendilerini hukukî pozitivizmin farklı biçimleri olarak gördüğünü söylemek gerekiyor. Hukukî geçerliliğin ölçütleri düzleminde, kapsayıcı hukukî pozitivizm ile bazı doğal hukuk kuramları aynı şeyleri söyler: kapsayıcı hukukî pozitivistler, ahlâkî ölçütlerin bir normun geçerli olup olmadığının sınanmasının bir parçası *olabileceğini* ancak buna *ihtiyaç olmadığını* savunurken, bazı doğal hukukçular da ahlâkî ölçütlerin hukukî geçerliliğin sınanmasının *daima* ve *zorunlu* bir parçası olduğunu söyleyeceklerdir. Kuram düzleminde, kapsayıcı hukukî pozitivistler hukukun ahlâken tarafsız betimlenişini ve kavramsal analizini savunurken, doğal hukukçular hukukun en iyi şekilde daha geniş bir ahlâkî analiz bağlamında teleolojik olarak anlaşılabilmesini iddia eder. Kapsayıcı hukukî pozitivizm ile bazı modern, hukuk üzerine yoğunlaşmış doğal hukuk kuramı çeşitlerinin arasındaki farklar pek az görünebilmekle birlikte, bu farklar kuramsal bir öneme sahiptir.

3.2. Doğal Hukuk Kuramının Rolü

Birinci bölümde gördüğümüz gibi, doğal hukuk yaklaşımı tarihsel olarak ahlâkî bir yaklaşımdır: özünde bazı metafiziksel ve/veya epistemolojik görüşlere dayanmaktadır, ancak yine de bir ahlâk kuramıdır²²². Diğer ahlâk yaklaşımları benzer bir muameleye tabi değilken, *bu* ahlâk kuramı biçiminin hukuk felsefesi içerisinde niçin özel bir öneme sahip olması gerektiğini, niçin diğer düşünce okullarının karşılık vermesi gereken büyük bir hukuk felsefesi okulu olarak ele alındığı merak etmeye hakkımız var. ‘Faydacı hukuk kuramı’na ya da ‘deontolojik hukuk kuramı’na, eğer rastlayabilerseniz, pek az

²²¹ Bu aynı zamanda, ‘içermecilik’ (incorporationism), ‘yumuşak hukukî pozitivizm’ (soft legal positivism) ve ‘yumuşak uylaşımçılık’ (soft conventionalism) olarak da bilinmektedir.

* Metnin yayımlandığı kitap (çn).

²²² Birinci bölümde de tartıştığımız gibi, pek çok geleneksel doğal hukuk kuramı için ayırıcı ya da önemli olan şey, önerdikleri ahlâkî sonuçlar *değil*, sahip oldukları meta-kuramsal unsurlardır -yani, ahlâken doğru olanın nasıl bulunacağı-.

gönderme bulabilirsiniz; ‘Kantçı hukuk kuramına’²²³ ve ‘Hegelci hukuk kuramına’²²⁴ ise, biraz daha yaygın bir şekilde değinilmektedir.

Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz gibi (Bölüm 2.1), ‘doğal hukuk’, hukuk felsefesi topluluğunda, hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesinde ya da kuralların veya kural sistemlerinin hukukî statüsünün değerlendirilmesinde, veyahut da hukukun doğasının analizinde, ahlâkî değerlendirmenin önemli ya da zorunlu olduğu kabul edilen tüm kuramlara karşılık gelmektedir. Bu kapsamdaki iddiaların birbirinden ne kadar farklı gruplar oluşturduğuna dikkat etmemiz gerekiyor: (1) hüküm verme ya da biçim kuramı hakkında hiçbir görüşü olmayan, ancak, bir kuralın ya da kural sisteminin bazı ahlâkî ölçütleri karşılamadıkça ve karşılayıncaya dek ‘hukuk’ ismini kazanmaması gerektiğine inanan eski, naif doğal hukukçular; (2) ‘hukuk’ etiketini daha az ahlâkî ölçüte ve daha çok kurumsal hedef ve izlenecek yöntem ölçütlerine veren, Lon Fuller gibi kurumsal yeterlik kuramcıları ve hukuk usulü okulu²²⁵; (3) hüküm verme için ahlâk yüklü süreçleri, ilkesel olarak herhangi bir kuram ilkesinden ya da bir şeye ne zaman hukuk deneceği ile ilgili iddialardan ayırabilecek gereklilikleri öngören, Ronald Dworkin ve benzer düşüncedeki kuramcıları²²⁶. Tüm bunlar pek çok tartışmada bir araya geliverir, çünkü, ve sadece bu yüzden, hukukî pozitivizm İngilizce yapılan hukuk felsefesi tartışmasının gündemini belirlemiştir ve hukukî pozitivizm, farklı hukuk felsefesi sorunlarına ahlâktan bağımsız bir yaklaşım ortaya koymuştur.

Bu çalışmada özetlenen yazarları ve tartışmaları değerlendirirken, iki temel soru sorulmalıdır: (1) Tartışmaları değerlendirmek için hangi ölçü önerilebilir? ve (2) tartışmaların esas noktası nerededir? Daha eski ve daha

²²³ Bkz. ‘Symposium on Kantian Legal Theory’, *Columbia Law Review*, 87 (1987), 419.

²²⁴ Bkz. **Brudner**, *The Unity of the Common Law: Studies in Hegelian Jurisprudence*, Drucilla **Cornell**, Michel **Rosenfeld** ve David Gray **Carlson** (ed.), *Hegel and Hegelian Theory* (New York: Routledge, 1991).

²²⁵ Bkz. Henry M. **Hart**, Jr. ve Albert M. **Sacks**, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of the Law*, ed. William N. **Eskridge**, Jr. ve Philip P. **Frickey** (Westbury, N.Y.: Foundation Press, 1994).

²²⁶ **Dworkin**’in kendi hukuk kuramını, herhangi bir şeyi öngören bir kuram olarak değil, mevcut uygulamaların, bu uygulamaları mümkün olan en açık şekliyle gören yorumu olarak gördüğünü, şu an için bir kenara bırakıyoruz. **Dworkin**’in hüküm verme hakkındaki düşüncelerine benzer görüşlere sahip pek çok kuramcı, öngördükleri şeyleri, mevcut uygulamaların yorumu olarak nitelermemektedir.

geleneksel doğal hukuk kuramlarının lehine ve aleyhine yapılan tartışmalarda, iddiaların doğasını birbirinden ayırt etmek göreceli olarak daha kolaydır. Bu doğal hukuk kuramcıları, (a) ahlâkî bir iddia -yani, nasıl davranmalıyız; (b) bir meta-etik iddia -yani, ahlâkî sorunlara nasıl cevap vermeliyiz; ve/veya (c) hukuk felsefesi ile ilgili bir meta-etik iddia -yani, hukuk incelemesine pratik akıl bakış açısıyla ya da bir tür teleolojik analiz ile yaklaşılmalıdır- ortaya koymaktadır. 'Doğal hukuk' etiketini taşıyan modern kuramları kuşatan tartışmalardaki iddiaların doğası ise, bazen daha kötü bir şekilde ifade edilmekte ve daha kapalı olmaktadır.

Doğal hukuk kuramının modern hukuk felsefesindeki yakışsız yeri, hukuk kuramında uzmanlaşmış akademisyenlerle, ahlâk kuramı ya da metafizikle uğraşan (dar bir şekilde anlaşıldığı şekliyle) doğal hukukçular arasındaki karşılıklı kafa karışıklığına verilebilir²²⁷. Bazı hukuk felsefecileri, doğal hukuk kuramlarının kaynaklandığı zengin ahlâk felsefesi bağlamını anlamak için zaman harcamamakta, benzer şekilde, bazı doğal hukuk kuramcıları da, analitik hukuk kuramındaki gelenekleri pek bilmeden hukukun doğası hakkında tartışmalara girmektedir.

SONUÇ

Doğal hukuk geleneğinin büyük bir kısmı ahlâk felsefesine dayanmaktadır. Bu nokta, doğal hukuk kuramı başka yerlerde tartışmaya açıldığında çok kolay bir şekilde unutulmaktadır. Bu unutma ise, hukuk felsefesi literatüründeki doğal hukuk öğretilerinin yanlış anlaşılmasının ağırlıklı nedenidir. Doğal hukuk kuramının, geçirdiği tüm değişimlerle birlikte, hukuk kuramına karşı ve hukuk kuramı hakkında söyleyecekleri vardır. Modern doğal hukuk kuramcılarının hukuk kuramına getirdiği belki de en önemli düşünce, hukukun ahlâkî gayelerini dikkate alan hukuk görüşlerinin, bu kaygıları göz ardı eden ya da değerini azaltan görüşlerle karşılaştırıldığında, bu toplumsal kurumun daha kâmil ve dolayısıyla daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesini sağlayacağıdır.

²²⁷ Krş. **Finnis**, 'On the Incoherence of Legal Positivism', 1607-8 (iki ünlü hukuk kuramcısının doğal hukuk kuramına ilişkin nitelendirmelerini eleştirerek) ile ibid. 1605 ('kapsayıcı hukukî pozitivizm'i, bu yaklaşımın temel noktasını yanlış anlayan bir tarzda tartışarak).

