

**Yahya Berkol GÜLGEÇ**

# **NORMATİVİTE VE POZİTİVİZM**

## İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| İKİNCİ BASI ÖNSÖZ .....  | VII |
| BİRİNCİ BASI ÖNSÖZ ..... | XI  |
| KISALTMALAR CETVELİ..... | XXI |
| GİRİŞ.....               | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM NORM, SEBEP, OTORİTE VE DIŞLAYICI SEBEP

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. NORM VE SEBEP .....                                                         | 23 |
| A. NORM KAVRAMI .....                                                          | 24 |
| B. NORM KATEGORİLERİ.....                                                      | 29 |
| C. EYLEM SEBEPLERİ VE NORMLAR.....                                             | 37 |
| 1. Sebep Kavramı .....                                                         | 37 |
| 2. Sebep Kategorileri.....                                                     | 39 |
| a. Açıklayıcı Sebep – Normatif Sebep .....                                     | 39 |
| b. Mükemmel Sebep – Pro Tanto Sebep .....                                      | 45 |
| c. Epistemik Sebep – Pratik Sebep .....                                        | 50 |
| d. Birinci Düzey – İkinci Düzey Eylem Sebepleri ve<br>Dışlayıcı Sebepler ..... | 54 |
| e. Dışsal Sebep – İçsel Sebep .....                                            | 56 |
| f. Ahlaki Sebep – Basiret Kaynaklı Sebep .....                                 | 61 |
| 3. Normlar ve Sebepler Arasındaki İlişki .....                                 | 67 |
| 4. Sebeplerin Tartılması ve Normatif Çatışma.....                              | 71 |
| II. OTORİTE, DIŞLAYICI SEBEP VE HUKUKİ NORMATİVİTE .....                       | 75 |

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. HUKUK KURALLARI VE DIŞLAYICI SEBEP .....                                                  | 76  |
| 1. Köken: Dışlayıcı Sebepler .....                                                           | 77  |
| a. Dışlayıcı Sebeplerin Anlamı ve Fonksiyonu .....                                           | 77  |
| b. Muhatabın Birinci Düzey Sebeplere Dayanmadan<br>Karar Verdiği Örnekler.....               | 84  |
| 2. Dışlayıcı Sebep Olarak Hukuk Normları.....                                                | 88  |
| a. Otorite Kavramı.....                                                                      | 89  |
| (1) Reddedilen Otorite Anlayışları .....                                                     | 91  |
| (1) Raz'ın Otorite Anlayışı.....                                                             | 98  |
| B. RAZ'IN DIŞLAYICI SEBEP VE OTORİTE<br>DÜŞÜNCESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER .....             | 114 |
| 1. Regan'ın Eleştirileri: Otoriteye İlişkin Gösterge Kural<br>(Indicator-Rule) Anlayışı..... | 114 |
| a. Gösterge Kural .....                                                                      | 116 |
| b. Regan'ın Otorite Anlayışı .....                                                           | 123 |
| 2. Chaim Gans'ın Eleştirileri .....                                                          | 126 |
| 3. Edmundson ve "Practical Reason and Norms"un İkinci<br>Baskısı .....                       | 139 |
| 4. Postema – Raz Tartışması.....                                                             | 147 |
| a. Otonomi Tezi.....                                                                         | 148 |
| b. Kaynak Tezinin Eleştirisi .....                                                           | 151 |
| c. Kaynak Tezinin Eleştirisi Hakkındaki Görüşümüz.....                                       | 154 |
| d. Üstünlük Tezinin Eleştirisi .....                                                         | 156 |
| e. Raz'ın Cevabı .....                                                                       | 162 |
| (1) Otonomi Tezinin Eleştirisi Karşısında Raz'ın<br>Konumu .....                             | 162 |
| (2) Genel (Generic) Argüman ve Eleştirisi .....                                              | 166 |
| (3) Kaynak Tezinin Eleştirisine Cevap .....                                                  | 169 |
| (4) Üstünlük Tezinin Eleştirisine Cevap .....                                                | 171 |
| 5. Emran Mian'ın Eleştirileri: Otorite ve Dışlayıcı Sebep .....                              | 175 |
| a. Normal Gerekçeleştirme Tezinin Eleştirisi .....                                           | 176 |

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. Koordinasyon Argümanının Eleştirisi .....                                         | 182 |
| c. Yamalı Otorite Tezi .....                                                         | 184 |
| d. Dışlayamayan Dışlayıcı Sebepler .....                                             | 187 |
| 6. Perry'nin Eleştirileri.....                                                       | 189 |
| 7. Shiner'ın Eleştirileri.....                                                       | 205 |
| a. Gelişmiş (Sophisticated) Pozitivizm ve Eleştirisi.....                            | 206 |
| b. Fenomenolojik Argümanın Eleştirisi .....                                          | 207 |
| c. Fonksiyonel Argümanın Eleştirisi.....                                             | 210 |
| C. HUKUK KURALLARININ DIŞLAYICI SEBEP<br>NİTELİĞİNE İLİŞKİN NİHAİ DEĞERLENDİRME..... | 212 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### GEÇERLİLİK VE NORMATİVİTE

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| I. OLGUSAL GEÇERLİLİK.....                                       | 219 |
| A. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN ANLAMI.....                              | 220 |
| B. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN BELİRLEYİCİSİ.....                       | 222 |
| C. OLGUSAL GEÇERLİLİĞİN VE YARGI FETİŞİZMİNİN<br>ELEŞTİRİSİ..... | 225 |
| 1. Olgusal Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi .....               | 225 |
| 2. Yargı Fetişizminin Eleştirisi.....                            | 228 |
| II. AKSİYOLOJİK GEÇERLİLİK.....                                  | 234 |
| A. RADBRUCH FORMÜLÜ VE ELEŞTİRİSİ.....                           | 235 |
| 1. Formül .....                                                  | 236 |
| 2. Formülün Eleştirisi .....                                     | 244 |
| a. Hart'ın Elestisi .....                                        | 244 |
| b. Fuller'ın Yanıtı.....                                         | 247 |
| B. FULLER VE HUKUKUN İÇSEL AHLAKI .....                          | 250 |
| C. ROBERT ALEXIY'NİN GEÇERLİLİK ANLAYIŞI.....                    | 265 |
| 1. Gözlemcinin Bakış Açısı .....                                 | 266 |
| 2. Katılımcının Bakış Açısı.....                                 | 275 |

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Doğruluk Argümanı.....                                                                    | 275 |
| b. Adaletsizlik Argümanı.....                                                                | 289 |
| c. İlkeler Argümanı (Argument From Principles) .....                                         | 297 |
| (1) İçealım (Incorporation) Tezi .....                                                       | 303 |
| (2) Ahlakilik Tezi.....                                                                      | 309 |
| 3. Eleştiriler.....                                                                          | 312 |
| a. Raz – Alexy Tartışması.....                                                               | 313 |
| (1) Alexy’nin Ayrılabilirlik Tezi Anlayışına Karşı.....                                      | 313 |
| (2) Gözlemciler ve Katılımcılar Hakkında .....                                               | 322 |
| (3) Doğruluk İddiası Hakkında.....                                                           | 328 |
| (4) Adalet (Adaletsizlik) Argümanı Hakkında .....                                            | 333 |
| (5) İlkeler Argümanı Hakkında.....                                                           | 337 |
| b. Bulygin – Alexy Tartışması.....                                                           | 339 |
| (1) Doğruluk İddiası: Bulygin’in Eleştirileri ve<br>Alexy’nin Yanıtları .....                | 339 |
| (2) Hukuk ve Ahlak Arasındaki Tanımlayıcı ve<br>Niteleyici İlişki: Eleştiri ve Yanıtlar..... | 344 |
| c. Hukuk İddia Etmez: MacCormick – Alexy Tartışması....                                      | 348 |
| d. Marvel Cooke ve Basiretin Dışlandığı Eleştirisi.....                                      | 356 |
| e. John Gardner: Hukukun İddia Edebilirliği ve<br>İddiasının İçeriği.....                    | 358 |
| (1) Hukuk İddia Edebilir Mi? .....                                                           | 358 |
| (2) Doğruluk İddiasına Karşı.....                                                            | 366 |
| (3) Zorunlu Bağlantı Tezine Karşı.....                                                       | 368 |
| (4) Alexy’nin Yanıtları .....                                                                | 370 |
| III. SİSTEMSEL GEÇERLİLİK.....                                                               | 374 |
| A. WRÓBLEWSKI’NİN SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞI                                              | 377 |
| 1. Sistemsel Geçerliliğin Şartları.....                                                      | 378 |
| 2. Sistemsel Geçerliliğe Göre Hukuk Sistemi İnşaları.....                                    | 390 |
| B. SİSTEMSEL GEÇERLİLİK ANLAYIŞINA YÖNELTİLEN<br>GENEL ELEŞTİRİLER .....                     | 391 |

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. HANS KELSEN VE H. L. A. HART'TA SİSTEMSEL GEÇERLİLİK.....                                    | 421 |
| 1. Saf Hukuk Kuramında Sistemsel Geçerlilik.....                                                | 422 |
| a. Tekil Hukuk Kurallarının Geçerliliği.....                                                    | 422 |
| b. Temel Norm Kavramı ve Eleştirisi.....                                                        | 424 |
| (1) Genel Olarak Temel Norm.....                                                                | 425 |
| (2) Temel Normun İçeriği.....                                                                   | 426 |
| (3) Temel Normun Üç Fonksiyonu .....                                                            | 434 |
| c. Kelsen'in Sistemsel Geçerlilik Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler .....                       | 436 |
| (1) Varsayım Olarak Temel Normdan Kurgu Olarak Temel Norma: Kendisiyle Çelişen Temel Norm ..... | 437 |
| (2) Saf Hukuk Kuramının İkna Edici Olmayan Aşkın Argümanı .....                                 | 442 |
| 2. Hart'ın Sistemsel Geçerlilik Anlayışı.....                                                   | 447 |
| a. İlkel Toplum, Hukuk Sistemi ve Kurallar .....                                                | 447 |
| b. Tanıma Kuralı, Niteliği ve Fonksiyonu .....                                                  | 453 |
| c. Hukuk Kuralı ve Hukuk Sisteminin Geçerliliği.....                                            | 458 |
| d. Hart'ın Sistemsel Geçerlilik Anlayışının Eleştirisi.....                                     | 460 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### BAĞLAYICILIK KAVRAMI VE BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| I. İKİ BAĞLAYICILIK.....                                            | 484 |
| A. GÜÇLÜ ANLAMDA BAĞLAYICILIK.....                                  | 491 |
| 1. Yükümlülük Kavramı.....                                          | 494 |
| 2. Bir Karşılaştırma: Yükümlülük ve Güçlü Anlamda Bağlayıcılık..... | 505 |
| 3. Güçlü Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik.....                    | 513 |
| a. Hukukun Ahlaki Eleştirisinin İmkânsızlığı .....                  | 515 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. İrrasyonel Muhatabın Eleştirisinin İmkânsızlığı.....                  | 518 |
| c. Geçerliliğin Görelileştirilmesi .....                                 | 525 |
| B. ZAYIF ANLAMDA BAĞLAYICILIK .....                                      | 528 |
| 1. Pratik Fark Tezi (The Practical Difference Thesis).....               | 530 |
| 2. Zayıf Anlamda Bağlayıcılık ve Geçerlilik.....                         | 541 |
| a. Minimum Bağlayıcılık Şartı.....                                       | 541 |
| b. Aksiyo-Sistemsal Geçerliliğin Üç Avantajı.....                        | 551 |
| (1) İmkânsız ve Zorunlu Davranışlar .....                                | 553 |
| (2) Anlamsız İfadelerin Norm Niteliği .....                              | 559 |
| (3) Tasvirî İçeriğe Sahip Olan Normların Geçersizliği....                | 561 |
| c. Hukuk Sisteminin Geçerliliği.....                                     | 563 |
| II. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ ÜZERİNE .....                     | 612 |
| A. AYRILABİLİRLİK TEZİ VE BAĞDAŞTIRMA PROJESİ .....                      | 615 |
| 1. Ayrılabilirlik Tezinin Anlamları.....                                 | 615 |
| a. Hukukun Belirlenmesi Açısından .....                                  | 616 |
| b. Metodolojik veya Epistemolojik İlişkiler Açısından .....              | 619 |
| c. Meşrulaştırma İlişkileri (Justificatory Relations)<br>Açısından ..... | 620 |
| d. Fonksiyonel İlişkiler Açısından .....                                 | 622 |
| e. Nedensel İlişkiler Açısından .....                                    | 623 |
| f. Psikolojik İlişkiler Açısından.....                                   | 627 |
| g. İçerik Açısından.....                                                 | 627 |
| h. Yapısal İlişkiler Açısından.....                                      | 628 |
| i. Ahlaki Değerlendirmelerin Zorunluluğu Açısından.....                  | 629 |
| j. Değerlendirme İlişkisi Açısından.....                                 | 630 |
| k. Semantik İlişkiler Açısından .....                                    | 631 |
| 2. Ayrılabilirlik Tezi ve Hukuki Pozitivizm: Hangi Tez? .....            | 637 |
| a. Joseph Raz ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi.....                       | 637 |
| b. John Gardner ve Ayrılabilirlik Tezinin Reddi.....                     | 648 |
| c. Jules Coleman ve Ayrılabilirlik Tezi.....                             | 658 |
| 3. Bağdaştırmanın Ayrılabilirlik Tezine Uygunluğu .....                  | 672 |

---

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. TOPLUMSAL OLGU TEZİ VE BAĞDAŞTIRMA PROJESİ...                       | 678 |
| 1. Toplumsal Olgu Tezinin Anlamı.....                                  | 679 |
| 2. Bağdaştırmanın Toplumsal Olgu Tezine Uygunluğu.....                 | 695 |
| C. BAĞDAŞTIRMANIN POZİTİVİST NİTELİĞİ<br>HAKKINDA NİHAİ TESPİTLER..... | 701 |
| SONUÇ .....                                                            | 707 |
| KAYNAKÇA.....                                                          | 731 |
| KAVRAM DİZİNİ.....                                                     | 755 |