

## YAPAY OLGU TEORİLERİNİN HUKUKİ POZİTİVİZM VE DOĞAL HUKUK TEORİSİ İLE UYUMLULUĞU

*Abdullah Ada\**

**Özet:** Bu çalışmada, yapay olgu teorilerinin hukuk teorileriyle olan ilişkisi hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisi özelinde incelenecektir. Özel olarak araştırılacak soru, yapay olguların ontolojisine dair teorilerin, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorileriyle benzeşen ve farklılaşan yönlerinden bu sonraki tür teoriler bakımından inceleme konusu edindikleri “hukuk”u açıklamada yeterlilik/eksiklik gösterdikleri yönünde çıkarılabilecek sonuçların ne olduğudur. Bu bağlamda, hukuki pozitivizmin teorik varsayımları yönüyle yapay olgu teorileriyle paralellik arz ettiği, doğal hukuk teorisinin ise bu teorilerce öngörülen “niyet ve fonksiyon” öğelerine açıklamalarında yer verdiğinden hukukun doğasını açıklamaya daha elverişli olduğu ileri sürülecektir.

**Anahtar Kelimeler:** yapay olgu teorileri, hukuki pozitivizm, John R. Searle, Luka Burazin, niyet ve fonksiyon, kavramsal analiz

## THE COMPATIBILITY OF LEGAL POSITIVISM AND NATURAL LAW THEORY WITH ARTIFACT THEORIES

**Abstract:** In this study, the relationship between artifact theories and legal theories will be examined with a focus on legal positivism and natural law theory. Particularly, the question of what conclusions can be drawn from the similarities and differences between the ontological artifact theories and legal theories regarding the degree the latter theories are successful in elucidating “law” will be inquired. It will be argued that while legal positivism parallels with artifact theories regarding theoretical presuppositions, natural law theory is better suited to elucidating law’s nature, since “function and intention” plays a role in its explanations in line with artifact theories.

**Keywords:** artifact theories, legal positivism, John R. Searle, Luka Burazin, intention and function, conceptual analysis

---

\* TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

## I. Giriş

Hukukun yapay bir olgu olduğu sıklıkla dile getirilmiş olsa da, bunun hukuk olgusu bakımından anlamının ne olduğu sorusu son yıllarda popülerlik kazanmıştır. Hukuk felsefecileri bu sorunun cevabını “*yapay olgu teorilerinde*” aramış, sonuç olarak “*bir yapay olgu olarak hukuk*”a dair çalışmalar ortaya konmuştur.

Bununla birlikte yapay olgular farklı yönlerden incelemeye tabi tutulduğu için, tekil bir yapay olgu teorisinden söz edilemeyeceği gibi, hukuk felsefesinde hukuka dair incelemelerin de tek bir ortak amaca hasredilmediğini belirtmek gerekir. Bu bakımdan ele alınan tür yapay olgu teorisi, hukukun yapay bir olgu olması bakımından çıkarılacak sonucu belirlemektedir.

Bu çalışmada, belli bir tür yapay olgu teorisinin belli bir tür hukuka ilişkin teoriyle olan ilişkisi hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisi özelinde incelenecektir. Daha açık anlatmak gerekirse, ilgili yapay olgu teorisi *yapay olguların “doğasına”* ilişkin olduğunda, *hukukun doğasına* ilişkin teorilerle uyumluluğu tartışılacaktır. Özel olarak araştırılacak soru, yapay olguların ontolojik yapısına dair teoriler ve bunların unsurlarının, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorileriyle benzeşen ve farklılaşan yönlerinden bu sonraki tür teoriler bakımından inceleme konusu edindikleri “hukuk”u açıklamada yeterlilik/eksiklik gösterdikleri yönünde çıkarılabilecek sonuçların ne olduğudur. Bu bağlamda, ilk olarak hukuki pozitivizmin yalnızca *hukuki geçerliliğe değil, hukukun doğasına dair* bir teori olma iddiası varsa, yapay olguların ontolojisine – ya da doğasına – dair teoriler baz alındığında *hukukun doğasını açıklamada* yetersiz kaldığı iddia edilecektir. İkinci olarak ise, doğal hukuk teorisinin hukuki pozitivizmin kapsamakta yetersiz kaldığı yapay olguların ontolojisine dair iki temel unsur olan “*niyet ve fonksiyon*”u (Grandy, 2007: 27) bünyesine monte etmede gerekli esnekliğe sahip olmakla beraber yapay olgu teorilerince öngörülenden farklı olarak bu unsurlara dair sosyolojik değil insan doğasına dayalı bir felsefi anlayışı olduğu ileri sürülecektir. Bununla birlikte, “Sonuç” bölümünde, bu farklılığın hukuki pozitivizm bakımından da geçerli olarak kullanılan metodolojinin kavramsal analiz olmasından kaynaklı, Frank Jackson’ın görüşleri doğrultusunda kabul edilebilir bir farklılık olduğu ifade edilecektir.

## II. Yapay Olgu Teorilerine Kısa Bir Bakış

Yapay olguların ne olduğunu anlamının en iyi yolu, onları doğal olgulardan ayırmaktır. *Cep telefonu* örneğini ele alalım. Her ne kadar kendisini oluşturan materyalin tümü gezegenimizin çeşitli yerlerinde bulunabilirse de, aklımız cep

telefonunu bu materyallere eş tutmayı güçlü bir şekilde reddetmektedir. Cep telefonunu oluşturan çelik, silikon, plastik gibi materyaller alelade bir araya getirilmediği gibi, bir araya getirilmeden oluşan bütünün de belirli bir *işlev* görmesi beklenmektedir. İşte, bu örnekte cep telefonunu oluşturan ve doğada bulabileceğimiz materyaller doğal olgularken, cep telefonu bir yapay olgudur. Doğal olguların da işleve sahip olabileceği düşünülebilirse de, aradaki farkı John R. Searle şu şekilde ifade etmiştir: “*İnsan eliyle yapılmış bazı durumlarda biz, nesneyi bir işlev icra etmesi için inşa ederiz. Sandalyeler, banyo küvetleri ve bilgisayarlar bunun oldukça açık örnekleridir. Nehirler ve ağaçlar gibi pek çok doğal nesne örneğinde ise önceden var olmuş olan nesneye biz estetik, pratik vb. bir işlev yükleriz. “Bu nehir yüzmek için iyidir”, ya da “Bu ağaçtan iyi kereste çıkar” deriz*” (Searle, 2005: 31).

Dünyanın yapay olgularla dolu olması, örneğin bir ağaç veya elma gibi doğal olgular kadar, hatta onlardan daha yaygın olarak binalar ve araçlarla çevrili olmamız birçok düşünürü hayrete düşürmüştür (Margoles ve Laurence, 2007: ix). Gerçekten, en azından günlük yaşamda, kediler ve köpeklerin yanında, hayvan barınaklarının da var olduğunu söyleriz. İşte, bu varsayılan varlık durumu, filozofları bu sonraki türden varlığın niteliği hakkında düşünmeye, metafiziksel yapısını ve ontolojik kurucu unsurlarını tespit etmeye sevk etmiştir. Yapay olgular hakkında birçok farklı şekilde düşünülebilir, ancak bunların bizatihi varlığı ve bu varlığın nelerden müteşekkil olduğu en çok dikkati çeken husus olmuştur. Bu tür düşünme, örneğin, yapay olgulara dair *kavramların* doğal olgulara dair kavramlardan farkı üzerine düşünmekten farklıdır. Çünkü birisi doğrudan yapay olguların metafiziksel yapısını incelerken, öteki yapay olgulara dair zihinsel yapılara odaklanmaktadır.

Bu *tür* düşünüş, doğal olgularla paralellik kurarak açıklanabilir. Nasıl ki, doğal olgular ontolojimizde yer aldıktan sonra, varlıklarını kuran kurucu unsurun farklı türden atom altı parçacıklarının (dalga niteliği gösteren elektromanyetik radyasyon bir tarafa bırakılırsa) belirli şekil ve oranlarda bir araya gelmesi olduğu söylenebilirse, çekyat ve salıncak gibi yapay olgulara dair kurucu unsurların da, varlıkları zihne bağımlı olarak kabul edilsin veya edilmesin, *insanın doğaya katılımıyla* bağlantılı bazı unsurlar olduğu söylenebilir (bkz. Roversi, 2018: 90). Bu unsurlar, geleneksel olarak yapay olgu teorilerinde “*niyet*” ve “*fonksiyon*” olagelmıştır (Grandy, 2007: 27).

Niyet ve fonksiyon unsurlarının farklı şekillerde rol oynadığı, *yapay olguların ontolojisine dair teoriler* bu çalışma bakımından önem taşımaktadır. Çalışmamızda bu bölüm altında bu teorilerin kısa bir incelemesi sunulacaksa da, bu iki unsura farklı

oranlarda yer veren bu teorilerden herhangi biri savunulmayacaktır. Çünkü, bahsedildiği üzere kısaca yapay olgu teorileri dediğimiz *yapay olguların ontolojisine dair teoriler* yapay olgular hakkında bir *tür* düşünüşü temsil etmektedir ve bunların neredeyse tamamında niyet ve/veya fonksiyon unsuru rol oynamaktadır. Hukukun doğasına ilişkin teorilerin de yapay olgu teorileriyle uyumluluğu bu unsurlar bağlamında inceleneceğinden, bu çalışma bağlamında *belli bir yapay olgu teorisinin* benimsenmesi gerekmemektedir. Yalnızca yapay olgular hakkında belli bir *tür* düşünüş, yani yapay olguların ontolojisi hakkında düşünme baz alındığında, bu bağlamda ortaya atılan teoriler ile hukukun doğasına dair teoriler arasındaki ilişki niyet ve fonksiyon unsurları temelinde incelenecektir.

Yapay olgu teorilerine geçmeden altını çizmemiz gereken bir husus, yapay olgular ile doğal olgular arası kesin bir çizginin bulunmadığıdır. Her ne kadar kesin olarak yapay olgu olduğu söylenebilecek *cep telefonu* gibi ve kesin olarak doğal olgu olduğu söylenebilecek *elma* gibi nesnelere bulunsun da, aradaki gri alanda insanın katılımı oranına göre hangi kategoriye dahil olduğu tam kestirilemeyen olgular da mevcuttur. Richard E. Grandy, yapay ve doğal olgular arasında var olduğu düşünülen keskin ayrımın bunlardan ilkinin orta boyutta üretilmiş nesnelere ve sonrakinin biyolojik ve kimyasal türler olduğunun düşünülmesi kaynaklı bir yanlılığı olduğunu ifade etmektedir. Gerçekte, nesnelere bir tür düzlem üzerinde bulunmakta ve *prototip yapay olgular* ve *prototip doğal olgular* bu düzlemin uç noktalarında yer almaktadırlar. Arada ise, örneğin, kafeinsiz kahve ya da paslanmaz çelik gibi bir kimyasal öze sahip olmasına rağmen doğada insan katılımı olmaksızın saf halde bulunmayan bazı nesnelere bulunmaktadır (Ibid: 19-20).

Benzeri şekilde yapay olgu teorilerinin de *kabaca* bir düzlem üzerinde yer aldığını, düzlemin bir ucunda yapay olguların doğasını onların *fonksiyonu* temelinde, diğer noktada ise onların üretim ya da kullanım amaçlarına – ya da daha doğru bir ifadeyle, bu yöndeki *niyetliliğe* – göre açıklayan teoriler bulunmaktadır. Bu gerçekten kabaca bir sınıflandırmadır, çünkü fonksiyon ve niyetliliğin birbiriyle ilişkili kavramlar olduğu açıktır. Keza, niyetlilik tipik olarak belirli bir fonksiyonun görülmesine yönelmektedir. Yine de, gerçekte var olmayan iki tanım üzerinden yapay olgu teorilerini açıklayabiliriz.

(a) *Yapay olgular, bir fonksiyon gören nesnelere dir.*

(b) *Yapay olgular, belli bir niyet doğrultusunda üretilmiş nesnelere dir.*

Bu tanımları birbirini dışlayan ihtimaller olarak ele alırsak, yapay olguların doğasının (1) onu üretenin niyetinin ne olduğundan bağımsız olarak gördüğü fonksiyonla belirlendiği ve (2) gerçekte ne fonksiyon gördüğünden bağımsız olarak onu üretenin hangi niyetle onu ürettiğine göre belirlendiği iki tuhaf teoriye ulaşırız. Yapay olgu teorileri günümüzde geldiği noktada, bu iki unsurun çakıştığı, yani mesela yapay olguyu üretenin belirli bir fonksiyonu görmesi niyetiyle ürettiği ve bu fonksiyonu ilgili yapay olgunun da gerçekten görmeye elverişli olup gördüğü açıklamalara yer verme noktasına gelmiştir. Şimdi biz, bu gelişim evresinde fonksiyon ve niyetlilik unsurlarının farklı teorilerde nasıl farklı oranlarda karıştığını inceleyebiliriz.

Düzlemin bir ucunda bulunabileceğini düşündüğümüz saf fonksiyonel teoriyi örneklemek kolay olmamakla beraber, genellikle Hilary Kornblith'in, Stephen Schwarz'ın *Hilary Putnam'ın referans teorisinin yapay olgulara uygulanamayacağı eleştirisine* karşı yazdığı altı sayfalık bir makalesi örnek gösterilmektedir (bkz, Thomasson, 2009: 199). Schwarz'a göre dili kullananların belirli öze sahip nesnelere referans gösteren kullarımlarının yanlış olabileceği fikri, yapay olgulara uygulanabilir değildir, keza yapay olguların bir özü yoktur ve yapay olgu kavramlarının referansı da konvansiyonel kullanım tarafından belirlenir. H<sub>2</sub>O'ya görüntü olarak çok benzeyen ancak kimyasal olarak farklı bir dizilimde olan bir maddeye dili kullanan kişilerin "su" demeleri yanlış kullanım olsa da, yapay olgularda bu söz konusu değildir, çünkü zaten bir özü olmayan yapay olguların doğasını "dil kullanımı ya da bizim kavramlarımız" belirlemektedir (Ibid). Kornblith'in buna karşı eleştirisi, temel olarak Putnam'ın referans teorisinin kimyasal yapıya odaklı olmadığı ve yapay olgulara da uygulanabilir olduğuydu da (Kornblith, 1980: 111), Thomasson'un Kornblith yorumuna göre, buradan kullanımın referansının farklı tür özlere sahip olabileceği, doğal olguların *kimyasal özünün* olması söz konusuysa, yapay olguların *fonksiyonel özü* olduğu sonucu çıkarılabilir (Thomasson, 2009: 200). Dolayısıyla, burada Kornblith'e göre (ya da en azından Thomasson'un yorumuna göre) yapay olguların doğasının onların *fonksiyonu* tarafından belirlendiği sonucunu çıkarabiliriz.

Ancak, yapay olguları yalnızca fonksiyonu aracılığıyla ayırt etmek mümkün görünmemektedir. Örneğin, Jonathan Crowe, fonksiyonun tek başına yapay olguların doğasını açıklamada yeterli olmadığını, keza, örneğin oturma işlevi gören ve yapay olgu sayılmayan başka nesnelere de (taş gibi) var olabileceğini ifade etmiştir (Crowe, 2014: 739). Bu bakımdan, insanın doğaya katılma unsuru farklı şekillerde yapay olgu teorilerine dahil olmuş, yapay olguların yalnızca bir fonksiyon gören

değil, insan iradesinin, özellikle onu üreten ve sürdüren kişi veya kişilerin, *bir şekilde* katılımıyla bağlantılı olarak bir fonksiyon görmesinin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür.

Bu bakımdan, fonksiyon-niyet düzleminin diğer ucunda yer aldığını söyleyebileceğimiz (Bkz. Roversi, 2018: 92), Risto Hilpinen'in yapay olgu teorisini inceleyebiliriz. Hilpinen, *Authors and Artifacts* makalesinde, "*eser sahipliği*" kavramının analizinin yapay olguların ontolojisini anlamada önemli olduğunu ifade etmiş ve bu kavrama merkezi önem atfetmiştir. O, eser sahibini (author), Oxford İngilizce Sözlük'teki geniş anlamıyla, yani bir şeyin kurucusu veya başlatıcısı anlamında anlamaktadır (Hilpinen, 1993: 155). Eser sahibi, ilgili ürünü *niyete bağlı* ya da *niyete bağlı olmadan* ortaya koyabilmektedir. Ekmek keserken, örneğin, faaliyetin ürünü olarak ekmek dilimleri *niyete bağlı*, ekmek kırıntıları ise *niyete bağlı olmadan* ortaya çıkmaktadır. Bu ayırmadan yola çıkarak, Hilpinen ilk şart olarak yapay olguların ancak eser sahibinin (ya da kolektif üretimde eser sahiplerinin) davranışlarının *niyete bağlı* ürünleri olduğunu iddia etmektedir (156-7). Hilpinen, ikinci olarak bu niyete dair de bir şart koşmakta ve yapay olguyu oluşturan tür niyetin ancak "*yapay olgunun örnekleme istenen tür ya da tip nesne*"ye yönelmiş bir niyet olabileceğini ifade etmektedir. Yani, o yapay olgunun bir kavram altındaki nesne olması düşüncesiyle, örneğin çekiç üretilirken onun çekiç türüne dahil olmak üzere üretilmesi gerekmektedir (157-8). Bunun da ötesinde, bu yöndeki niyetin yapay olgunun sadece varlık koşulu olmadığını, niyetin içeriğinin yapay olgunun karakterini de oluşturduğunu ifade etmiş ve buradan yapay olgunun varlığı ve özelliklerinin eser sahibinin "*niyetinin içeriği*"ne bağlı olduğunu ifade eden "*bağımlılık koşulları*"na ulaşmıştır (159). Hilpinen, bu son iki koşulu daha da güçlendirmek adına dördüncü ve beşinci koşulları ileri sürmüştür. Buna göre, yapay olgunun ayrıca eser sahibinin niyet içeriğinde yer alan tip-tanımına bir ölçüde *uyması*, ve benzeri olarak, niyet içeriğinde yer alan ve ilgili tip ailesine ait özelliklere *sahip olması* gerekmektedir. Bu güçlendirici koşullara da Hilpinen, "*başarı koşulları*" demiştir. Buna göre, "*üretilen nesne eser sahibinin niyetine sadece dayalı olmamalı, aynı zamanda (bir ölçüde) uygun olmalıdır*" (160). Her ne kadar burada fonksiyon unsuruna yaklaşıyor görünse de, Hilpinen "*kabul koşulları*" dediği izleyen iki koşulda, fonksiyon-türüne mensubiyeti eser sahibinin kabulüne bağlamış ve nesnenin ilgili türe ait fonksiyonu göremeyişinin ancak "*çok kötü*" derecesinde olması halinde o türe ait olmamasını sağlayabileceğini ifade etmiştir (161). Dolayısıyla, her ne kadar fonksiyon ve başarı Hilpinen'in yapay olgu ontolojik şartları arasına girse de, eser sahibinin yapay olguyu kendi niyeti ve ilgili tür özelliklerinin başarılı bir örneği olduğunu *kabul etmesi* şartına bağladığından, bir yönüyle niyet-fonksiyon

düzleminin Kornblith'e göre ters ucunda yer almaktadır. Keza, ona göre, bu ilkeler ışığında “*yapay olgu eser sahibinin niyetlerinin vücut bulmuş halidir*” (162).

Bununla birlikte, aynen Kornblith'e atfedilen anlayışta olduğu gibi, burada da tek bir unsura – niyetliliğe – dayanarak yapay olguları diğer olgulardan ayırt etmek mümkün görünmemektedir. Keza, özellikle eser sahibinden bağımsızlığını kazandığı noktadan itibaren, yapay olguların ontolojisinde eser sahibince üretim esnasında var olan niyetlerin tümünün önem taşıdığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca, yapay olguların, eser sahibince kabul edilsin ya da edilmesin, niyetlenen her işlevi görmesi söz konusu değildir. Bu hususta Roversi, hukukta da benzeri örnekler bulunabileceğini ve İtalyan kanun koyucusunun emek piyasasını düzenleme amaçladığı, ancak bu işlevi hiç de görmeyen kanunların varlığına işaret etmiştir (Roversi, 2018: 92).

Bir parantez açmak gerekirse, yapay olgu teorileri analizlerinde *yapay olgu olan her şeyi kapsatıp, yapay olgu olmayan her şeyi dışlayabilecek* unsurları tespit etmeye çalışmaktadır. Görülmektedir ki, fonksiyon ve niyetlilik unsurları arasındaki keskin bir ayırım, genellikle ya açıklamaların yapay olgu olmayan bir nesneye de uygulanabilir olmasına ya da yapay olgu olup da bu analizlerde açıklanamayan durumlara mahal vermektedir.

Bu bakımdan, iki unsurun da bu sorunları ortadan kaldıracak şekilde iç içe geçtiği açıklamalar önem kazanmıştır. Bunları kısaca örnekleme gerekirse, ilk olarak Ruth Millikan'ın “*doğrudan asli işlev*” ve “*dolaylı asli işlev*” ayrımı yaparak bunlardan ilkinde üretim sürecinde bir yapay olgunun ilgili işlevi kendisinden önce başarılı olmuş benzerinden aldığı ve ikincisinde yeni üretim olarak, işlevini doğrudan üreticisinin niyetinden aldığı teorisi gösterilebilir (94). Millikan'ın teorisinin “*ilk bölümü bir araç ailesinin üyeleri olan araçların işlevleriyle ilgiliyken [...], ikinci bölüm[ü] güneşin altında yeni üretilen şeylerin de nasıl işleve sahip olabileceği ile [ilgilidir]*” (Millikan, 1984: 18). Böylece Millikan'ın hem yeni üretilen yapay olguların doğasını açıklamayı (Roversi, 2018: 94), hem de bu yolla fonksiyona niyetSEL ögeyi katmayı amaçladığı söylenebilir.

Bir başka örnek olarak, Roversi'nin hukuki kurumları açıklamada uygun olabileceğini ifade ettiği Randall Dipert'in “*tarihsel-niyetsel*” teorisi gösterilebilir (95). Dipert, yapay olgulara içkin geçmiş üretim sürecine ve bu süreci şekillendiren eser sahibi niyetliliğine odaklanmıştır. Bu süreç içerisinde de eser sahibi niyetliliği değişebileceğinden, yapay olgunun doğası yalnızca onu ilk üreten kişinin – fonksiyonu da içerebilecek – niyet içeriği tarafından değil, kendisini şekillendiren

süreç ve niyetlilik tarafından belirlenmektedir (Dipert, 1993: 125, Akt. Ibid). Roversi'ye göre, yapay olgulara ilişkin niyetliliği zamana yayarak dinamik bir çehreye büründüren bu teorinin hukuk gibi uzun süre ayakta kalan ve bu süreçte değişikliklere uğrayan olguları açıklamada uygun olduğu söylenebilir (Roversi, 2018: 95-6).

Burada çok farklı çehrelere bürünmüş olan yapay olgu teorilerinin tümünü incelemek mümkün olmadığından, son olarak Luka Burazin'in IV. Bölüm'de incelenecek görüşlerine büyük ölçüde kaynaklık eden John R. Searle ile paralel Amie Thomasson'un *kurumsal yapay olgu teorisini* açıklamakla yetinebiliriz. İleride değinileceği gibi, diğer yapay olguların aksine, kurumsal yapay olgular varlığını kendilerini kurucu kuralların kolektif tanınması yoluyla varlık kazanmaktadırlar. Neyin para sayıldığına ilişkin kuralın toplumca kabulü ve toplumca ilgili kurucu kuralda belirtilen paranın maddi özelliklerine sahip kağıt parçalarına "para" olarak davranılması paranın kurumsal bir yapay olgu olması için temel nitelik taşımaktadır (Thomasson, 2003: 586). Thomasson, Searle tarafından ortaya konan bu temel noktayı belirttikten sonra ondan ayrılarak, kurucu kuralda belirtilen fonksiyonun var olan maddi materyallere empoze edildiği durumlarla (mesela, kağıda para statüsünün yüklendiği durumlar gibi), kolektif kabul sonucu hukuk gibi soyut kurumsal kurumların önceden var olan materyale bağlı olmaksızın varlık bulduğu durumları birbirinden ayırmaktadır (587). Nihayetinde, ilgili somut veya soyut yapay olgu hangi işlevi haiz olarak davranılırsa o işlevi haiz olmakta ve ontolojik yapısı da onu kuran kolektif niyetliliğin içeriğinde bulunmaktadır (Bkz. Bu çalışma Bölüm III. ve IV). Bu yaklaşımın kurumsal olmayan yapay olgularda fonksiyonun yapay olguların ontolojisi bakımından oynadığı rol bakımından bir tür farklılık içerdiği açıktır. Keza, Thomasson'un kurumsal olmayan yapay olgulara dair teorisinde *katı ve katı olmayan* olarak 2 farklı şekilde ifade ettiği prensibe göre, "Zorunlu olarak, tüm  $x$  ve tüm yapay olgu türü  $K$  için,  $x$  ancak  $x$ 'in büyük oranda başarılı ( $Kx$ ) niyetinin bir ürünü olması halinde  $K$ 'dir. ( $Kx$ ) de ancak eser sahibinin  $K$ 'ların doğasına dair maddi bir anlayışı olduğunda, bu anlayışın  $K$ 'ların daha önceki yapıcılarının bazılarının anlayışıyla büyük ölçüde uyduğunda ve ürün sahibinin de bu anlayışı  $K$ -ilgili özellikleri nesneye empoze etmeye niyetlendiği durumda söz konusu olabilir".<sup>1</sup> Farklılık, yapay olgunun ontolojisinde niyet içeriği ve fonksiyon unsurları arasına kurumsal yapay olgular bakımından kolektif tanınmanın girmesidir. Alıntıda "başarılı" ifadesi

<sup>1</sup> Burada katı olmayan formülasyon verilmiştir ve orijinalde de vurgulanan altı çizili ifadeler katı olmama durumunu sağlamaktadır. Bkz. THOMASSON, "Realism and Human Kinds", s. 600.



fonksiyonu ve “K’ların doğasına dair maddi anlayış” ifadesi de niyet içeriği unsurlarını (kurumsal olmayan) yapay olguların ontolojik yapısına yerleştirmektedir.

Aşağıda, kurumsal yapay olgulara dair bu farklılığın kurumsal olguların doğasının açıklanmasında (daha doğrusu belli bir kurumsal olgunun doğasının açıklanmasında) niyetin içeriği ve fonksiyonun önemli olmadığı anlamına gelmediği, keza kolektif kabulde belirlense bile bir yapay olguyu anlayabilmenin yolunun bu unsurları açıklamaktan geçtiği savunulacaktır.

### III. İki Tür Teori: Yapay Olgu Teorileri ve Hukuki Pozitivizm

Yukarıdaki tartışma bağlamında dikkat edilmesi gereken husus, niyet ve işlev unsurlarının yapay olguların *ontolojik anlamda kurucu unsuru oldukları*, genelde bir olgunun doğası hakkında sözü edilen *zorunlu ve gerekli* unsurlar olmadığıdır. Keza, sonraki bölümlerde Burazin’in ifade ettiği şekilde aktarılacağı üzere yapay olguları doğal olgulardan ayıran özelliklerden birisinin de bir “öze” sahip olmadıkları söylenmektedir (Grandy, 2007: 20).<sup>2</sup> Bu bakımdan, yapay olgular bakımından *varsa* olgunun akışkan doğasının bu ontolojik kalıbı dolduran bir dolgu olma ihtimali düşünülebilir (Krş. Marmor, 2018: 152-3). Örneğin, Burazin *toplumsal anlayışı (ya da kolektif niyetliliği)* bu dolgu olarak görmektedir. Buradan, ontolojik kurucu unsurlarla zorunlu ve gerekli unsurların ne denli iç içe olduğu anlaşılabilir. Bunlardan ilki bir üst kategoriye, ilgili konunun metafiziksel oluşumuna ilişkin, diğeri belli bir somutlaştırmayı gerektirmektedir. Bir *kategori olarak* yapay olguların doğasından ya da özünden bahsedildiğinde onun ontolojik unsurlarından bahsetmekle yakın bir durum söz konusuysen (24) ve literatürde de bu bakımdan yapay olguların “doğasından” söz edilmekteyse de, (Preston, 2018) *belli bir* yapay olgunun doğasından, örneğin hukukun doğasından söz ederken onun varlık koşullarından farklı bir anlamda söz edilmektedir. Bunun diğer yapay olguların varlık koşullarından ayrılması gerekli bir unsur kümesini içermesi gerektiği açıktır. Bu konu sonraki bölümlerde daha ayrıntılı inceleneceğinden, burada yapay olgu teorilerinin yapay olguların genel olarak ontolojik kurucu unsurlarıyla ilgili olduğunu (Roversi, 2018: 89-111), bunun da esasen bir kategori olarak yapay olguların zorunlu ve gerekli unsurlarının tespit edilmesiyle aynı anlama geldiğini (Crowe, 2014: 738) belirtmekle yetinilebilir.

---

<sup>2</sup> Yine de altını çizmek gerekir ki, doktrindeki bu görüş eleştirilmiş ve yapay olguların da zorunlu ve gerekli unsurları olduğu ve özelliklerinin yalnızca konvansiyona bağlı olarak belirlenmediği savunulmuştur. Bkz. CROWE, s.738. İkinci Bölüm’deki teoriler bu eleştirinin ürünüdürler.

Bu noktada hukuki pozitivistizmin ne tür bir teori olduğu ya da ne ölçüde hukukun doğasına dair bir teori olduğu sorusu önem kazanmaktadır. Kenneth Ehrenberg, John Gardner'ın hukuki pozitivistizmin hukukun doğasına dair bir teori olmaktan çok bir "hukuki geçerlilik teorisi" olduğuna dair görüşünün doğru olduğunu, farklı hukuki pozitivistlerin hukukun doğasına dair farklı teorileri kabul ediyor olabileceğini belirttikten sonra, bunun hukuki pozitivistin her tür ontolojik teoriyi kabul edebileceği anlamına gelmediğinin altını çizmektedir (Ehrenberg, 2019: 147). Hukuki pozitivistizmin hukukun doğasına dair bir teori olmadığı iddiası en iyi ihtimalle tartışmalı da olsa, Joseph Raz başta olmak üzere birçok önde gelen hukuki pozitivistin hukuki pozitivistizmi bu şekilde anladığı, hukuka dair "zorunlu ve gerekli unsurları" ortaya koyma iddiasında oldukları açıktır (Patterson, 2019: 49).<sup>3</sup>

Brian Leiter gibi bazı hukuki pozitivist yazarlar hukukun bir özü olmadığı, dolayısıyla hukukun varlığı için zorunlu ve gerekli unsurların aranmasının bir yanlığı olduğunu savunsalar da, bu durum bu çalışmada tartışılacak hususu etkilememektedir. Burada, bir özün var olduğunu ve hukuki pozitivistizmin bu öze dair unsurları açıklama gayesinde olduğunu savunan yazarların bu hukuki pozitivistizm anlayışına odaklanılarak, hukukun doğasına dair bir teori olarak anlaşıldığında hukuki pozitivistizmin yapay olgu teorileri ışığında bunu ne ölçüde başarabildiği tartışılacaktır. Yalnız, şu ana kadarki açıklamalarımızda göze çarpan bir husus, yapay olgu teorileriyle hukuk teorilerini farklı türden teoriler olarak sınıflandırmış olmamızdır. Bu iki tür teori arasındaki ilişkinin irdelenmesi, önceki cümlede ifade edilen soruyu cevaplayabilmek için kilit önem taşımaktadır. Eğer arada önemsiz ve göz ardı edilebilir bir ilişki varsa, hukuki pozitivistizmin yeterliliğine dair pek bir yorumda bulunmak mümkün olmayacaktır.

#### **IV. Bir Kurumsal Yapay Olgu Olarak Hukuk ve Hukuki Pozitivistizm**

##### **a. Ortak Varsayımlar ve Teorik Kökler**

Bazı yazarlar, hukuki pozitivistizm ve doğal hukuk teorisinin farklı alanlara ilişkin analizler sunduğunu, bunlardan ilkinin "analitik", diğerinin ise "normatif hukuk felsefesi" alanına dahil olduğunu savunmaktadır (Simmonds, 2007: 3). Doğal hukuk teorisinin neyin hukuk olduğundan çok neyin adil olduğuna eğilmesi ve adaletin de normatif bir kavram olmasından kaynaklı olarak bu sonuca ulaşılmaktadır. Hume'a

---

<sup>3</sup> Hart'ın ise bu husustaki pozisyonuna dair farklı yönleri işaret eden ifadeleri mevcuttur. Bkz. SCHAUER Frederick, 'Hart as Antiessentialist', D'ALMEIDA Luis Duarte / EDWARDS James / DOLCETTI Andrea (eds), **Reading HLA Hart's The Concept of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2013 içinde, s. 241-244.

dayanan gerçeklik-değer dikotomisinde adalet, değerler dünyasında yer almaktadır ve hukukla ilişkisi onun nasıl olması gerektiğinden ibarettir. Hukukun ne olduğu ise gerçeklik dünyasına ilişkindir ve gözlemlenebilir olguların incelenmesini gerektirir. Bu da analitik hukuk felsefesinin, özelde de hukuki pozitivizmin inceleme alanına girer (Ibid).

Her ne kadar bu fikirler doğal hukuk teorisinin analitik hukuk felsefesine bakan yönünü gözden kaçırsa da (Murphy, 2006: 9-10), bu açıdan bakıldığında, hukuki pozitivizm doğal hukuk teorisi karşısında yapay olgu teorisine daha yakın görülmektedir. Açıkça, yapay olgu teorileri de ilgilendikleri alana ilişkin normatif önermelere ulaşmaya çalışmamakta, yapay olguların *ne olduklarına* dair teoriler teşkil etmektedirler.

Yine de bu paralelliğe dair daha çok şey söyleyebilmemiz, iki farklı tür teorisinin inceleme konusunun ne olduğuna dair incelemeden ne anladıklarını incelememizi gerektirmektedir. Yani, mesela, hukuki pozitivizm hukukun *ne olduğunu* incelerken bunu nasıl anlamakta, *ne olma* durumunun içeriğini nasıl yorumlamakta ve çalışmalarının içeriği buna göre nasıl şekillenmektedir?

Öncelikle ifade etmek gerekirse, yapay olgu teorisinde yapay olguların incelenmesi çok çeşitli şekillerde gerçekleşmekte, bunların, örneğin bu olguların zihinsel süreçlerimizdeki rolünün incelenmesi gibi bir kısmı (Preston, 2018) yukarıdaki inceleme bağlamında önem taşımamaktadır. Literatüre bakıldığında, çoğunlukla pozitivist yazarlardan müteşekkil hukuk felsefecilerinin bu teorisinin yapay olguların "*gerçekliği ve doğası*"nı (Ibid) inceleyen çalışmalardan yararlandığı görülmektedir (Bkz. Burazin, Himma ve Roversi, 2018'deki yazarlar). Genellikle kabul edilen "*hukukun bir yapay olgu olduğu*" varsayımı üzerinden, yapay olgu teorilerinin bulguları doğrultusunda *hukukun bir yapay olgu olarak doğasını* ortaya koymaktadırlar. Dolayısıyla çalışmaların ontolojik çizgide ilerlediğini söyleyebiliriz.

Bu çabalar doğrultusunda, yalnızca yapay olgu teorisini kullanarak hukuku açıklamaya çalışan (Roversi, 2018) veya teoriye kuşkulu yaklaşan (Leiter, 2018) gibi diğerleri yanında, bir bakıma *yapay olgu teorilerince güçlendirilmiş hukuki pozitivist teoriler* diyebileceğimiz bazı analizler ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan Burazin'in analizi özellikle önem taşımaktadır, çünkü bu analiz hukuki pozitivizm ile yapay olgu teorileri arasındaki varsayımlara dair paralelliğin niteliğini göstermenin yanında, sonraki bölümde ortaya konacağı üzere yapay olgu teorisi ışığında hukuki pozitivizmin yetersiz kaldığı noktaları da görmeyi kolaylaştırmaktadır (Burazin, 2016).

Makalesinde Burazın Hart'ın hukuk sistemi teorisindeki tanıma kuralının resmi görevliler tarafından içerden bakış açısıyla kabul edilmesi şeklindeki hukuk sisteminin varlığına dair yapıyı, Searle ve Thomasson'un görüşleri doğrultusunda kurumsal olguların varlığına ilişkin kurucu kuralların toplu kabullenilişi ile iç içe açıklamaktadır (399). Buna göre, Burazın en azından iki farklı kurucu kuraldan bahseder görünmektedir: *“temel koşul”* olarak adlandırdığı *“toplumun kolektif olarak hukukun yapıcılarını [tanıyıcıları, yani resmi görevlileri] olarak tanıdığı bir grup insanın hukuk sistemi olarak tanıdığı neyse hukuktur”* şeklindeki kural ve Hart'ın tanıma kuralına paralel şekilde resmi görevlilerin kolektif olarak tanıdıkları hukukun ne olduğuna dair *“... koşullarda ... hukuk kabul edilir”* şeklindeki, resmi deklarasyonlara hukuk statü işlevi yükleyen kural (397-9).

Burada Burazın ikincisini bir kurucu kural olarak belirtmemekte, toplumun buna dair kolektif kabulünün tanıma kuralının işlev gördüğü bağlamın ortaya çıkmasındaki rolüne işaret etmekte ve ilk formülizasyonu hukuk sisteminin kurucu kuralı olarak kabul etmektedir (398). Kanımızca, burada Burazın Searle'in kurucu kurallara dair kolektif kabul koşulunu sıkı bir yoruma tabi tutmuş, gerçekte kurucu kural olan tanıma kuralı kriterlerini arka plana almıştır. Searle'ün *Toplumsal Gerçekliğin İnşası*'nda sıklıkla verdiği para örneğine ilişkin kurucu kural da buna işaret eder niteliktedir. *“X, C'de Y sayılır”* kuralını Searle paraya uygularken, X'in paraya ilişkin maddi ve prosedürel özellikler olduğuna işaret etmiş, ilgili kağıt parçasının *“kim tarafından böyle kabul edildiği”*ne kolektif tanımanın ötesinde bir önem atfetmemiştir – örneğin yargı makamları ve merkez bankaları gibi farklı türden resmi kurumlarca hukuki ödeme aracı olarak kabul edilmesi gibi. Yani, her ne kadar paranın özellikleri toplum tarafından doğrudan bilinmese de, kurucu kural formülasyonuna katılmıştır. Hukuk için bunun anlamı, tanıma kriterinde belirtilen kuralların hukuka dair kurucu kurallar olması beklenir. Burazın'ın makalenin başında incelemesinin *“hukuk”* yerine *“hukuk sistemi”*ne dair olduğunu belirtmesi bu bakımdan anlamlıdır (386).

Peki *“hukuk sistemi”*nin doğasını belirleyen nedir? Yine Searle'ün kurumsal olgu teorisinden yararlanarak Burazın, kurumsal olguların varlık koşulu olan *“kurucu kural”*ların hukuk sistemine uyarlanmış hali olan şu formülasyonu ortaya koymaktadır: *“Kolektif olarak tanıyoruz ki, eğer C koşulları gerçekleşirse, bir hukuk sistemi vardır”* (387). C koşulları da yazarın *“yazarlık koşulu”* dediği toplum tarafından hukuk sistemini oluşturması için kolektif olarak tanınan bir hukuk sistemi oluşturan kişi / kişilerin var olması ve *“niyet koşulu”* dediği yazarın hukuk sistemine dair maddi açıdan doğru hukuk sistemi kavramına dayalı olarak ilgili kurumsal olguyu

oluşturması ve bunda başarılı olması koşullarından ibarettir (Ibid). Hukuk sisteminin doğası da yine bu kurucu kuralın kolektif tanınması aracılığıyla ilgili toplumun “*hukuk sistemi kavramı*” tarafından belirlenmektedir (398). Bu kavram da zamana göre değişken (Ibid), misalen doğal türlerin özüne benzer bir analize imkan tanımayan bir kavramdır. Burazin’in de ifade ettiği üzere, doğal türler ve yapay türler arası ayrımın doktrinde ifade edilen ilk sonuçlarından birisi ilk türe ait olmanın belirli “*zorunlu ve gerekli*” koşulları, dolayısıyla bir “*özü*” olduğundan söz edilirken, yapay türler bakımından bunun söz konusu olmamasıdır. Yapay türlerin ontolojik yapısı en geniş anlamıyla insan anlayışına bağlıdır. Thomasson’un ifadesiyle, “*yapay türlerin metafizik doğaları onları yapan kişilerin kavramları ve niyetleri tarafından oluşturulur*” (Thomasson, 2007: 53).

Hukuki pozitivizm ile kurumsal olgulara dair olduğu ölçüde yapay olgu teorisinin dayandıkları teorik araçlar bakımından ne ölçüde benzer oldukları böylece ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, gerek hukuk gerekse hukuk sistemi olarak anlaşılın, hukuki pozitivizmin çalışma konusunu analiz ederken tıpkı kurumsal olgu teorisinde görüldüğü gibi *kolektif tanımaya* merkezi önem atfettiği açıktır. Bir kurumsal olgu olarak hukuk, hukuki pozitivizmin de öngördüğü şekilde, görevli kişiler ya da bir toplumdaki müteşekkil belirli kişilerin hukuk olarak tanınmaya dair kurucu kuralı kolektif olarak kabul etmesine dayalı bir sosyal olgudur. Bu bakımdan Searle’ün kurumsal olgu teorisince öngörülen kurumsal yapay olguların ontolojik kurucu unsurlarının hukuki pozitivizmde yansımaları bulunduğunu söylenebilir. Sonuç olarak, doğal hukuk teorisinin özellikle Ehrenberg’in ifade ettiği şekilde hukukun “*akıl buyruğu*” olduğu yönünde bir metafizik teori ortaya koyduğu kabul edilirse, ontolojik olarak hukukun bir sosyal olgu olduğu kabulünden hareket eden ve kurucu unsurları bakımından da yapay olgu teorisine paralellik gösteren hukuki pozitivizmin avantajlı görünmektedir (Ehrenberg, 2019: 147-150).

#### **b. Ortak Çalışma Konusu Kaynaklı Farklılıklar ve Özel-Genel İlişkisi**

Bununla birlikte Burazin’in çalışmasında gözden kaçırıldığı, kurumsal olguların kurulmasına dair ilkelerin *belirli bir kurumsal olgunun doğasını* açıklayamayacağıdır. *Genel olarak* kurumsal olguların doğasının ne olduğu ortaya konurken, tartışılabilir olsa da, bunun kolektif tanımının içeriği tarafından belirlendiğine işaret edilmekle yetinilebilir, ancak *belirli bir kurumsal olgunun doğasının* açıklanması için elbette bu *kolektif tanımının maddi içeriğinin* açıklanması gerekir.

Raz’ın iyi bilinen bir argümanına göre, hukuk kavramının zorunlu ve gerekli unsurlarının analizi için bunların zamandan ve mekandan bağımsız bir hukuka

işaret etmesi gerekmez (Raz, 2009: 31-2). Yalnız, yapay olgu teorisi bu noktada değişkenlik gösteren bu zorunlu ve gerekli unsurları “onları yapan kişilerin kavramları ve niyetleri”nde (Thomasson, 2007: 53) aramamız gerektiğine işaret etmektedir. Fonksiyon bağlantılı bu niyetin analizinin, kurumsal olmayan yapay olguların doğasına dair analizle benzerlik gösterdiğini Searle’ün verdiği şu örnek üzerinden açıklayabiliriz,

“Özel materyal karışımlar içeren, belli kalıplar (beş dolar, on dolar) dizisini eşleştiren ve ABD Hazinesi’ne bağlı Boyama ve Gravür Bürosu’na basılan kağıt parçaları (X), ilgili sistemde (C), kamusal ve özel borçları ödemek için geçerli [para]dır (Y)” (Searle, 2005: 69-72).

“Para” kavramının doğasının analizi, ilgili toplumda paranın gördüğü işlev ve ne tür amaçlarla kullanıldığıyla doğrudan ilişkili olmalıdır. Çünkü, her ne kadar kağıt parçaları ilgili fonksiyonu kolektif tanıma olmaksızın görmeye elverişli bir yön taşımaya da, örneğin çekiç gibi kurumsal olmayan diğer yapay olgularda işlev ve niyetin bu olguların doğasına dair analizlerde edindiği teorik önemin kurumsal olgular bakımından geçerli olmayacağı keyfi bir varsayım olacaktır. Kolektif tanıma kurumsal olguların *yapısını kurucu bir nitelik taşımaktadır*, ancak dikkat edildiğinde bu temel üzerinde yükselen, ilgili tekil kurumsal olgunun doğasını açıklamaya uygun teorik araçları *kolektif niyetlilik ve tanımının maddi içeriğinin* sağlayabileceği görülmektedir. Bu içerik, Raz’ın ifadesiyle dar görüşlü (parochial) olduğunda bir ülkenin hukuk sistemiyle, yani oradaki işlev ve kolektif niyetlilikle, yahut bir ölçüde uluslararası uygulanabilirlik arandığında, mesela tüm “modern” hukuk sistemlerine dair işlev ve kolektif niyetlilikle belirlenecektir. Kanımızca, Leiter’in hukuki pozitivizmin “*ontolojik sınırlılık*” (Leiter, 2018: 19) şeklinde ifade ettiği özelliği onun kurumsal olgu teorileriyle görüntüde paralellik göstermesine yol açarken, *hukukun bir yapay olgu olarak sahip olabileceği şekliyle (değişken) doğasını* açıklamada yetersiz kalmasına sebep olmaktadır.

Bu noktanın daha iyi anlaşılabilmesi için, Lynne Rudder Baker’ın yapı / kimlik dikotomisine ve bunlara dair özü birbirinden ayırdığı analizine göz atabiliriz. Baker, Alan Gibbard’ın ünlü *Davud heykeli* örneğinden esinlenerek, Myron’un *Disk Atıcısı Adam* heykeli örneğini vermekte ve heykeli oluşturan bronzun heykelin yapısını oluşturmakla birlikte *Disk Atıcısı Adam olmadığını* savunmaktadır. Ona göre *Disk Atıcısı Adam* özü itibariyle bir heykelken, onu oluşturan bronz özü itibariyle bir heykel değildir. Sonuç olarak, *Disk Atıcısı Adam* ile bronz aynı kimliğe sahip değildirler (Baker, 1997: 599-601). Bunun bizim açımızdan anlamı, kendisini oluşturan malzemenin özünün / ontolojik yapısının hukukun özünü vermediği,

dahası hukukun kurulması için bu malzemenin varlığının *yeterli* olmasının sonucu değiştirmedir. Belirli resmi koşullar gerçekleştiğinde ya da belirli kolektif tanıma gerçekleştiğinde hukuk varlık bulabilir, ancak bu hukukun özünü, başka bir deyişle hukukun zorunlu ve gerekli unsurlarına dair analize uygun araçları sağlamamaktadır. Buna benzer bir noktaya yine Baker'dan yaptığı alıntıyla Roversi şu şekilde değinmektedir: “Bir yapay olgunun ne olduğu sadece onun fiziksel özelliklerine değil, onun bizimle olan ilişkisine bağlıdır. [...] Fiziksel model genel olarak yapay olgular bakımından da hukuk bakımından da işlememektedir: kimse parlamentonun basitçe parlamenterlerin toplandığı bina olduğunu söylemez” (Roversi, 2018: 90).

Çalışmada geldiğimiz noktada tartışılması gereken, bir kavramın doğasına dair incelemenin teorisyence, örneğin çalışmanın amaçları doğrultusunda, yönlendirilip yönlendirilemeyeceği, yönlendirilebilecekse ne ölçüde bunun yapılan *işin niteliğini bozmaksızın* yapılabileceğidir. Yani, hukukun doğasını inceleyen bir teorisyenin teoriye yön vermesi hangi noktada incelemeyi hukukun doğasının tam anlamıyla incelenmesi olmaktan çıkarır? Eğer, hukuki pozitivizm tarafından hukukun doğasının analizinde “hukuk felsefesi gerekleri” diye sembolize edebileceğimiz gerekler, belirli inceleme alanından bağımsız olarak “hukukun doğası” analizinden *bu ölçüde* ayrılıyorsa, ki yapay olgu teorileri bu ikinci durumu temsil eder görünüyor, hukuki pozitivizmin hukuk analizinin yetersiz olduğu ileri sürülebilir.

Bu noktada Finnis ve Leiter arasındaki bir tartışmayı hatırlamak yerinde olabilir. Finnis'in *Natural Law and Natural Rights*'da ilk bölümde ileri sürdüğü teorisyenin teori kurma sürecinde hukukun ilgili toplumca nasıl anlaşıldığının ortaya konabilmesi için katılımının / değerlendirme yapmasının metodolojik anlamda zorunlu olduğu şeklindeki argümanına (Finnis, 2011: 13), Leiter bu katılımın ölçüsü bakımından karşı çıkmıştır. Ona göre, her ne kadar katılım zorunlu olsa da, teorisyenin katılımı ahlaki bir değerlendirme şeklinde somutlaşmak zorunda değildir, hatta somutlaşmamalıdır. Katılım belirli teorik ilkeler ışığında teorisyenin çalışma konusunun ve açıklayıcı unsurların seçimine yön vermesi şeklinde gerçekleşmelidir (Leiter, 2003: 17-51).

Bu bölümde daha önce yürüttüğümüz tartışma ile Leiter'in itirazı bir arada değerlendirilirse, hukuki pozitivizmin Leiter'in sözünü ettiği objektifite bakımından bir anlamda başarılı olduğu, ancak bu başarının hukukun doğasına yönelik bir analize yönelmediği söylenebilir. Hukuki pozitivizm, gerçekten hukukun kurumsal yapısını, yani *Disk Atıcı Adam* heykeliyle paralellik kurmak gerekirse, heykeli oluşturan bronzun kimyasal yapısını büyük ölçüde bir objektiflik halinde analiz edebilmiştir. Hukukun doğasının analizi ise, onun bizimle olan ilişkisinin analizini

gerektirmektedir. Geriye kalan tek seçenek, hukuki pozitivistin kurumsal yapıya bu yöneliminin pratik gereklere dayanıyor olması gibi görünmektedir ve bu özü reddeden Leiter'in son pozisyonuyla da aynı doğrultuda görünmektedir (Özellikle bkz. Leiter, 2018: 18-19). Sonuç olarak, varsayımlarıyla birlikte yapay olgu teorisinin hukuki pozitivistin üzerindeki etkisi onun pratik gerekçelerle ortaya konmuş bir teori olmaya razı kılınmasıdır.

## V. Doğal Hukuk Geleneği ve Yapay Olgu Teorileri

### a. Farklı Odak Noktaları ve Doğal Hukuk Teorisi Çeşitleri

Bahsettiğimiz *analitik / normatif hukuk felsefesi* ayrımları ve buna paralel olduğu söylenen hukuki pozitivism ve doğal hukuk teorisi ayrımı, yukarıdaki argümanımız göz önüne alınırsa bizi doğal bir varış noktasına götürmektedir. Nasıl ki farklı çalışma alanlarına dahil teoriler olarak ele alındıklarında hukuki pozitivism ve doğal hukuk teorisi çelişen görüşler olarak görülmemekteyse, aynı sonuca yapay olgu ve doğal hukuk teorileri bakımından da ulaşabiliriz. Hukuki pozitivism ve yapay olgu teorileri arasındaki çatışmaya yol açan temel unsurun inceleme konuları arasındaki paralellik olduğunu söyleyebiliriz. Doğal hukuk teorisinin de temelinde hukukun doğasına dair çıkarımlara götüren bir meta-teori olduğu düşünüldüğünde, hukuki pozitivismi bünyesinde eritmede gösterdiği esnekliği yapay olgu teorisi bakımından da gösterebilir.

Bununla birlikte, bunun yüzeysel ve gereksiz bir çıkarım olduğu, doğal hukuk teorisinin ifade ettiği gerçek bakımından ilerletici bir etki taşımadığı düşünülebilir. Bu durum, en fazla yapay olgu teorilerinin ilgisiz olduğu teoriler listesine yeni bir üyenin daha eklenmesi anlamına gelir. Hukuki pozitivistin yapay olgu teorileriyle çelişebiliyor olması onun en azından, eksikleri olsa da, gerçek anlamda hukukun doğasını inceleme konusu yaptığını gösterir. Doğal hukuk teorisiyse bu girişimlere konusu itibarıyla uzaktır.

Aşağıda, paragrafta ifade edilen karşı argümana karşı olarak, doğal hukuk teorisinin hukukun doğasına ilişkin çıkarımlarda bulunduğu / bunu ilgilendirdiği ölçüde yapay olgu teorilerinin kurumsal olguların doğasına dair çıkarımlarla uyumlu bir tablo çizdiği savunulacaktır. Bu bakımdan farklı tür doğal hukuk teorilerinin sağladığı esnekliğin özellikle altı çizilecektir.



## b. Merkezi Bir Teorik Unsur Olarak Hukukun İşlevi

Yapay olguların doğası ve işlevi arasındaki ilişkiyi ve bunun hukuk bakımından anlamını tartıştığı makalesinde Giovanni Tuzet, bu ilişkinin yakın bir şekilde birbirlerine bağlı olduğunu ve *“bir yapay olgunun ne olduğunun onun işlevinin kavranmadan anlaşılamayacağını”* ifade etmiştir (Tuzet, 2018: 232). Bununla birlikte, Tuzet ilgili olgunun işlevinden bağımsız olarak ne olduğunu saptamadan işlevinin de saptanmasının zor olduğuna, dolayısıyla bu iki sorunun cevaplanmasının birlikte yürümesi gerekli olduğuna işaret etmiştir. Bu noktada, yalnızca ilk türden soruyla ilgilenme bakımından hukuki pozitivizm özelinde analitik hukuk felsefesini, yalnızca ikinci türden soruyla ilgilenme bakımından hukuk sosyolojisini eleştirmiş, bu alanlar arasında ortak çalışmayı teşvik etmiştir (233; Tuzet’in bu konudaki çözümü için bkz. 238).

Bununla bağlantılı olarak, Kenneth Einar Himma, Hart’ın doğrudan ifade ettiği, konumuz bakımından önemli bir noktaya işaret etmektedir. Hart’ın ifadelerinden anlaşılmaktadır ki, kendisi yalnızca hukukun *“kavramsal bir fonksiyonu”*nun bulunması çabalarına değil, bu tür bir fonksiyona hukuk kavramının analizinde yer verilmesinin zorunlu olduğu düşüncesine de şüpheci yaklaşmaktadır (Himma, 2018: 141).<sup>4</sup> Bu sonuca Himma, Hart’ın Postscript’indeki şu ifadelerden yola çıkarak ulaşmaktadır:

“Pozitivizmin diğer formları gibi, benim teorim de hukukun ve hukuk pratiğinin anlamı veya amacını tespit etme yönünde bir iddiada bulunmamaktadır [...] Gerçekten de, hukukun insan davranışları bakımından bir kılavuzluk yapma ve bu davranışların eleştirisi bakımından bir standart oluşturma işlevi dışında bir özel amacının araştırılmasının oldukça gereksiz olduğunu düşünüyorum.” (Hart, 1994: 248-9, Akt. Ibid).

Himma’nın devamında belirttiği üzere, *“hukukun bir yapay olgu olma durumu dikkate alındığında”*, Hart’ın bu varsayımını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Keza, yapay olgu teorilerinde, daha önce sözünü ettiğimiz *“işlev”* ya da *“fonksiyon”* önemli bir rol oynamaktadır. Bunun anlamı, her ne kadar farklı yazarlar bu işlevin ne olduğu noktasında farklı görüşlerde de olsalar, yapay bir olgu olarak hukukun doğasının analizi, zorunlu olarak hukukun işlevi incelemesi içermelidir (142).

Bununla birlikte, fonksiyona dair alelade bir inceleme de doğrudan hukuki pozitivizme atfedilebilirlik bakımından yeterli olmamaktadır. Bu bakımdan Joseph

---

<sup>4</sup> Tuzet bu durumun *“birçok”* pozitivist yazara göre böyle olduğunu belirtmektedir. Bkz. Ibid.

Raz'ın *The Authority of Law*'daki incelemesi örnek verilebilir. Yazar burada, "bana öyle geliyor ki, tüm hukuk sistemleri zorunlu olarak en azından minimum bir seviyede burada bahsedilecek temel sosyal fonksiyonları görmektedir, ve ayrıca bunlar hukuk sistemlerinin görebileceği tüm sosyal fonksiyonları içermektedir. Ancak, burada bu iddialar savunulmayacaktır. Bunun yerine sınıflandırma basitçe ileri sürülerek genel çizgileriyle açıklanacaktır" demektedir (Raz, 2011: 167). Burada bahsedilen zorunlu olarak ifadesi kafa karıştırıcı olabilirse de, hukukun fonksiyonlarına dair açıklamanın hukuki pozitivism bakımından yerini anlamakta daha önemli görülen kısım alıntıda sonda yer alan kısımdır. Bu iddialar savunulmamaktadır, keza hukuki pozitivism çerçevesinde bu iddiaların savunulabilir olması da mümkün değildir. Tüm hukuk sistemlerinin zorunlu olarak bu fonksiyonları yerine getirmesi, belki de çelişir bir şekilde, bu fonksiyonları görmeyen bir sistemin hukuk sistemi olarak kabul edilemeyeceği anlamına *gelmez*. Çünkü hukuk sisteminin varlığına dair hukuki pozitivist odak noktası farklıdır. Raz'ın bu yaklaşımının ana akım hukuki pozitivism bakımından teorik olarak mümkün olana dair sınırı belirlediğini söyleyebiliriz. Ehrenberg'in işlevsel teorisinde de benzeri şekilde, hukuka dair işlevsel açıklamalar onun doğasını anlamakta elzem olmakla birlikte, belli bir fonksiyonun tür üyeliğine dair *zorunlu* unsur olması ve ona sahip olmayan bir olgunun türün üyesi olmaktan çıkması söz konusu değildir (Ehrenberg, 2009: 95). Bu pozisyon aşağıda ifade edilen görüşün savunulduğu kadarıyla uyumlu görünse de, burada dikkat çekilmek istenen Ehrenberg'in görüşü kabul edilse bile hukuki pozitivismin hukukun yapısına ve hukuki geçerliliğe odaklılığı sebebiyle fonksiyonel açıklamaların ona ancak eklenmiş, içkin kılınmamış olduğudur. Aslında kanımızca Leslie Green başta olmak üzere hukuki pozitivistlerde görülen fonksiyonel açıklamalara karşı şüpheli yaklaşımın temelinde, işlevselciliğin normatifliğe yaklaştırılması yanında, bu durum yer almaktadır (97).

Aslında, "niyetliliğe" dair sonraki bölümde söyleyebileceklerimiz, "ortak çıkar" kavramı etrafında hukukun işlevi bakımından da söylenebilir, ki oradaki tartışmayı bu yönde yorumlamak da mümkündür. Geleneksel doğal hukuk teorisinin esas olarak bir hukuki geçerlilik teorisi olmamasının sağladığı esneklik, hukukun işlevi bakımından yapay olgu teorilerini bünyesinde eritmeyi de sağlayabilir. Ancak, bu bölümde, bir modern doğal hukuk teorisi özelinde hukukun işlevinin hukuki geçerliliğe bakan yönü tartışılacaktır. Bu tartışma, "Hukukun işlevi şudur!" gibi bir önermenin yapay olgu teorisi bağlamında ne ölçüde "bu işlevi gör(e)meyen hukuk değildir" anlamına geleceği sorusuyla ilgilidir.

İlk bakışta Hart'ın yukarıdaki alıntıda ifade ettiği hukukun işlevi tanımına birebir uyar görünse de, Lon L. Fuller'ın hukukun işlevi tanımı "*insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma işi*" (Fuller, 2016: 118) şeklindeki hukuk tanımına *içkin olması yönüyle* ayrılmaktadır. Bahsettiği bu işe dair kuralları, ya da ünlü sekiz ilkesini, "*bir marangozun inşa ettiği evin ayakta kalması*"na dair kurallara, yani pratik kurallara benzetmektedir (Ibid). Elbette, bu pratikliğin yöneldiği gaye de "*insan davranışlarını kuralların yönetimine tabi kılma işi*"dir. Hukukun *iç ahlakı*, her ne kadar aynı zamanda birer etik standart da olsalar (Himma, 2019), hukukun işlevini yerine getirebilmesinin maddi ve pratik koşullarıdır.

Fuller'ın bu anlayışını, Jonathan Crowe yapay olgu teorisi ışığında incelemektedir. Onun "*niyet-kabul teorisi*"ne göre, bir şeyin hukuk olarak kabul edilebilmesi için, şu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir: "*ilgili sosyal grubun hukukun karakteristik işlevi ve diğer önemli özelliklerini içeren bir hukuk kavramına sahip olması ve ilgili "şey" in kolektif olarak bu kavramla örtüştüğünün kabul edilmesi*" (Crowe, 2014: 750-1). Crowe'a göre, burada işlevin önemi toplumsal olarak neyin hukuk olduğunun belirlenmesi noktasında ve neyin iyi ve kötü bir (hukuk) örneği olduğu bakımından kriter oluşturmasından gelmektedir (751). Kişilerin davranışlarını belirlerken bir rehber olarak kabul ettiği (dolayısıyla işlevini daha iyi yerine getiren) hukuk, bunu başaramayan hukuktan daha iyi bir hukuktur. Yine, anlaşılamayan veya çelişen yükümlükler getiren düzenlemelerdeki gibi, bu başarısızlığın ilgili işlevi tümüyle görememe anlamına geldiği haller söz konusu olabilir. Crowe'un burada Fuller'i akladığını ifade ettiği çıkarımı şudur: Fuller'ın ifade ettiği üzere, bu prosedürel şartları yerine getiremeyip davranışlara kılavuzluk etme işlevinde başarısız olan hukuk, hukuk değildir (752-3).

Tartışmanın bu noktada işlevini göremeyen yapay olguların hangi noktada türün bir üyesi olmaktan çıkacağına dair tartışmaya yaklaştığı söylenebilir (Bkz. Preston, 2018). Bununla birlikte, tartışmayı hukukun bir yapay olgu olarak doğasıyla paralel olarak yürüten geleneksel teori doğal hukuk teorisi olarak görünmektedir. Yapay olgu teorisi göz önüne alındığında, bir şeyin ne olduğuyla ne olması gerektiği arasındaki pozitivist ayrım (Hart, 1957: 596), aslında o şeyin ne olduğuyla ilgili mevzuları da dışarıda bırakıyor görünmektedir. Keza yapay olguların ontolojik varlığı onların kullanımıyla kurulmakta ve yapay olgular yalnızca formdan oluşmamaktadır (Crowe, 2014: 751). Bu sonucun olası bir yeni *hukuki geçerlilik teorisi* bakımından dahi sonuçları olabilir. Doğal hukuk teorisinin gerek geleneksel gerekse modern formunda artısı, hukukun işlevi unsurunu hukuk tanımına *içkin* kılmış

olması ve sonuç olarak bu teori altında hukukun doğasının analizinin işlevinin analizini zorunlu kılmasıdır.

Bu noktada, doğal hukuk teorisinin de yapay olgu teorileriyle ayrıştığı bir noktadan bahsedilebilir. Aşağıda da belirtileceği üzere, doğal hukuk teorileri işlev ve niyetlilik teorik unsurlarına her ne kadar hukukun doğasının tespiti bakımından yer verse de, bu unsurların içeriğinin sosyolojik bir inceleme sonucu değil, insanın doğası ve içinde yaşadığımız evrenin yapısı hakkında bazı felsefi varsayımlardan hareketle dolduruluyor olmasıdır. Tuzet'in hukuk sosyolojisi bakımından (Tuzet, 2018: 233) ve Burazin'in de "deneysel felsefe" bakımından çağrısı (Burazin, 2016: 387) aynı doğrultuda değerlendirilebilir. Hukukun işlevi veya hukuka dair kolektif niyetlilik yapay olgu teorileri bağlamında sosyal olgular olarak görülmektedir. Bunun analitik hukuk felsefesi ve özelden de doğal hukuk teorisi bakımından anlamı "Sonuç" bölümünde tartışılacak olmakla birlikte, sonraki bölümde yapay olguların ontolojisine dair bir başka temel unsur, kolektif niyetlilik incelenecektir.

### c. Niyetlilik ve İçeriden Bakış Açısı

Yapay olgu teorilerinin yapay olguların doğasına dair açıklamalarında bireysel veya kolektif *niyetlilik* kavramına merkezi önem atfettiğini söylemiştik. Hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisinin hukuku oluşturan veya hukuku sürdüren türden bir niyetliliğe karşı esnekliği, bu teorilerin hukuku bir yapay olgu olarak analizlerinin başarısı noktasında bir fikir verebilir.

Hukukun normatifliği olgusunu teorisine içerden bakış açısı aracılığıyla uyarlaması Hart'ın en büyük başarılarından görülmektedir (Coleman ve Leiter, 2010). İlk keredede resmi görevlilerin hukuku "kabul etmeleri" ve bunu hukukun kapsamındaki davranışların değerlendirilmesinde kullanmaları, hukukun sebep-verici ve normatiflik özelliklerini (toplum bazında değil, yalnızca görevliler bazında da olsa) açıklamaktadır. Bu anlamda kabule ilişkin motivasyon çok farklı kaynaklardan gelebilir. Hart bu motivasyonun türünü açıklamaya özellikle girişmemiştir. Yapay olgu teorileriyle hukuki pozitivizmin uyarlığını varsayan yeni tarihli makalesinde Burazin, yapay olgu teorileri bakımından Hart'ın bu minimalist yaklaşımının yerindeliğini savunur görünmektedir. Kolektif kabulün içeriğine dair Searle'ün bunun severek kabulden nefret edip yapacak bir şeyi olmadığından kabullenmeye varan bir skalada gerçekleşebileceğine dair görüşlerine atıfta bulunarak, kolektif tanımanın zorunlu olarak ahlaki kabulü gerektirmediğinin altını çizmektedir (Burazin, 2018: 115).

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, burada Searle'ün yapmaya çalıştığı bu türden bir kabulün ilgili kurumsal olgunun *kurulması* için yeterli olduğunu ifade etmektedir. Birer yapay olgu olduklarından, tek tek kurumsal olgular kurulduktan sonra doğalarının açıklanması için kolektif kabulün içeriğinin, yani kolektif niyetliliğin analizi gerekmektedir, ki yapay olgular da zaten bunlardan müteşekkildir. Dolayısıyla burada yapılan, kurumsal olguların kurulmasına dair genel kuralların hukuk bakımından da geçerli olduğunun ifade edilmesinden ibarettir.

Doğal hukuk teorisininse, kolektif niyetlilik paralelinde, her ne kadar sosyolojik olmasa da, bir maddi teorisinin olduğu ve bunun kabulün içeriğine uygulanabilir olduğu söylenebilir. Teorinin merkezi önem verdiği *pratik rasyonellik* kavramı, insanların davranışları için temel sebeplerin belirli temel metalar ("*goods*") olduğunu, bu metaların temelini insan doğası ve ihtiyaçlarından aldığını ve bu metaların nasıl izlenmesi gerektiğine dair belirli ilkelerin mevcut olduğunu ifade eder (Murphy, 2006: 4). Hukukun varlık koşullarıyla pratik rasyonellik yakından ilişkili görünmektedir, çünkü doğal hukuk teorisinin, en azından "*güçlü*" okumasına göre, "*hukuk, uyulmak için belirleyici / kesin sebepler tarafından temellendirilendir*" ya da ancak uyulma bakımından belirleyici sebeplerle temellendirilmiş olan hukuktur (11) tezine için "*belirleyici sebepler*" *pratik rasyonellik* tarafından şekillenmektedir.

Burada doğal hukuk tezinin, analitik hukuk felsefesi geleneğine uygun şekilde, sosyolojik yaklaşımdan nasıl farklılaştığını görmek, kolektif niyetlilik ile pratik rasyonellik kavramı arasındaki bağlantıyı görmek adına yardımcı olabilir. Bahsedildiği üzere, doğal hukuk teorisinin temelleri, insan doğası ve ihtiyaçlarına ilişkin belirli varsayımlara dayanmaktadır, pratik rasyonellik de bu ihtiyaçlarla bağlantılı olarak belirli ilkeler özelinde somutlaşmaktadır. Yapay olgu teorisince ortaya konan resmi incelediğimizde, değişken ve toplumun kavramlarına bağlı olarak oluşan kurumsal olguların doğasının tespiti için sosyolojik bir inceleme gerekeceği söylenebilir. Belli bir toplumda, hukukun hangi işlevi gördüğü, hangi içerikteki kolektif niyetlerle kurulup sürdürüldüğü o toplumda, yapay olgularda mümkün olduğu kadarıyla, bizleri "*hukukun doğası*"na götürecektir. Analitik hukuk felsefesi geleneği ise, bunu ulusları aşan bir nitelikte ele alıp, belirli ölçüde – en azından *modern* hukuk sistemlerine – genellenebilir sonuçlara ulaşmaya çalışmaktadır. Doğal hukuk teorisi özelinde bu genellenebilir ve felsefi yaklaşımın kurumsal olgulara dair kolektif niyetliliğin içeriğini karşılayan kavramsa temel metalarla bağlantılı (kolektif) pratik rasyonellik olmuştur.

Bu içeriğin açıklanmasına dair farklı doğal hukuk teorileri farklı yaklaşımlar sergilemişse de, bu normatif bir tez değil, insan doğasına dair bir deskriptif tez

şeklinde somutlaşmıştır. Kolektif niyetliliğin anlaşılma tarzını yapay olgu teorilerindeki paralel şekilde yorumlamak her ne kadar güçlükler oluştursa da Finnis'in Aquinas'cı teorisi bu yönde bir örnek olarak verilebilir. Finnis'e göre "ortak çıkar", "bir kişinin pratik akıl yürütmesinde o kişinin diğer kişilerle işbirliği yapması yönünde mantıklı görünen ya da bir sebep oluşturan faktör ya da faktörlerdir – ya da bu diğer kişilerin bu kişi ve kendi aralarında işbirliği yapması yönünden" (Finnis, 2011: 154). Aynı yerde, bilgi, arkadaşlık ve estetik deneyim gibi temel metaların her birinin "sınırsız sayıda kişinin sınırsız sayıda farklı şekilde katılabileceği" birer "ortak çıkar" olduklarını belirttikten sonra, Finnis ortak çıkara dair benzeri bir tanım daha sunuyor: *ortak çıkar*, "bir toplumun üyelerinin kendileri için akla uygun amaçlara ulaşabilmelerini ya da uğruna toplumla karşılıklı işbirliğine girme sebepleri olan değerleri kendileri adına ve akla uygun şekilde gerçekleştirebilmelerini sağlayan koşullar bütünüdür" (155).

Finnis, bu koşullar ve "*hukukun tanımı*" arasında da bir bağlantı kurmaktadır. Hukuki pozitivizmin öngördüğü hukuk tanımından farklı olarak, Finnis hukukun akla uygun şekilde bir toplumun ortak çıkarı amacıyla koordinasyon problemlerinin çözümlenmesine yöneldiğini ifade etmektedir (276). Ona göre, "*farklı yönleri olan bu hukuk tanımı, pratik aklın belli gereklerinin uygulamasının, belli temel değerlerle kişiler ve toplumlarının belli ampirik özellikleri ışığında incelenmesiyle oluşturulmuştur. Buradaki amaç hukukun bir sözlük tanımını vermek olmasa da, tanım hukuk'un genel kullanımıyla ve bunun diğer dillerdeki karşılığıyla iyi bir şekilde uyumdadır. Yine amaç varolan bir sosyal düzenin tanımlanması olmasa da, tanım birçok hukukun asli (central) örneği olarak kabul edilen mevcut sosyal fenomenle örtüşmektedir*" (277).

Altı çizili ifadeler göstermektedir ki, Finnis'in teorisinde toplumsal kabulün içeriğiyle hukuk sisteminin kurucu özellikleri arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Her tek kişinin pratik akıl yürütmesi ortak çıkarın ilerletilmesini destekler ve hukukun varlığı da buna bağlı olarak gelişir. Dolayısıyla hukukun varlığına dair kolektif niyetlilik doğrudan pratik akıl, ya da Murphy'nin tabiriyle *pratik rasyonellikle* şekillenmekte, buna dair içeriği de kitap boyunca farklı yönleri sunulan "*ortak çıkar*" kavramı oluşturmaktadır. Böylece, doğal hukuk teorisi kolektif kabulün içeriğine dair bir analiz sunmuş olmaktadır.

Dikkat edildiğinde, hukuka dair yaklaşımın her durumda doğal hukuk teorisinin öngördüğü şekilde gerçekleşmemesi, misalen onun kabulünün kimilerince, hatta birçok kişi tarafından yalnızca başka seçeneklerinin olmamasına dayalı olması sonucu değiştirmemektedir. Finnis'in *focal meaning* (merkez anlamı) derken ifade etmek istediği de budur (Ibid). Örneğin, diğer bir kurumsal olgu olan paranın

kurucu kuralına dair kabul kimilerince ülkede başka bir değişim aracının yaygın olarak kullanılamaması olgusuna dayansa da, bu durum paranın doğasına dair incelemenin ona dair kolektif niyetliliğin içeriğinden bağımsız olarak, paranın – ne tür kağıt ve mürekkebin kullanıldığı gibi – maddi unsurları üzerinden gerçekleşmesini gerektirmemektedir, ki bu tür bir inceleme eksik ve yetersiz olacaktır. Burada muhtemelen kafa karıştıran, “*hukuk sistemi*”nin doğal fenomenler misali oldukça karmaşık bir yapıya sahip olup açıklamaya ihtiyaç duyması ve doğal hukukçuların bu kurumsal yapıya dair genellikle suskun kalmalarıdır. Bu karmaşık kurumsal yapıyı yetkinlikle açıklayan hukuki pozitivizm, yapay olguların doğasına özgü olan bu *farklı niyetler ve fonksiyonlara yatkinliğe* odaklanarak hukukun doğasına dair temel hususları açıklamaya muhtaç bırakmış görünmektedir.

## VI. SONUÇ

Kanımızca *sosyolojik / felsefi anlayış* ayrımı bizi nihayetinde *analitik / normatif hukuk felsefesi* ayrımına götürmektedir. Yapay olgu teorileri ele alındığında, gerçekten de doğal hukuk teorilerinin felsefi yaklaşımı ona yöneltilen normatiflik eleştirisini bir yönüyle haklı kılar görünebilir. Belki de, doğal hukuk teorisi aslında hukukun işlevi ve kolektif niyetlilik bakımından *olması gerekeni* sanki *olana* ilişkinmiş gibi ifade ediyordur. Sonuçta, doğal hukuk teorisi olana dair insanın doğasından yola çıkarak çıkarımlarda bulunmakta, deneysel felsefe metotlarına başvurmamaktadır.

Esasen bu eleştiri, doğal hukuk felsefesine değil, hukuki pozitivizmi de içine alır şekilde *kavramsal analiz yöntemine* yöneltilmiş bir eleştiridir. Frank Jackson, natüralist metodolojiye karşı yaptığı kavramsal analiz savunmasında bu eleştiriye karşılama çalışmıştır. Jackson, kelle avcılarının (*bounty hunters*) ellerindeki robot resmi değil, onun temsil ettiği kişiyi aramakla beraber, bu çizimdeki özelliklerden yola çıkmadan ilgili kişiye ulaşamayacakları örneğini vermiş ve aynen böyle de, metafizik üzerinde çalışanların, “*K’lar mevcut mudur? K’lar J’lerden herhangi bir niteliği itibarıyla ayrılmakta mıdır? K yolu dünyanın tümüyle kendisine göre belirlendiği yol mudur? Gibi sorular bakımından neyin bir “K” veya “J” olduğuna dair bir anlayışları olmaksızın mesafe katedemeyeceklerini*” ifade etmiştir (Jackson, 1998: 30-1). Dolayısıyla, ilgili analiz konusuna dair kişisel ya da kolektif olabilecek önsezi (*intuition*) ve bunun tespiti, konuya dair bilimsel incelemeleri öncelemektedir (31-2).

Önsezilerin ve teorisyenlerin bu noktadaki rolüne dair literatürde tartışmalar olsa da (Weinberg, Gonnerman, Buckner ve Alexander, 2010: 331-355) çalışmamız bakımından çıkarılacak sonucu etkilememektedir. Geleneksel anlamda “*koltuk filozofluğu*” ampirik metodoloji lehine tümüyle ortadan kalkmadığı müddetçe, doğal

hukuk teorisine yöneltilebileceğini öngördüğümüz “olması gerekene dair olma” eleştirisinin yapay olgu teorilerince güçlendirilmiş versiyonu da savuşturulabilir görülmektedir. Tıpkı hukuki pozitivizm gibi, doğal hukuk teorisi de “bilimsel inceleme öncesi”nde araştırma konusunun ortaya konması şeklinde ortaya çıkmaktadır ve bu ihtimalin, deneysel metodun konusu olması zorunlu belirli unsurlara ilişkin olarak değil de, tümüyle reddi kavramsal analizin reddi anlamına gelmektedir. Hukuku ontolojik anlamda bir sosyal olgu olarak kabul ettiği sürece, doğal hukuk teorisi işlev ve niyetliliğe hukukun doğasını açıklama noktasında verdiği yer bakımından hukuku bir yapay olgu olarak açıklamaya daha yatkın görünmektedir. Hukuki pozitivizmin bu bakımdan elverişli hale gelebilmesi zor görünmektedir. Keza, farklı tür yaklaşımları bünyesinde eritebilen doğal hukuk teorisinin aksine, hukuki pozitivizm hukukun yapısal yönü ve hukuki geçerliliğe odaklanmış olduğundan, fonksiyon ve niyetlilik unsurları teoriye eklenilebilse bile, temel varsayım ve argümanlardan ayrıksı bir hal almaktadırlar.

#### Kaynakça

- Baker, L. R. (1997). Why constitution is not identity. *The Journal of Philosophy*, 94(12), 599-621.
- Banas, P., Dyrda, A. ve Gizbert-Studnicki, T. (eds) (2019). *Metaphilosophy of Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Bix, B. Natural Law. Patterson, D. (ed) (2010). “A Companion” içinde.
- Burazin, L. (2016). Can there be an artifact theory of law?. *Ratio Juris*, 29(3), 385-401.
- Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts. Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde, s. 112-135.
- Crowe, J. (2014). Law as an artifact kind. *Monash ULL Rev.*, 40, 737.
- Coleman, J. ve Leiter, B. Legal Positivism. Patterson, D. (ed) (2010). “A Companion” içinde.
- Dipert, R. R. (1993). *Artefacts, Art Works and Agency*, Philadelphia: Temple University Press.
- Ehrenberg K. M. Ontology and Reason Giving in Law. Banas, P., Dyrda, A. ve Gizbert-Studnicki, T. (eds) (2019) içinde.
- (2009). Defending the possibility of a neutral functional theory of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(1), 91-113.



- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, New York: Oxford University Press.
- Fuller, L. L. (2016). *Hukukun Ahlakı*, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- Grandy, R. E. Artifacts: Parts and Principles. Margolis, E. ve Laurence, S. (eds) (2007) içinde.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, (2. Bs.), New York: Oxford University Press, New York.
- (1957). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harv. L. Rev.*, 71, 593-629.
- Hilpinen, R. (1993). Authors and artifacts. *Proceedings of the Aristotelian Society* (Vol. 93, pp. 155-178). Aristotelian Society, Wiley.
- Himma, K.E. Law, Coercion and Keeping the Peace. Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde, s. 141.
- Natural Law. Internet Encyclopedia of Philosophy, URL: <<https://www.iep.utm.edu/natlaw/>>, erişim 18 Haziran 2019
- Jackson, F. (1998). *From metaphysics to ethics: A defence of conceptual analysis*, New York: Oxford University Press.
- Kornblith, H. (1980). Referring to artifacts. *The Philosophical Review*, 89(1), 109-114.
- Leiter, B. Legal Positivism about the Artifact Law: A Retrospective Assessment Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde.
- The demarcation problem in jurisprudence: A new case for skepticism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 663-677.
- Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence. *The American Journal of Jurisprudence*, 48(1), 17-51.
- Marmor, A. (2018). What's left of general jurisprudence? On law's ontology and content. *Jurisprudence*, 10(2), 151-70.
- Margolis, E. ve Laurence, S. (eds) (2007). *Creations of the mind: Theories of artifacts and their representation*, New York: Oxford University Press.
- Meijers, A., Gabbay, D. M., Thagard, P. ve Woods, J. (2009). *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, North Holland: Elsevier BV.
- Millikan, R. G. (1984). *Language, thought, and other biological categories: New foundations for realism*, Cambridge: MIT press.

- Murphy, M. C. (2006). *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, (2. Bs.), New York: Cambridge University Press.
- Patterson, D. (ed) (2010). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, West Sussex: Wiley-Blackwell.
- Can We Please Stop Doing This? By The Way, Postema Was Right. Banas, P., Dyrda, A. ve Gizbert-Studnicki, T. (eds) (2019) içinde.
- Preston, B. Artifact, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, URL: <<https://plato.stanford.edu/entries/artifact/>> , erişim 10 Haziran 2019.
- Raz, J. (2011). *The Authority of Law*, (2. Bs.), New York: Oxford University Press.
- *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*, New York: Oxford University Press.
- Roversi, C. On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions. Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde.
- Schauer, F. Hart as Antiessentialist. D’Almeida, L. D., Edwards, J. ve Dolcetti, A. (eds) (2013). *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing içinde, sf. 241-244.
- Law as a Malleable Artefact. Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde, sf. 29-43.
- Searle, J. R. (2005). *Toplumsal Gerçekliğin İnşası*, İstanbul: Litera Yayıncılık.
- Simmonds, N. (2007). *Law as a Moral Idea*, New York: Oxford University Press.
- Thomasson, A. L. Artifacts and Human Concepts. Margolis, E. ve Laurence, S. (eds) (2007) içinde.
- Artifacts in Metaphysics. Meijers, A., Gabbay, D. M., Thagard, P. ve Woods, J. (eds) (2009) içinde, sf. 191-212.
- (2003). Realism and human kinds. *Philosophy and phenomenological research*, 67(3), 580-609.
- Tuzet, G. A Strange Kind of Artefact. Burazin, L., Himma, K.E. ve Roversi, C. (eds) (2018) içinde.
- Weinberg, J. M., Gonnerman, C., Buckner, C., ve Alexander, J. (2010). Are philosophers expert intuiters?. *Philosophical Psychology*, 23(3), 331-355.