

Gülriiz UYGUR*

Hukukta normların bir türü olarak ilkeler yer almakta ve bilinen ifadeyle hukukun genel ilkeleri olarak adlandırılmaktadırlar. Yukarıdaki başlıktan hareket edilince, nötrlük ilkesi de bu ilkeler arasında sayılabilir. Diğer yandan, yukarıdaki başlığın "ilkelerin nötr olmasıyla" ilgili olduğu da belirtilebilir. Bu durumda, "nötr ilkelerden söz edilebilir mi?" gibi bir soru akla gelebilir. Bu soruyu sordurmanın veya akla getirmenin birkaç nedeni olabilir. Örneğin, ilkelerin özelliklerinden hareket edilerek nötr bir ilke olamayacağı belirtilebilir. Bu iddiada haklılık payı olabilir. Zira ilkeler, içerikleriyle beraber ön plana çıkmakta ve değerler, çıkarılar veya yararları açıklayan standartlar olarak değerlendirilmektedirler. Bu açıdan bakınca ve nötrlükten de belirli bir şey anlaşılınca, yani değerden bağımsız olmak olarak nötrlük ele alınca, nötr ilke olamaz şeklinde bir düşüncüyü savunmak mümkündür. Ancak bu tür bir düşünceye değerden bağımsız olduğu öne sürülen (tarafsızlık, tutarlılık gibi) ilkelerin var olduğuyla karşı çıkılabileceği gibi, nötrlüğün anlamından hareket edilerek de karşı çıkılabılır. Zira nötrlüğün birden fazla anlaşılış şekli mevcuttur.

Başlıkla ilgili olarak üzerinde durulacak ikinci husus nötr ilkeler ve hukuk arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Bu ilişkide ise anahtar rolü oynayacak olan temel soru, çıkarı, amacı, planı farklı olan insanların bir toplumda hukuk vasıtasıyla nasıl birleştiğidir. Esasen bu soruyu Ronald Dworkin sormakta ve bu tür birleşmeyle ilgili dostluk terimine yer vermektedir¹. Ancak bu soruyu nötrlük temelinde sorarken oldukça dikkatli olmak gerekir. Zira, bu sorunun başlıca cevabını nötrlük oluşturmamaktadır. Daha çok nötrlük bu soruya verilecek cevapla ilişkili, onun bir uzantısı veya tamamlayıcısı olan bir unsur olarak düşünülmelidir. Çünkü nötrlük, birçok düşünürün görüşünde olduğu gibi, kendi başına bir değer olmayıp, en fazla araçsal bir niteliktedir. Ayrıca bu soru ve nötrlük arasındaki ilişki de, nötrlüğün çoğulculukla olan ilişkisinden dolayıdır. Öte yandan nötr ilkeler ve hukuk arasındaki ilişki kurmanın tek yolu, belirtilen sorudan hareket etmek değildir. Nötrlüğe verilecek anlam çerçevesinde bu ilişki, çok farklı şekillerde kurulabilir. Burada üzerinde durulacak ikinci ilişki türü ise, hukuk uygulaması bakımındandır. Ancak bu ilişki kurma biçimleri nötrlüğe verilecek anlama bağlı olduğu için öncelikle nötrlüğün

ve bununla ilişkili olarak da nötr ilkelerin anlamını belirlemek gerekmektedir.

İGENEL OLARAK NÖTRLÜK

Nötrlük, değerden bağımsız olmak olarak tanımlanmaktadır. Bu tür bir nötrlük tanımı, gerçekte, doğa bilimleriyle ve doğruya ulaşmaya ilişkin objektif bir metot bulma düşünceleriyle yakından ilgilidir. Esasen burada belirli bir bilgi anlayışı göz konusu olup, bilimsel araştırmalarda nötrlüğün doğru olana götüreceği düşünülmektedir. Bu tür bilgi anlayışı, olgu-değer ayırımına dayanmakta, bilginin tek bir kaynaktan türetilmediğini ileri sürmektedir. Bu tür anlayışa dayalı bir yaklaşım örneği olarak da klasik hukuki pozitivizmi belirtmek mümkündür.

Hukuki pozitivizm, mevcut hukuka ilişkin yaklaşımında, belirli anlamdaki bir bilimsel yaklaşımı yani değerden bağımsız olmayı benimsemektedir. Bunun bir gereği olarak da, olan hukuk-ideal hukuk veya olgu olarak hukuk ile ideal olarak hukuk arasında ayırım yapılması gerektiği savunulmaktadır².

Pozitivizmin nötrlük tezi, hukuka dair değerden bağımsız olmayı, yani hukuki geçerlilik yargılarının ahlaki değerlendirmelerden ayrılmasını gerektirmektedir. Hukuki pozitivizm bakımından nötrlük tezi, hukuki pozitivizm ile analitik felsefenin birbiriyle uyumunu yansıtmaktadır. Nötrlük ilkesinin dayanak noktası, mantıki bir bakış açısıyla olgu ifadelerinden değer

yargılarının türetilmesini yasaklayan, olan ve olması gereken arasındaki ayırımıda yer almaktadır. Bu bakış açısı, hukuki bilim teorisi olarak, hangi şartlar altında hukuki bilginin türetilceğini belirtmektedir³.

Nötrlük tezinin yansımaları, kendisini hukuki pozitivizmin temel tezlerinden biri olan ayırma tezinde göstermektedir. Bu tez gereğince, hukuk ve ahlak ayırımı söz konusu olup, hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiği birbirine karşıtılmamalıdır. Pozitivizmin ayırma tezi, hukukun tanımında ve hukuka ilişkin kavramsal ve teorik incelemede hukuk hakkında değer yargılarına yer vermeyi yasaklamaktadır.

Bu anlamda nötrlük tezinin, iki temel gereklilikle haklı gösterildiği belirtilebilir. İlki olgu-değer ayırımı, ikincisi ise hukuk değerlendirmesinin hukukun tasvirinden ayrılmasıyla ilgilidir⁴. Pozitivizmin nötrlük tezi, her türlü değer yargısının, dini, politik, ahlaki dışarda bırakılması, hukukun sadece tasviri olarak incelenmesiyle ilgilidir. Bu ilke, empirist bilim anlayışıyla ilişkilendirilmektedir⁵.

Öte yandan çağdaş pozitivizmdeki gelişmelerle, nötrlük tezinin anlamı da sorgulanmaktadır. Örneğin günümüzde bazı pozitivistler, hukuk ve ahlak arasında rastlantısal ilişki kurulabileceğini kabul etmektedirler. Yine nötrlük teziyle ilgili hukuki pozitivizmin temel kavramlarından biri olan hukuki geçerliliğin de anlamı, anayasal devletler bakımından değişmektedir. Nötrlüğün

(*) Doç.Dr., A.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986, s.413.

(2) Giorgio Pino, "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", *Law and Philosophy* 18, 1999, s.518.

(3) Pino, a.g.e., s.523.

(4) Pino, a.g.e., s.535.

(5) Vittoria Villa, "Legal Theory and Value Judgments", *Law and Philosophy* 16, 1997, s.449.

gereği olarak hukuki geçerlilik, bir hukuk kuralının çıkarılma sürecine, şekli-prosedürel sürece dair olmalıdır. Ancak anayasal devletlerle birlikte anayasalardaki hukuki geçerlilik kriteri sadece şekli değil, maddi kriter biçiminde de düzenlenmektedir. Örneğin temel hakları korumak gibi⁶.

Pozitivizmin ayırma tezinin anlamı da bu gelişmelere göre değişmektedir. Esasen ayırma tezinin güçlü ve daha zayıf anlamları arasında ayırım yapılabilir. Güçlü anlamında ayırım yapılabilir. Güçlü anlamında bu tez, değer ve değer yargılarına yer vermemektedir. Daha zayıf anlamında ise değer ve değer yargılarının bazen göz önüne alınacağını belirtir⁷. Buna göre de pozitivizmin farklı türleri arasında da katı ve esnek hukuki pozitivistler olarak ayırım yapılabilir. Esnek hukuki pozitivistler, kısaca, hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlakiliğe yer verilebileceğini kabul eden pozitivistler olarak tanımlanabilir.

Bilgi alanında, monist bilgi anlayışı yanında farklı bilgi teorilerinin ortaya çıkmasıyla beraber de nötrlüğün temelini oluşturan olgu-değer ayırımına karşı çıkmaya başlanmıştır. Örneğin konstruktif bir yaklaşım çerçevesinde, bilginin keşfedilmediği oluşturulduğu, olgunun değerden veya düşünceden ayrılmayacağı, tüm bilginin tarihsel olarak şartlandırıldığı belirtilmektedir⁸.

Böylece günümüzde değerden bağımsız olmak anlamında nötrlüğün oldukça problemli olduğu belirtilebilir. Öte yandan nötrlük tartışmasının ge-

nellikle liberalizm çerçevesinde yapıldığı ve bu anlamda nötr devlet, nötr hukuktan söz edildiği görülmektedir.

Esasen belirli bir anlamdaki değerden bağımsız olmakla ve bununla ilişkili pozitivist hukukla, liberalizmin nötr hukukunun benzeştiği veya birbirini desteklediği ileri sürülebilir. Ancak bunun için liberal nötrlüğün, hangi bakımdan arandığına ve mutlak olup olmadığına bakmak gerekir.

Bilindiği gibi liberalizm, özgürlük ve özerklik düşünceleriyle ön plana çıkmaktadır. Klasik liberal düşüncenin kamusal alan-özel alan ayrımı çerçevesinde oluşturulan hukuk, bireylerin kendi çıkarlarını izleyecekleri nötr bir çerçeve sağlamaktadır. En basit tanımıyla özel alan bireysel alan, kamusal alan ise sosyal düzenleme, kamusal çıkarın yer aldığı alandır. Bu ayrımla, devletin müdahalesinin olmaması ve özgürlüğün, özerkliğin sağlanması amaçlanmaktadır⁹.

Çoğulculukla ilgili modern liberal politikaların ortak özelliği, devletin ve onun kurallarının bireylerin sahip olduğu farklı iyi anlayışları karşısında nötr olması gerekliliğini savunmalarıdır. Nötrlük ilkesinin de liberalizmi diğer siyasal teorilerden ayırt ettiği ileri sürülmektedir. Bir liberal, başkalarının kendi yaşamlarına ilişkin iyi değerli olana dair özerk seçimlerine saygı göstermeli ve tarafsız kalmalıdır. Bunun anlamı, bir liberalin, iyiyi subjektif olarak değerlendirmesi değildir. Bunun anlamı, rızaları olmaksızın özerk kişi-

lere yükler veya zorlamalar getiren hiçbir iyi anlayışının liberalizmle tutarlı olmadığıdır¹⁰.

Böylece, liberal nötr hukukun, belirli bir iyi anlayışına dayanmayan, onun lehine veya aleyhine düzenleme yapmayan hukuk olduğu belirtilebilir. Bu durumda bir hukukun veya hukuk kuralının nötr olup olmadığını belirlemek için içeriğine bakmak gerekmektedir. Dolayısıyla, burada pozitivist anlamdaki nötr hukuktan farklı bir anlayışın olduğu belirtilebilir. Pozitivizmde nötrlük, prosedüre ilgili aranmakta, hukuki geçerlilik kriterinin nötr olması istenmektedir. Bunun anlamı, diğer hukuk kuralları nötr olmayabilir veya olabilir. Bir pozitivist, hukuk kurallarının içeriğiyle ilgilenmemektedir. Diğer yandan belirli bir iyi anlayışına dayanmayan hukuki geçerlilik kriterinin liberallerce kabul göreceği de belirtilebilir.

Burada belirtilmesi gereken nokta, liberal nötrlüğün, değerden bağımsızlık anlamına gelip gelmediğiyle ilgilidir. İlk olarak, belirli bir iyi anlayışına dayanmama veya aleyhine ya da lehine düzenleme yapmanın anlamının zorunlu olarak değerden bağımsız olma anlamına gelmediği belirtilebilir. İkinci olarak, değerden bağımsız olma anlamında nötrlüğün liberalizmin kendi içinde çatışmalara yol açabileceği veya liberalizmin diğer ilkelerine aykırı olarak çağdaş siyasal liberalizmdaki iki

temel öncülden söz edilebilir: a. Devlet ve hukuku, toplumdaki farklı ve hatta birbiriyle çatışan ahlaki iyi anlayışları karşısında nötr olmalıdır. b. Devletin zorlayıcılığı kullanmasının sınırları zarar verme ilkesiyle belirlenmelidir¹¹. Şayet nötr olma, tamamıyla değerden bağımsız olarak ele alınırsa, ikinci öncülü açıklamak mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla liberal nötrlüğün, bu iki gerekliliğe birden yer verecek şekilde formüle edilmesi gerekir.

Bu doğrultuda Robert Audi, nötrlüğün iki boyutu olduğunu, ilkinin devletin veya hukukun herhangi bir belirli kapsayıcı doktrin lehinde olmamasını, ikincisinin de başkalarına zarar veren davranışları yasaklamak gibi sınırlanmış nötrlüğü gerektirdiğini belirtmektedir¹². Nötrlüğün bu boyutu, iyi anlayışlarına ilişkin sınırlamalar yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda, nötrlüğün anlamının, değerden bağımsızlık olmadığı belirtilebilir. Örneğin, adalet ve özgürlük liberal devlet için önemli değerlerdir. Liberal devlet, bu tür değerler karşısında nötr olmaz¹³. Devletin bu değerler karşısında nötr olmaması da, beraberinde belirli bir yaşam tarzını ve iyi anlayışını desteklemesini de getirmektedir.

Diğer yandan hukukun tümüyle nötr olmasından da söz etmek mümkün değildir. Anayasada benimsenen değerler, hukuk kurallarında yer verilen seçimler, nötrlüğün mümkün olmadığı-

(6) Pino, a.g.e., s.534.

(7) Villa, a.g.e., s.458.

(8) Deborah J. Gallagher, "Neutrality as a Moral Standpoint, Conceptual Confusion and the Full Inclusion Debate", *Disability&Society*, Vol. 16, 2001, s.642.

(9) Gary Peller, "Neutral Principles in the 1950's", *Mich.J.L. Reform*, 1987-1988, s.577.

(10) Lorry Alexander-Mainmon Schwarzschild, "Liberalism, Neutrality, and Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, Vol.16, 1987, s.85.

(11) Wojciech Sadurski, "Joseph Raz on Liberal Neutrality", *Oxford J. Legal Studies*, 1990, s.122.

(12) Robert Audi, "Moral Foundations of Liberal Democracy, Secular Reasons, and Liberal Neutrality Toward the Good", *Notre Dame Journal of Law*, vol. 19, 2005, s. 204.

(13) Audi, a.g.e., s.210.

nı göstermektedir. Feminist literatürde pek sık belirtildiği gibi, en başta devlet evlenmeyi düzenlemekle nötr olmadığını göstermektedir¹⁴. Örneğin evlenmenin farklı cinsler arasında yapılmasına ilişkin düzenleme, devletin nötr olmadığını gösterir. Devlet, aynı cinsler arasında evlenmeyi düzenlese bile nötr değildir. Örneğin tek eşliliği benimsemekle, diğer iyi anlayışları karşısında nötr olmadığını göstermektedir. Zira devlet diğer düzenlemelere karşı, bu tür evliliği ayrıcalıklandırmakta ve desteklemektedir¹⁵.

Diğer yandan bir devlette bu tür kuralların olması da kaçınılmazdır. İnsani bir kurum olan hukukun, insan iyisinden bağımsız olması düşünülemeyeceğine göre, buna ilişkin düzenlemeler içermesi de kaçınılmazdır. Problem, bunun nasıl yapılacağıyla ilgili olup, nötrlüğün buna ne ölçüde katkıda bulunabileceği veya bunun için elverişli bir kavram olup olmadığıyla ilgilidir. Ancak bunun için nötrlüğün anlamını daha açık bir şekilde belirlemek gerekmektedir.

Değerden bağımsız olmak anlamında nötrlük kabul edilemeyeceğine göre, nötrlüğün değerlerle ilişkili anlamını belirlemek gerekmektedir. Bununla

ilgili John Rawls'un, prosedürel nötrlük ve amaçsal nötrlük ayırımına başvurulabilir. Rawls'a göre prosedürel nötrlük, prosedürü meşrulaştıran veya haklı gösteren tarafsızlık, tutarlılık gibi nötr değerlerle ilgilidir. Amaçsal nötrlük ise ahlaki değerlerle ilgilidir¹⁶.

Tarafsızlık, tutarlılık gibi değerler, herhangi bir kapsayıcı doktrine dayanmayı gerektirmeyen değerler olduğu için nötr değerlerdir. Ahlaki değerler ise problemlidir. Problem, bu değerlerin neler olduğu ve nasıl anlaşılacaklarıyla ilgilidir. Nötrlüğün kavram olarak, kendi başına bir anlamı olmayıp, başka şeylere göndermede bulunularak anlaşılması mümkün olduğundan, bu tür değerleri anlamlandırmada çok az yardımcı olabilir. Bu nedenle ancak nötrlikle birlikte düşünülen belirli değerleri, örneğin eşitlik ve tarafsızlığı belirtmek bakımından yardımcı olabilir. Diğer değerler konusunda nasıl bir tutum izleneceği ise farklı şekillerde belirtilebilir.

Günümüzde, demokratik-çoğulcu toplumlarla ilgili ortak veya paylaşılan ya da herkes tarafından kabul edilir nitelikteki değerlerden hareket edilmektedir. Bu tür değerlerle ilgili ilkeler de nötr ilkeler olarak adlandırılabilir.

(14) Feminizmin eleştiri odaklarından biri liberal nötrlük olup, devletin patriarkal yapısını maskeleyiği üzerinde durulmaktadır. Bu tür eleştirilerdeki haklılık payı Will Kymlicka'nın nötrlük tanımı çerçevesinde gösterilebilir. Kymlicka nötrlüğü müzakerede ve sonuçlarda nötrlük olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Müzakerede nötrlük, devletin siyaset yaparken iyi anlayışlarından kaçınması ve sonuçlarda nötrlük de davranışlarının-ışlemlerinin sonucu olarak belirli bir iyi anlayışa lehine davranmaması anlamına gelmektedir. Kariyer yapma ve çocuk sahibi olma örneği alınırsa, kadınlar da erkekler gibi işlerini serbestçe seçebilirler. Ancak çocuk sahibi olan kadınlar için çalışma saatleri esneme göstermez. Bu durumda kadının çocuğuna bakmasının da doğal olduğu düşünüldüğü için kadınlara yönelik adaletsizlik ortaya çıkar. Esasen burada nötrlüğe aykırı bir durum olduğu iddiasından da hareket edilebilir. Örneğin çalışma saatlerinin düzenlenmesi, toplumsal cinsiyet temeline göre dağılımına göre yapılmıştır. Yani nötrlük, toplumdaki cinsiyetçi modelin perdelenmeye çalıştığı iddiasıyla çelişmektedir. Aksine bu tür durumlar nötrlüğün olmadığını göstergesi olup, eksik hukuki düzenlemelere işaret etmektedirler (Elizabeth Brake, "Rawls and Feminism: What Should Feminists Make of Liberal Neutrality", *Journal of Moral Philosophy*, 2004, s.305-309).

(15) Brake, a.g.e., s.309.

(16) John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Ed.Erin Kelly, Harvard University Press, Cambridge 2003, s.153 n27.

dir. Nötr olmalarının da anlamı, Rawlsçu terminolojiyle herhangi bir kapsayıcı doktrine veya iyi anlayışına dayanmamalarıyla ilgilidir. Bu tür ilkeler hem oluşturulmaları hem de kendileri bakımından nötr oldukları gibi, ayrıca nötr bir perspektif sağlamaktadır. Yani bu ilkelere uygun davranma veya onlara aykırı hareket etmeme nötr davranma anlamına gelmektedir. Nötr ilkelerin diğer grubu ise nötr değerlerle ilgili olan ilkeler olup, bunlar hem herkes tarafından kabul edilir nitelikteki ahlaki değerlere götürmekte hem de bu değerlerin uygulanmasında rehberlik etmektedirler. Bu anlamda, Rawls'un belirttiği prosedürel nötrlük ve amaçsal nötrlük birçok durumda, çatışma olasılıkları yanında, iç içe olup, şekli ve maddi adaletin gerekleriyle ilişkilendirilebilirler. Bu tür ilkelerle hukuk arasındaki ilişki ise hem hukukun anlaşılması bakımından hem de uygulanması bakımından kurulabilir.

II. NÖTR HUKUK

Nötr hukuku, nötr değerlere veya ilkelere dayanan hukuk olarak tanımlamak mümkündür. Yukarıda da belirtildiği gibi, birbirinden farklı görüşleri, inançları, çıkarları, cinsiyetleri olan insanların bir arada (adil ve barışçıl bir şekilde) yaşamasını hukukun nasıl düzenleyeceğine ilişkin sorunun cevabında nötrlüğün ne derece yer aldığı sorulmaya çalışılmaktadır. Yine yukarıda belirtilenler çerçevesinde, hukukun insansal bir olgu olduğu kabul edildikten sonra insana ait iyiyi içermesi gerektiği belirtilebilir. Bu noktada nötrlük ve iyi düşüncesinin birbiri-

le bağdaşmayacağı ileri sürülse de, nötrlüğün değerlerle ilişkisi gösterilerek bu tür düşünceye karşı çıkılabilir. Önemli olan bu değerlerin nasıl belirleneceğini ortaya koyabilmektir. Bununla ilgili olarak Kantçı ahlak teorilerine ve Rawls'a bakılabilir.

Kantçı ahlak teorileri, sosyal sözleşme geleneğine aittirler. Sosyal sözleşme geleneğinin ayırt edici yanı, sosyal normların geçerliliğini bu normların uygulanacağı kişiler arasındaki olası anlaşmaya göre açıklamaya çalışmasıdır. Bu düşünce izlenerek bütün Kantçı ahlaki teoriler geçerli normları keşfetmek için ahlaki ilke veya prosedür oluşturur. Kantçı sözleşmeciliği diğer sözleşmecilerden ayırt eden şey, bu tür bir prosedürün herkes için geçerli normları seçmeyi mümkün kılmasıdır. Buna göre, ahlaki yargılarımızın objektifliği, seçim yapmamızı mümkün kılan bu tür bir prosedür veya ilkeyle (Kant'ın kategorik emperatifi, Rawls'un orijinal durumu, Habermas'ın evrenselleştirme ilkesi) ilgilidir. Prosedürü uygulamanın sonuçlarının objektif olarak geçerli olduğu varsayılmaktadır. Prosedür, hepimiz için aynı şekilde geçerli normları seçiyorsa, bizlerin de prosedüre katılması gerekir. Bütün sosyal sözleşme teorileri, adalet sorunlarının farklı insanlar arasında çıkar çatışması olduğunda ortaya çıktığını ve adalet sorunlarına rasyonel bir cevaba, bu sözleşmeden etkilenmesi olarak belirtilenler çerçevesinde, hukukun herkesin anlaşmasıyla ulaşılabileceğini kabul eder¹⁷. Ayrıca anlaşacak bütün grupların rasyonel araçlarla çatışmayı çözmeye bir çıkarı paylaşmaları ve rasyonel anlaşmaya bağlı çözümde bulun-

(17) Cristina Lafont, "Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism Be Reconciled with Kantian Constructivism?", *Ratio Juris*, Vol.17, 2004, s.29.

maları herkesin çıkarının göz önüne alınacağını garanti etmelidir. Son olarak da rasyonel varlık olarak yaşamlarını sürdürebilmeleri için zorunlu olan temel çıkar ve ihtiyaçları paylaşmalıdırlar¹⁸. Bu anlamda, bütün insanlar için temel çıkarları koruyan normlar adil iken, bunlarla bağdaşmayanlar adil değildir. Kantçı çatı altında gruplar arasındaki rasyonel anlaşmanın bütün çıkarların değerlendirilmesinin garanti etmesinin anlamı, çatışan çıkarların bir diğerine karşı dengeleneceği anlamına gelmemektedir. Rasyonel varlıklar olarak yaşamlarını sürdürmeleri için zorunlu olan ihtiyaçların normlarla eşit olarak korunacağı üzerinde anlaşılmaktadır¹⁹. Rasyonel insanların paylaştıkları ortak çıkar ve ihtiyaçlarla ilgili Kantçı gelenekte farklı açıklamalar vardır. Rawls, bütün rasyonel varlıklar için aynı olan öncülleri belirlemek için, Kant'ın gerçek ihtiyaçlar olarak adlandırdığı şeye bakılması gerektiğini belirtmektedir. Rawls'a göre Kant gerçek insan ihtiyaçlarından söz ederken insanların yaşamlarını sürdürmeleri için zorunlu olan şeyleri kastetmektedir²⁰. Bununla ilişkili olarak da Rawls birincil iyiler listesini getirmektedir.

Rawls'un birincil iyiler listesi, her rasyonel varlığın isteyecekleri iyilerden oluşmaktadır. Rawls'un birincil iyileri yani gelir, refah, fırsatlar ve kendine saygı gibi iyiler nötrdürler. Bir kişinin iyi görüşü ne olursa olsun her rasyonel kişinin istediği iyilerdir²¹.

Rawls'ta, ahlaki olarak nötr iyi anlayışı, zayıf iyi teorisiyle ilişkilidir. Bu teoride, birincil iyilerin tercihini açıklamak için nötr iyi anlayışına yer verilmektedir. Buna göre nötrlük, her rasyonel varlık tarafından istenilir olmayla ilgilidir²². Birincil iyiler, bütün rasyonel yaşam planlarının sürdürülmesinde ihtiyaç duyulan iyilerdir. Bunlar ahlaki olarak nötr insan iyileri listesidir. Birincil iyilerin çok genel bir şekilde ahlaki olarak nötr karakteri sağlanabilir. İnsanlar yiyeceğe, giyinmeye ihtiyaç duyduklarından bütün rasyonel bireylerin refah istediği belirtilebilir. Ancak refahın miktarı herkese göre değişir²³. Öte yandan Rawls'ta kişi ve toplum anlayışı söz konusudur. Bu anlayışlar çerçevesinde de birincil iyiler listesini temellendirmek mümkündür. Örneğin Rawls'ta eşit ve özgür vatandaş ideali yer almakta ve bununla da ilişkili iki ahlaki yeti, yani iyi anlayışına ilişkin yeti ve adalet duygusuna ilişkin yeti söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla birincil iyiler listesi bu anlayışlar çerçevesinde temellendirilmektedir. Bu durumda, listenin nötr olup olmadığı sorgulanabilir. Rawlsçu düşüncede nötrdür. Çünkü Rawls'un amaçsal nötrlük tanımıyla bağdaşmaktadır.

Diğer yandan bu iyilerle ilgili olan adalet ilkeleri de nötr olma özelliğini taşımaktadır. Adalet ilkelerinin bu şekilde nötr olmasını sağlayan şey, birincil iyilerin nötr olması yanında, prosedürel nötrlüktür. Rawls'ta prosedürel

nötrlükle ilgili olarak belirtilmesi gereken, adalet ilkelerinin seçildiği durum olan orijinal durumla ilgilidir. Rawlsçu orijinal durumun en önemli özelliği ise bilmezlik perdesidir.

Bilmezlik perdesi, orijinal durumdaki grupları belirli tür bilgiden yoksun bırakmaktadır. Bilmezlik perdesi, rasyonel bir insan olarak herkesin sahip olacağı çıkarlar hakkındaki bilgiye izin verirken, özel çıkarların bilgisine izin vermemektedir²⁴. Öte yandan insanlar arasında genelleştirilebilir çıkarlar olmadığı düşünülürse, bir normun insanlar için iyi olup olmadığını veya adil olup olmadığını sormak anlamsız olacaktır. Ancak insanlar arasında temel çıkarların bir örtüşmesi var olduğunu varsaydığımızda, normların adilliği hakkındaki yargılarımızın objektif olarak geçerli olduğu belirtilebilir. Bu durumda, herkes için bu çıkarları koruyan bir norm adildir²⁵.

Esasen çağdaş sosyal sözleşme teorisyenleri (Rawls) bakımından, sadece makul bir anlaşmanın konusu olan siyasal ahlakilik ilkeleri devlet gücünün kullanımını meşrulaştırabilir. Bu kriter, birbiriyle çatışan etik, dini veya metafizik öncülleri önceden varsayan adalet ilkelerini dışlar. Meşruluk, çatışan etik idealler arasında nötr olan belirleyici ilkeleri gerektirir. Sadece adalet ilkeleri böyledir. Buna hakk gösterici nötrlük denmektedir. İnsanın kendini gerçekleştirme-gelişimiyle ilgili

çatışan görüşlerin geçerliliğini önceden varsayan mükemmeliyetçi ilkeler makul değildir. Makul insanlar sadece nötr adalet ilkelerine rıza gösterecekleri için meşruluk hakkı gösterici nötrlüğü gerektirir²⁶. Rawls'ta makul insanlar aralarında anlaşmazlık kaynaklarını tanımaktadırlar. Siyasi ve ahlaki değerlerin farklı olduğunu, farklı normatif değerlendirmelerin olduğunu, öncelikleri belirlemede güçlükler olduğunu belirtmektedirler. İkinci olarak makul insanlar bu tür anlaşmazlıkların, bencillikten, sosyo-ekonomik çıkarlardan kaynaklandığı düşüncesini reddetmekte ve özgür kurumlar altından aklın kullanımının kaçınılmaz sonucu olarak değerlendirmektedirler²⁷. Rawls'ta, siyasal meşruluk makul anlaşmayı gerektirmekte, çatışan iyi anlayışlarından doğan argümanlar rasyonel argümanla çözülmemekte ve bu nedenle sadece nötr adalet ilkeleri meşru olmaktadır²⁸.

Rawls'un bilmezlik perdesi, nötrlüğe götürür. Çünkü, sözleşmeciler ne güç üstünlüğüne, ne de mükemmeliyetçiliği seçmek için bir neden bilgisine sahip değildir. Sadece insanların farklı görüşte olduklarını, bunların bazısının doğru bazısının yanlış olduğunu bilmektedirler. Bu şekilde nötrlük tek rasyonel seçimdir²⁹. Sözleşmecilerin savunduğu nötrlük, eşit özgürlük ideali altında izin verilir iyi anlayışları arasındaki bir tarafsızlık türüdür. Liberal nötrlüğün sözleşmeciler argümanı, ahlaki eşitlik ve belirli prosedürel sınırlamalardır³⁰.

(18) Lafont, a.g.e., s.30.

(19) Lafont, a.g.e., s.31.

(20) Lafont, a.g.e., s.32.

(21) Alexander-Schwarzchild, a.g.e., s.89.

(22) Adina Schwartz, "Moral Neutrality and Primary Goods", *Ethics*, Vol.83, 1973, s.298.

(23) Schwartz, a.g.e., s.307.

(24) Lafont, a.g.e., s.32.

(25) Lafont, a.g.e., s.34.

(26) Steven A. Lecce, "Contractualism and Liberal Neutrality: A Defence", *Political Studies*, Vol.51, 2003, s.525.

(27) Lecce, a.g.e., s.527.

(28) Lecce, a.g.e., s.529.

(29) Lecce, a.g.e., s.537.

(30) Lecce, a.g.e., s.538.

Rawls'un bilmezlik perdesiyle ilgili getirdiği sınırlama, örneğin dini, ahlaki inançlarının ne olduğunu ve bunlarla ilişkili ödevlerinin neler olduğunu bilmemeleri, nötrlüğe götürmektedir. Çünkü kararlara etkili olacak belirli bir tür bilgiye izin vermemektedir³¹. Bu şekildeki prosedürel nötrlikle, tarafsızlık ve eşitliğe yer verilerek nötr ilkelere ulaşılmaktadır.

Bu tür amaçsal nötrlüğe ve prosedürel nötrlüğe yer veren veya bunlarla ilişkili değer ve ilkelerin temelini oluşturduğu hukukun da nötr olduğu belirtilebilir. Burada belirtilmesi gereken nokta, bu tür hukuk için vatandaşlarca kabul edilir nitelikteki değer ve ilkelerin olması yanında, prosedürel nötrlikle de ilgili ilkelerin olması gerekliliğidir. Buradaki başlama noktası nötrlük değildir. Belirli bir şekilde anlamlandırılan nötrlük düşüncesi, sadece yardımcı veya tali nitelikte olup, başlı başına amaç değildir.

Diğer yandan bu tür anlayışlara karşı da en güçlü eleştiri, zorunlu olarak belirli iyi anlayışlarını, özellikle liberal değerlerle bağdaşanları, ön plana çıkaracağı ve diğerleri karşısında ayrıcalıklı konuma getireceğine dairdir. Bunun bir sonucu olarak insanlar bazı iyi anlayışlarını kabul etmenin boş yere olabileceğini düşünürler. Bunun kültürel kayba yol açacağı, bunun karşısında liberal toplumun da bireysel özgürlükleri geliştirmeyi kazanacağı belirtilebilir³².

Dworkin, nötrlüğün kabul edilme nedenini, hiçkimsenin başkasına ya-

şamdaki kendi öncelikleri ve inançlarını dayatamayacağına dayandırmaktadır. Ancak Rawls ve Dworkin, nötrlüğün, bireylere her iyi anlayışını geliştirmeye izin verileceği anlamına gelmediğini kabul etmektedir. Dworkin, eşit ilgi ve saygı hakkına dayanarak her kişinin başkalarına zarar vermedikçe kendi iyi anlayışını sürdürdürebileceğini belirtmektedir. Bazı iyi anlayışlarının liberal bir devlette sürdürülmeyeceğini kabul etmektedir. Rawls da hiçbir toplumun bütün yaşam biçimlerini içerebileceğini belirtmektedir. Rawls, demokratik bir kültürde, farklılıkların, birbiriyle bağdaşmayan doktrinlerin olacağını ileri sürmekte, ancak adalet ilkeleriyle doğrudan çatışan görüşleri dışlamaktadır³³. Bunun nedeni, adalet ilkelerinin her iyi anlayışının temelini oluşturmasıyla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle bu ilkeler olmazsa, iyi anlayışları gerçekleştirmez. Bu ilkeler onların varlık şartlarını sağlamaktadır. Rawls'a göre, belirli temel değerleri gerçekleştirmek için bazı yaşam biçimlerini dışlamayan sosyal bir dünya bulunmamaktadır. Önemli olan, mümkün olduğunca fazla yaşam biçimine izin vermektir. Ancak bu sosyal zorunluluklar, keyfi, ön yargılı veya adaletsiz olmamalıdır. Rawls'un görüşü minimalist olup, herkes için iyi olana karar vermenin imkansız olduğunu ve bu nedenle sosyal işbirliğini güvence altına aldığı sürece en temel konularda konsensusa ulaşılmasını ve diğer konularda nötr kalınmasını belirtmektedir³⁴.

(31) Gerald Dworkin, "Non-Neutral Principles", *The Journal Of Philosophy*, Vol.71, 1974, s.503.

(32) Sadurski, a.g.e., s.124.

(33) Raphael Cohen-Almagor, "Between Neutrality and Perfectionism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol.VII, 1994, s.225.

(34) Cohen-Almagor, a.g.e., s. 226.

Bu anlamda nötr devlet ve onun hukuku, uzlaşılan konulara dayanarak hareket etmeli, yani amaçsal nötrlükteki değerlere, bunlara aykırı düşmeyen diğer anlayışlar karşısında ise nötr olmalıdır.

III.HUKUKUN UYGULANMASI BAKIMINDAN NÖTRLÜK

Hukukun uygulanması bakımından nötrlük de, prosedürel ve amaçsal nötrlük olarak söz konusudur. İlk olarak amaçsal nötrlüğe bakıldığında, verilecek hukuki kararların benimsenen değerlere uygun olması beklenir. Özellikle zor davalar bakımından, yargıçların aldıkları kararların bu tür değerlere uygun olması gerekmektedir. Zira bilindiği gibi zor davalarda yargıçlar oldukça yaratıcı konumdadırlar. Bu tür davaların karar almayla ilgili sınır çizgisini veya çerçevesini amaçsal nötrlüğün belirlediği söylenebilir³⁵. Diğer yandan zor dava-kolay dava ayrımı yapmadan, bütün hukuki kararların amaçsal nötrlüğe uygun olması gerekliliği de belirtilebilir.

Hukukun uygulanması bakımından nötrlük, ikinci olarak, prosedürel nötrlikle ilgilidir. Burada, özellikle tarafsızlık gibi değerlerin hukuki karara ulaşmada rol oynaması söz konusudur.

Tarafsızlık farklı bağlamlarda karşımıza çıkabilmektedir. Bununla ilgili olarak tarafsız kurumlar ile tarafsız davranışlar arasında ayrım yapılabilir.

İlk olarak tarafsızlık, özellikle, belirli bir adalet anlayışı çerçevesinde tarafsız kurumlardan söz edildiğinde kendini göstermektedir. Rawls'un ki gibi bir adalet anlayışında görülebileceği gibi, tarafsızlık adalet ilkelerinin seçildiği durum olma özelliğinden başlayıp tarafsız kurum düzenlemesinde sürdürülmektedir.

Esasen Rawls'tan itibaren, hakkaniyet ve tarafsızlık tartışması, tarafsız kurum düzenlemesi çerçevesinde yapılmaktadır. Tarafsızlık olarak adalet düşüncesi, tarafsız aktörlerle değil, tarafsız kurumlarla ilgilidir. Tarafsız kurumlar, çatışan iyi anlayışları arasında ayırım yapmadıkça etik olarak nötrdürler. Bir argümantasyon ve karar alma ilkesi olarak tarafsızlık, bir çatışmada ortaya çıkan bütün görüşlere adil bir ağırlık veremeye ilgilidir³⁶.

Diğer yandan bir çatışma olduğu durumda, bu çatışmayı çözmekle görevli kişi olmalıdır. Ayrıca, çatışmanın çözülmesi daha önceden belirlenmiş standartlar çerçevesinde yapılmalıdır. Tarafsız karar almayla ilgili bu standartlar, şekli kurallar ve ilkelerdir. Yargısal alanda yargıç, tarafsız olarak kurallara bağlı kalmalı ve onlar çerçevesinde karar vermelidir³⁷.

Tarafsızlık her adalet anlayışının normatif temelini sağladığı gibi, modern kamusal ve özel yaşama yön veren ilke niteliğindedir. Yargıcın, polis, hoca'nın tarafsız olmasından

(35) Zor dava ve kolay dava ayrımı yargısal karar almayla ilgili yapılmakta, ve genellikle bir uyumsuzluğa ilişkin açık ve belirgin bir cevabın olduğu davalar kolay dava olarak adlandırılırken, hukuki boşluklar, hukuki belirsizlikler ve diğer nedenlerden dolayı açık ve belirgin bir cevabın olmadığı ve yargıcın yaratıcı bir konumda olduğu davalar zor davalar olarak adlandırılmaktadır (Brian H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004, s.81-82).

(36) Andreas Schedler, "Arguing and Observing: Internal and External Critiques of Judicial Impartiality", *The Journal of Political Philosophy*, Vol.12, 2004, s.248.

(37) Schedler, a.g.e., s.249.

söz edilmesi gibi, Tarafsızlık, hukukta yargıcın durumuyla ilgili olmakta ve yargıcın tarafsızlığından söz edilmektedir. Özellikle, modern anayasal demokrasilerin ideali olarak tarafsız yargıç öne sürülmektedir³⁸.

Hukukun uygulanmasıyla ilgili prosedürel nötrlüğün de öncelikle yargıcın tarafsızlığıyla ilgili olduğu belirtilebilir. Ayrıca bu tür prosedürel nötrlüğün, hukuki kararın içeriden bakış açısına göre değerlendirilmesinde de söz konusu olduğu ileri sürülebilir.

Genellikle hukuki eleştirilerle ilgili, içeriden veya dışarıdan bakış açılarından söz edilmektedir. İçerden eleştiri tarafsız karar almayla, hukuki haklı göstermeyle ilgiliyken, dışarıdan eleştiri, karar almada etkili olan hukuk dışı faktörlerle ilgilidir. Esasen içerden ve dışardan bakış açılarını hukuk ekseninde tartışılmasını sağlayan Hart'tır³⁹. Ancak burada üzerinde durulan içeriden-dışarıdan ayrımı Hart'tan farklı anlamda ele alınmaktadır. Buradaki içeriden ve dışarıdan bakış arası arasındaki fark, metot farklılığına dayanmaktadır. İçeriden perspektif yargısal kararları kendi temellerinde değerlendirirken, dışardan perspektifte hukuk dışı faktörlere bakılmaktadır⁴⁰. İçerden bakış açısıyla yargısal kararın uygunluğu değerlendirilirken, dışarıdan bakış açısında yargıyla ilgili empirik hususlar örneğin yargıcın ideolojisi veya etnik kökeni, kaybeden tarafın sosyal durumu veya cinsiyeti, kazanan tarafın gü-

cü veya refahı gibi konularla ilgilenilmektedir. İçerden eleştiriler yargısal kararın doğru olup olmadığı üzerinde dururken, dışardan eleştirilerde uyumsuzluğun taraflarıyla ilgili ön yargı olup olmadığına bakılmaktadır. İçerden bakış açısı, hukuki argümanın incelenmesiyle, hukuki akıl yürütmeye ilgilidir. Dışardan bakış açısında ise hukuk dışı olgularla ilgilidir⁴¹.

Hukukun uygulanmasıyla ilgili içerden bakış açısı bakımından nötrlükle ilgili belirtilebilecek diğer bir nokta, yargıcın alacağı kararın genel ve nötr olmasıyla ilgilidir. Burada nötrlük, yukarıda belirtilenlerden farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Bu anlamda nötrlük tanımını, Herbert Wechsler'in görüşlerinde bulmak mümkündür. Wechsler Yüksek Mahkeme'nin takdir yetkisini belirlenmiş standartlar çerçevesinde kullanması gerektiğini belirten nötrlük üzerinde durmaktadır. Wechsler'e göre, mahkemeler bir değer seçiminde bulunacaksa bunu da yapmaları gerekmekte, ancak onların, sadece güç sahibi bir devlet organı gibi değil, hukuki bir niteliğe sahip olacak şekilde davranmaları gerekmektedir. Bunu da sağlayacak olan ilkeleşmiş şekilde karar vermeleridir. ilkeleşmiş şekilde karar verme, genel ve nötr olan nedenlere dayalı karar vermedir⁴².

İlkeleşmiş yargısal karar içerik konusu değil, form konusudur. Bu anlamda nötrlük ve genellik, hukukun içeriğinde değil, uygulanmasında söz konu-

sudur⁴³. Wechsler'de çatışan ilkeler arasında seçim yapılırken nötr ilkelere başvurulması gerekmektedir. Wechsler, yargısal karar bakımından nötr ilkelere dayanan akıl yürütme üzerinde durmaktadır. Mahkeme, çatışan gruplar ve çıkarlar bakımından nötr olan nedenlere dayanarak karar vermelidir. Böylece çıplak gücün kullanılmasına ilişkin farklılık olacaktır. Wechsler'e göre mahkemelerin çıplak bir güç organı gibi davranmamasının anlamı, kararlarını ilkelere dayandırmasıdır. Wechsler, nötr ilke terimini kullanmasına rağmen, hukuki ilke, bir değerden se diğerini seçmeyi gerektirdiği için nötr değildir⁴⁴. İlkelerin uygulanmasıyla ilgili nötrlük söz konusu olup, yargıç, ilkelerin tanımlanması ve türetilmesinde nötr olmalı, kendi değerlerine yer vermemelidir. Nötr bir yargıç, A, B davasında niçin X ilkesini uyguladığını kanıtlayacaksa, ilkenin tanımlanmasını, neyi içerdiğini neyi içermediğini açıklamalıdır⁴⁵.

Hukukun nötr ilkeleri üzerinde dururken, Wechsler, yargısal kararların nedenleşmiş haklı göstermesini vurgulamaktadır⁴⁶. Mahkemelerin kararlarını verirken nötr ilkeler temelinde hareket etmelerini istemektedir. Wechsler'e göre, nötr bir neden, bir karara ilişkin,

diğer durumlarda da uygulanmak istenecek olan bir temeldir⁴⁷. Nötrlük testinin bir karara uygulanabileceği farklı perspektifleri ayırt etmek önemlidir. Karar verme konumunda olan kişi, bir nedenin diğer durumlara uygulamayı isteyip istemeyeceği bir neden olup olmadığına belirlemesi gerekmektedir. Bir kararı destekleyen ilkeler, Wechsler'e göre, nötr olmaları yanında genel olmalıdır. Davanın dar şartlarının dışına çıkmalıdır⁴⁸. Nötr ilkeler, mevcut davayı aşan standartlardır. Sonuç, zenciye veya komüniste göre değişmemelidir. Uygulanan ilke, nötrlükle beraber uygulanmalıdır⁴⁹.

Wechsler'da uygulanan ilkeler yeterince genel ve nötr olmalı, yargıcın, mevcut davadaki kuralı gelecek davada da uygulama isteği söz konusu olmalıdır. Öyle ki, bu ilkeler sadece davanın sonucu bakımından değil, diğer uygulanma olasılığı bulunan davalar bakımından da söz konusu olmalıdır. Bu şekildeki nötrlükle Wechsler, hukuki karar almada hukuk dışı faktörlerin ve keyfiliklerin etkisini azaltmayı amaçlamıştır. Böylece nötr ilkeler yargıyı sınırlandırmak için getirilmekte ve nötr ilkeler teorisi, kabul edilebilir bir düzeye keyfilik düzeyini indirmek için yar-

(38) M.P.Golding, "Principled Decision-Making and the Supreme Court", *Moral Theory and Legal Reasoning*, Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998, s.110.

(39) Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, Vol.47, 1971, s.2.

(40) Bork, a.g.e., s.7.

(41) Kent Greenawalt, "The Enduring Significance of Neutral Principles", *Moral Theory and Legal Reasoning*, Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998, s.129.

(42) Greenawalt, a.g.e., s.131.

(43) Greenawalt, a.g.e., s.133.

(44) John O. Newman, "Between Legal Realism and Neutral Principles: The Legitimacy of Institutional Values", *California Law Review*, 1984, s.206.

(38) Schedler, a.g.e., s. 247.

(39) Schedler, a.g.e., s.250.

(40) Schedler, a.g.e., s.251.

(41) Schedler, a.g.e., s.246.

(42) Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, 1959, s.19.

güçlere sınırlamalar getiren tutarlılığın bir gerekliliği olmaktadır.⁵⁰

İlkelerin nötr uygulanmasına ilişkin bütün düşünce, nötrlük olmaksızın bir kararın meşru olmayacağına dayanmaktadır. Wechsler, nötr ilkelerin toplumdaki yargılama pratiğinin zorunlu parçası olduğunu belirtmektedir. Burada sosyal pratiklerin anlamı, ideal mahkemeler söz konusudur⁵¹. Bu ikinci anlamda meşrulukta, nötrlüğün meşruluk için zorunlu olmasının anlamı, kurumların mahkeme olmalarının gereği nötr ilkeleri kullanmalarının zorunlu olmasıyla ilgilidir.

Diğer yandan içeriden bakış açısında yer verilebilecek olan bu tür

nötrlüğü, dışarıdan bakış açısıyla tamamlamada herhangi bir engel bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle yargısal karar almada sadece prosedürel nötrlüğün değil, ilk başta belirtilen amaçsal nötrlüğün de söz konusu olduğu belirtilirse içeriden ve dışardan bakış açılarının birbirinden ayrılığın değil, birbirini tamamlamasından söz edilebilir. Daha önce belirtilen, değerden bağımsız olmak şeklindeki nötrlüğün kabul edilemeyeceğinden de hareket edildiğinde, seçilen değerlerin amaçsal nötrlük kapsamında olması gerekliliğini Wechsler'in yaklaşımıyla da birleştirip, desteklemek mümkün görünmektedir.

Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak

Ertuğrul UZUN*

Hukuksal pozitivizme yönelmiş en önemli eleştiri, pozitivizmin hukuka ilişkin felsefi tartışmayı dışladığı ve hukuku pozitif hukuk kurallarından ibaret görmekle egemenin/iktidarın iradesine bağlı kıldığı, egemenin/iktidarın ideolojisini yücelttiği, hatta ahlaken olumladığı şeklindedir. Bu eleştiriyi dile getirenler, ilginç bir şekilde, "hukuksal pozitivizm" başlığı altında böyle bir genelleme yaparken, pozitivist düşünürlerin hangi ifadelerinden bu anlamı çıkardıklarına gönderme yapmaktan kaçınmaktadırlar. Bu bildirinin amacı, "analitik pozitivizm" bağlamında, mezkur genellemenin geçersizliğini, analitik pozitivistlerin kendi yaklaşım ve ifadelerinde tam da aksi bir tutumun var olduğunu göstermektir.

Türk hukukçulardan müteşekkil bir grup önünde hukuksal pozitivizm lehine olabilecek bir görüş ileri sürmek, esasında, cesaret isteyen bir teşebbüstür. 20. yy başında Amerika'da, II. Dünya Savaşı sonrasında bütün bir Batı dünyasında olduğu gibi, günümüzde de Türkiye'de, hukuksal pozitivizmin idam fermanı çoktan çıkarılmıştır ve gizli bir yasa, pozitivizm hakkında olumlu konuşmayı yasaklamış durum-

dadır. Bu yönde çıkan birkaç ses, söylenenlerin içeriğine çok da bakılmadan bir kenara itilmiştir. Hukuk camiasında hukuk akımları içerisinde tercihinizi bildiren bir beyanda bulunacak iseniz, işe, pozitivizmi yermekle başlamanız gerekmektedir. Aksi takdirde akıbetinizden şüphe etmelisiniz.

Bu gerginliğin en önemli nedeni, pozitivizmin savunduğu düşünülen birkaç düşüncenin, aleyhtarları tarafından sıklıkla dile getirilmesidir. Hart'ın deyişiyle hukuksal pozitivizm, "entelektüel savaşlarda silah olarak kullanılan pek çok kavram gibi, karmaşık farklı günahlar yığınının yerine geçmektedir".¹ Bu iddialar öyle yıkıcı ve etkilidir ki, hukukun niteliği üzerine derin bir düşünmeye niyetlenen genç bir hukukçunun, daha ilk başta pozitivizmi reddetmesine, hatta incelemeye değer görmemesine neden olmaktadır. Tarafsız pozitivizm incelemelerinin belirttiğim baskıyla olanaksız hale getirilmesi, bırakınız asli kaynaklara erişilmesini, betimsel içeriğe sahip ikincil kaynakların bile dolaşımını engellemektedir. Nihayetinde Türkçe literatürde hukuksal pozitivizm konusunda sadece eleştiriler vasıtasıyla araştırma yapma olanağı bulunmaktadır.

(50) Mark V. Tushnet, "Following The Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", *Harvard Law Review*, Vol.96, 1983, s.784.

(51) Tushnet, 1983, s.807.

(*) Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Görevlisi.

(1) H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, 1958, s. 595.