

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 kaçınıyorlardı. 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.

Sosyal bilimlerde belli yöndeki düşünürler, akımlar, okullar, ya da '-izm'ler başlığı altında bir araya getirilir ve bu '-izm'ler için bazı özellikler belirlenir. Sonrasında ise, pek çok sayıdaki düşünce, bu birkaç sayıdaki '-izm'in içine sokulur. Yapılan, Prokrustes'in kurbanlarına yaptığı şeye benzer. Prokrustes, Yunan mitolojisinde Atina ile Megara yolu üzerinde bulunan bir haydutun ismidir. Herkesin boyuna uygun yatağı olduğunu söyler yolculara ve onları rahat ettireceği vadedinde bulunur. Tuzağına düşenleri yatağına yatırır, boyu uzun olanların bacaklarını keser, kısa olanları ise çekerek boylarını yatağına uygun hale getirir. Yatağın boyu yolcuların boyuna uyar uymasına da, Prokrustes'in kurbanları çoktan parçalanmıştır. Ne yazık ki hukuk felsefesi akımları olarak belirlenen birkaç okul için de aynı şey geçerlidir. Bir şekilde bu okullar için belirlenen özellikler, -izm şemsiyelerinin altına sokulan bütün düşünceler için geçerli kılınır; bazen okulun tanımından taviz verilir, bazen de okula dahil edilmek istenen düşüncelerden.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu çalışmada asıl olarak analitik pozitivizmi ele alacağız. Analitik pozitivizm, Bentham-Austin-Hart çizgisinde gelişmiştir ve sonrasında pek çok isim kendisini bu gelenekle tanımlamıştır. Analitik pozitivizmin omurgasını oluşturan üç isim de, bu omurga etrafında pozitivizme eklenen diğer isimler de, ileri sürdükleri görüşler çerçevesinde zaman zaman önemli olabilen farklılıklar gösterebilmektedir. Bununla birlikte, eğer analitik pozitivizme ilişkin genel bir tanımlama yapılacaksa, analitik hu-

kukçuların hukuk kavramıyla, resmi görevlilerin uygulamakla yükümlü oldukları ve mahkemelerde yargıçların dikkate aldığı/alacağı kurallar bütünü nü kastettiğini söylemek mümkündür. Görüldüğü gibi, burada yapılan, bir olgular bütününe isim vermekten ibarettir. Pozitivizmin bu tavrı, bazı hukukçular ve siyaset bilimciler tarafından, hukuk araştırmasının salt pozitif hukuka hasredildiği, ideal hukuka ilişkin araştırmanın hukukçunun gündeminden çıkarıldığı hatta bu araştırmanın yok sayıldığı şeklinde yorumlanmıştır.² Bu anlamda, iddiaya göre, pozitivistler hukuku kapalı mantıksal bir sistem olarak görmektedirler. Oysa Hart, 1950'lerdeki Batılı hukuk felsefesi tartışmalarında "pozitivizmin ağızdan ağıza dolaşan beş anlamı"nı, bu sayının artırılabilirliğini de belirterek, şu şekilde aktarır:

1. yasaların, insanların buyrukları olduğu iddiası.

2. hukuk ve ahlak ya da olan ve olmayanı gereken hukuk arasında zorunlu bir bağlantının olmadığı iddiası.

3. hukuksal kavramların analizinin (anlamlarının incelenmesinin) (a) gerçekleştirilmeye değer olduğu ve (b) yasaların nedenlerini ve kökenlerini araştırma tarihsel çalışmalardan, hukukla ve diğer toplumsal olgularla ilgili toplumbilimsel araştırmalardan ve hukukun ahlak, toplumsal amaç, işlevler ya da bunun gibi konular bakımından eleştirilmesi ve değerlendirilmesinden ayrı tutulması gerektiği iddiası.

4. hukuk sisteminin, doğru hukuksal kararların, toplumsal amaçlara, politikalara, ahlaki ilkelere gönderme yapılma-

(2) S. Keyman, "Hukuki Pozitivizm", AÜHFİD, C. XXXV, S. 1-4, 1978, s. 23.

sızın önceden belirlenmiş hukuksal kuralardan, mantıksal araçlarla çıkarılabileceği anlamında 'kapalı mantıksal bir sistem' olduğu iddiası, ve

5. ahlaksal yargıların, olaylarda olduğu gibi, rasyonel tartışma, delil ve kanıtlarla saptanamayacağı ya da savunulamayacağı iddiası (etikteki 'bilinemezlik').³

Ve ekler Hart: "*Bentham ve Austin (1), (2) ve (3)te belirtilen görüşleri benimsemişler fakat (4) ve (5)'tekileri kabul etmemişlerdir. Görüş (4) her ne kadar genellikle analitik hukukçulara atfedilmişse de bu görüşe sahip her hangi bir 'analitik hukukçu' bilmiyorum*".⁴

Daha önce de belirttiğimiz gibi, asıl tartışma noktası ya da pozitivizmin yanlış anlaşıldığı yer, Hart'ın pozitivizme ilişkin verdiği anlamlardan ikincisiyle ilgilidir. Hart ve diğer hukuksal pozitivistler, hukuksal kavramların incelenmesi ile hukuk kökenine ve ahlaki değerine ilişkin tartışmanın birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtirler. Bu başka bir ifadeyle, 'ayrılabilir-

lik tezi' olarak isimlendirilir ve hukuk ile ahlakın ayrı kategoriler olduğunu savunur. Açıktır ki, ayrı tutmak ile birini var sayarken diğeri yok saymak birbirinden farklı şeylerdir. Eğer iddia edildiği gibi pozitivistler hukukla ahlakın birbirinden ayrılması gerektiğini söylerken, aynı zamanda, hukuka ilişkin eleştirel bir bakışın, ahlaki ve felsefi bir değerlendirmenin olamayacağını söylüyorlarsa, yani hukuktan bahsedildiğinde artık ahlakın, adaletin söz konusu olmadığını söylüyorlarsa buna uygun bir tutumu onların eserlerinde ve davranışlarında da gözlemlemek gerekirdi. Halbuki pozitivistler, dönemlerinin hukuk anlayışına en radikal eleştirileri getiren insanlar olarak tarihe geçmişlerdir; hem de ahlak, felsefe ya da din adına.

Pozitivizm hakkındaki ezberimizi altüst eden bir olgu bu. Ancak, Türkçe literatürde yer aldığı şekliyle hukuksal pozitivizme ilişkin düşüncemize⁵ ne kadar karşıt olursa olsun, bir vakıa. Hem de o kadar açık bir vakıa ki, poziti-

(3) Hart, a.g.m., s. 601-2, dn. 25.

(4) Aynı yer.

(5) Ö. Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet* (İstanbul: DER Yayınları, 2001), s. 387 ("Hukuksal pozitivizm tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlanması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta her hangi bir gücün sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Felsefi pozitivizmle birlikte idolojilere bilimsel bir kimlik verebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece irâdeci, devletçi hukuk anlayışı "bilimsellik" kavramı arkasına sığınmıştır. "İradeci hukuksal pozitivizm, ...ahlâk dışıdır, çağdışıdır, demokrasî ile bağdaşmaz. (a.e., s. 398.)", Ernest Hilç, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996), s. 97 ("Pozitif hukuk okullarının, devleti tek hukuk kaynağı olarak görmeleri ve hukuk incelenmesinde fizikötesi ilkelere olan her türlü inancı ortadan kaldırmaları, sonuçta, kanun koyucunun keyfi eylemlerine bile hukuk sıfatını veremelerine neden oluyordu."); Keyman, a.g.e., s. 28 ("Hukuki pozitivizm, müsbet hukuka, sırf varlığı ve yürürlükte olması nedeni ile bir değer atfetmektedir... [Pozitivizme göre] sırf mevcut oldukları için, yani içerdikleri değer ve hükümlere bakılmaksızın, hukuk kurallarına itaat etmek gerekir... Kanunlara itaatın nedeni, hukuka saygıdan doğan ahlaki bir borçtur."); Sururi Aktaş, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", AÜHFİD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 268-9 ("...hukuksal pozitivizm, doğal hukuka dayanan doğal haklar ve özgürlüklerin ontolojik varlığını kendi iradesinin ürünü sayan ve bu kavramlar üzerinde iradesinin sınırsız olduğunu düşünen otoriter bir devletin ideolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır."); Ali Şafak Balı, *Hukuk - Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları* (Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2005), s. 261 ("...hukuku salt yetkili organlarca ve belirli usullere uygun olarak çıkarılan normlar olarak tanımlamak, dolaylı olarak onun, açıkça hukuk-dışı (gayri-meşru) bazı emellerin gerçekleştirilebilmesinin aracı haline dönüşmesini de onaylamak (ya da kabullenmek) olmasa da buna göz yummak anlamı taşıyabilir. Örneğin, kanun koyucunun keyfi iradesi ya da herhangi bir iktidar ideolojisinin hayata geçirilmesi bu şekilde tanımlanan bir hukuk sayesinde kolayca mümkün hale gelebilir.").

tivistlerin eserlerini okuduktan sonra, 'esasinda şöyle demek istiyor' gibi yoruma, niyet okumaya dahi ihtiyaç yok. Bentham'la başlayalım.

Bentham, şüphesiz, İngiliz hukuk ve siyaset tarihinin en etkili isimlerinden birisidir. İngiliz hukuk ve siyaset hayatında köklü bir reform yapılması gerekliliğini, etrafına topladığı farklı felsefi görüşteki düşünürlerle birlikte güçlü bir şekilde savunmuştur. Bu gruba, reform talepleri nedeniyle felsefi radikaller de denmiştir. Bu entelektüel grup, belki de Ada'da Kıta Avrupası'ndan en çok etkilenen gruptu. Bentham, 1828 yılında Cambridge ve Oxford'a alternatif olarak Londra Üniversitesi'nin (*University of London*, daha sonra *University College London* -UCL) kurulmasına da öncülük etmiştir. Bu grubun içinde göze çarpan isimlerden birisi de J. Stuart Mill'dir. İngiliz Analitik Pozitivizmi Austin'in ismiyle anılsa dahi, bilinen bir gerçek, Austin'in ortaya koyduğu görüşlerin büyük bir kısmının esasında Bentham'a ait olduğudur. Bu konuda Bentham'ın talihsizliği, hukuk kuramı konusundaki düşüncelerini sistemli bir eser çerçevesinde toplamamış olmasıdır. Bu sistemleştirme ve bir araya getirme işini ise, bazı değişiklikler yapmak suretiyle, Austin üstlenir.⁶ Bentham, *Fragment on Government*'in ön-sözünde şöyle der:

Hukuk hakkında bir şeyler söyleyecek herkesin, iki farklı niteliğe sahip olduğu düşünülebilir: *Açıklayıcılık* ve *Denetleyicilik*. *Açıklayıcının* kapsamına,

kendisinin varsaydığı şekliyle hukukun ne olduğu girer; *Denetleyicinin* ise hukukun ne olması gerektiğine ilişkin düşünceleri. Dolayısıyla birincisi, öncelikle olayların gerçekleşmesinden sonra düşünce ileri sürme ya da araştırma yapmakla meşguldür; ikincisi ise, nedenleri tartışmakla uğraşır. *Açıklayıcı*, bu kapsamda kalarak, zihnin anlama, hatırlama ve hüküm verme özelliklerinden başkasını dikkate almaz; oysa ikincisi, kendileriyle konuları değerlendirme fırsatı bulunduğu hazzetme ve hazzetmeme duygularıyla duygusal ilişkiye girer. Değişik ülkelerdeki hukuklar birbirinden oldukça farklıdır: aynı zamanda, bir dereceye kadar, [hukuk] tüm ülkelerde aynıdır. Dolayısıyla *Açıklayıcı*, daima şu ya da bu ülkenin vatandaşıdır; *Denetleyici* ise, dünya vatandaşıdır, ya da öyle olmalıdır. *Açıklayıcı*, Yasakoyucunun ve onun altında çalışan Yargıcın ne yapmış olduğunu gösterecektir; *Denetleyici* Yasakoyucunun gelecekte ne yapması gerektiğine ilişkin önerilerde bulunacaktır.⁷ (vurgular Bentham'a ait)

Analitik pozitivizmin kurucusu kabul edebileceğimiz Bentham'ın alıntıladığımız ifadeleri, bilindik pozitivizm tanımlarına uymuyor. Hatta, hukuksal pozitivizm ve doğal hukuk hakkında biraz bilgi sahibi olan birisine bu satırları yazarını belirtmeden göstersek, sanırım, sadık bir doğal hukukçunun ağzından çıktıklarını söyleyecektir. Bentham'ın bu ifadeleri kim için söylediğini ve kendisini nerede konumlandığını görmek, işi daha da ilginç kılıyor. Bu sözlerinde Bentham'ın hedefi, kay-

nağını doğal hukuktan aldığı iddia ettiği *common law*'a "huşu" ile yaklaşmayı öneren W. Blackstone'dur. Bentham'a göre, Blackstone'un hukuk hakkındaki düşünceleri en iyi ifade ile açıklayıcıydı, yani yasaları olduğu şekliyle açıklıyordu; ancak kötümser bir deyişle, yorum arkasına gizlenmiş bir kurulu-düzen savunmasıydı. Bentham ise bu tarz bir yaklaşıma, hukukun bazı amaçlara etkin bir şekilde ulaşmak için var olan kurallar topluluğu olduğunu, zaman geçip de amacına hizmet etmediği takdirde değiştirilmesi gerektiğini söyleyerek karşı çıkmıştır. Bentham'a göre, hukuk teorisinin gerçek görevi eleştirmektir. Eleştiri için bir değer ölçütü gereklidir ve Bentham'ın belirlediği ölçüt fayda ilkesidir. Böylece Bentham, tüm hukuk sisteminin yeniden gözden geçirilmesini, yeni bir kodifikasyonu teklif etmiştir.⁸

Bentham'ın çağdaş demokrasi anlayışına ve döneminin İngiliz siyasi düşüncesine yaptığı katkılar göz ardı edilemez. Hart'tan aktarıyorum:

Bentham'ın yaptıklarının her noktasında, *Rechtstaat*'a ilişkin unsurları ve bugünün doğal hukuk terminolojisinin kazandığı anlamı savunan ilkeler bulabilirsiniz. İşte ifade ve basın özgürlüğü ile örgütlenme hakkı, yasaların uygulanmadan önce yayımlanmasını ve geniş kesimler tarafından bilinmesini sağlama gerekliliği, idari ajanların kontrol edilmesi gerekliliği, kusur olmadan cezai sorumluluk olmaması gerektiği ve hukukilik ilkesinin,

nulla poena sine lege'nin, önemi. Bentham'ın, yasaların yönetimi altındaki yaşam için verdiği reçete çok basittir: '*harfi harfine itaat etmek; serbestçe eleştirmek*'.⁹ (vurgular Hart'a ait; atıflar ihmal edilmiştir)

Eğer Hart'ın da bir pozitivist olması nedeniyle bu sözlerde bir tereddüt yaşanacaksa, alıntıda çıkardığım, doğrudan Bentham'ın eserlerine gönderme yapan atıflara ve Bentham hakkındaki eserlere bakmak yeterlidir.

Bentham, faydacılığın, ya da daha doğru bir ifadeyle İngiliz faydacılığının kurucusu ve liberalizmin yılmaz bir savunucusudur. Faydacılığı da liberalizmi de eleştirmek için gerekçelerimiz olabilir; hatta bu gerekçelerimiz çok kuvvetli de olabilir. Ne var ki bu, Bentham'la birlikte Austin'in, hukuk için ideal bir durum benimsemedikleri anlamına gelemez. Eğer kavramlarla konuşacaksak, Bentham da Austin de, bir ahlak felsefesine dayanmaktadır. Austin'in eserinin her yerinde fayda ilkesine gönderme yapılmasının dışında, büyük bir kısmı sadece bu ilkenin savunulmasına ayrılmıştır.

Austin, hukuksal pozitivizm eleştirilerinde, iradecilikle suçlanmıştır. İradecilik bu eleştirilerde, hukuku egemenin buyruğu olarak kabul etmek şeklinde sunulmuşsa da, hemen eklenen bir ifadeyle, ahlakı da hukuku da belirleyen şeyin sadece egemen olduğu belirtilemiştir.¹⁰ Halbuki, Austin'in egemenle ilişkilendirdiği hukuk, geniş an-

(6) Ertuğrul Uzun, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2, 2003, s. 1 dn. 2.

(7) Jeremy Bentham, *Fragment on Government* (1776), <http://www.ecn.bris.ac.uk/aet/bentham/government.htm> (06.05.02).

(8) George Sabine, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, C. II, Çev. Alp Öktem (Ankara: Türkiye Siyasi İlimler Derneği, 1969), s. 56; Uzun, a.g.m., s. 7.

(9) Hart, a.g.m., s. 597.

(10) Ör. bkz. Öktem ve Türkbaşı, a.g.e., s. 396; Keyman, a.g.m., s. 30 ("Hukuki pozitivizm, müsbet kanunları, sırtı egemen iradenin ürünü olmaları nedeni ile adil sayılması dolayısıyla, adalet ve kanunların geçerliğini eş anlamlı iki kavram haline getirmektedir. Evvelden belirlenmiş usullere göre konulmuş bulunan hukuk kuralı geçerli; aynı hukuk kuralı geçerli olduğu için de adildir.").

lamdaki hukukun ancak bir parçasını oluşturur. Pozitif hukuku, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı hukuk olarak tanımlayan Austin'e göre, Tanrı'nın hukuku kesin huktur. Bu iki hukuk birbirinden kavramsal ve olgusal olarak ayrıdır ama, Austin'e göre, insanların yarattığı hukuk Tanrı'nın hukukuna uygun olmalıdır. Austin burada da fayda ilkesine gönderme yapmayı ihmal etmez: Tanrı hukukunun içeriğinin belirlenmesi, Tanrı'nın da iradesini yansıtan fayda ilkesine göre belirlenmelidir. Austin'in bu yöndeki düşünceleri, Blackstone'nun, Tanrı yasalarıyla çelişen bir beşeri yasanın geçersiz olduğu şeklindeki sözlerine verdiği yanıtta açıkça ortaya konmaktadır:

[Blackstone bu sözlerle] tüm yasaların İlahi hukukla uygunluk içerisinde olmasını kastetmiş olabilir. Eğer kastettiği buysa, duraksamadan ona katılırım. (...) [İ]nsan yasakoyucuların, koydukları yasaları yapmak için İlahi yasalarla bağlı olduklarını, çünkü böyle yapmazlarsa Tanrı'nın kendilerini cezalandıracağını kastetmiş de olabilir. Buna da, eğer Tanrı'nın hukukunun belirtisi fayda ilkesi olacaksa, (...) tamamiyle katılırım. (...) Ancak Blackstone'a ait bu ifadenin anlamı, eğer bir anlamı varsa, sanki söylemiş gibi görünüyor: İlahi hukukla çatışan hiçbir insan yasası zorunluluk yükleyici ya da bağlayıcı değildir; diğer bir deyişle, İlahi hukukla çatışan bir yasa, yasa değildir (...).

Şimdi, İlahi yasayla çatışan insan yasalarının bağlayıcı olmadığını, yani yasa olmadığını söylemek tamamen saçmadır. En yıkıcı yasalar, dolayısıyla Tanrı'nın

isteğine aykırı olan yasalar, mahkemeler tarafından yasalar olarak uygulanmıştır ve halen de uygulanmaktadır. Zararsız hatta faydalı bir eylemin, egemen tarafından ölüm cezasıyla yasaklanmış olduğunu düşünün; eğer bu eylemi işlersen, yargılanır ve suçlu bulunurum. Bu cezaya, insan yasakoyucuların kötü sonuçları olmayan eylemleri yasaklamamalarını emretmiş olan Tanrı yasasına karşı olması nedeniyle itiraz edersem, Mahkeme yapmış olduğum muhakemenin etkisizliğini, geçerliliğini inkar ettiğim yasanın gereğini yerine getirerek, beni asmak suretiyle ortaya koyacaktır. Dünyanın yaratılmasından bugüne kadar, Tanrı hukukuna dayanan bir itiraz, yargı tarafından dinlenmemiştir.¹¹

Pozitivizmin hukuka ilişkin ahlaki tartışmayı yok saydığı iddiası daha da ileri gitmiş, ikinci ve daha yıkıcı bir şekle dönüşerek, hukuksal pozitivizmin kurulu düzenin savunuculuğunu yaptığı ve iktidarın iradesini ahlaken olumladığı söylenmiştir. Yukarıda aktardığımız ifadelerden, bu iddiayı da geçersiz kılan sonuçlar çıkarılabilirse de, sanırım en güzel örnek, Hart'ın, toplumun gayri ahlaki kabul ettiği eylemler nedeniyle bireylerin cezalandırılmasına karşı olarak Lord Devlin'le girdiği tartışmadır. Ancak bundan önce, kısaca, Bentham'ın, 'harfi harfine itaat etmek; serbestçe eleştirmek' şeklindeki reçetesine yer vermek gerekiyor.

Belirtmemiz gerekiyor ki, Bentham ve Austin, İngiltere'de siyasi istikrara en çok ihtiyaç duyulan bir dönemde yaşamışlardı. Sadece onların değil, dönemin İngilteresindeki tüm aydınların ve siyasetçilerin Hobbes'dan beri on

büyük arzusu, güçlü bir hükümet idi. Dolayısıyla, Bentham'ın sözlerini ikine ayırmakta ve ikincisini genelleştirmekte hiçbir sakınca yoktur. Üstelik, itaat salık verilmekle birlikte serbestçe eleştirmeyi gerekli görmek, tam da pozitivizme yöneltilen eleştirileri yersiz çıkaracak niteliktedir.

Burada sadece mevcut siyasal koşullardan kaynaklanan bir gerekçelendirme söz konusu değil. Zira, sonrasında da, bazı pozitivistler hukuka itaat yönünde görüş beyan etmekten kaçınmamışlardır. Ancak bu noktayı değerlendirirken serinkanlı olmakta fayda var. Somut, belli bir hukuksal düzense, genel itibarıyla hukuka ilişkin bir düşünce ileri süreceksek, Raz'ın da belirttiği gibi¹², her hukuk düzeninin, hatta her normatif düzenin kendine itaat edilmesini beklediğini, ahlaken doğruluk iddiasında olduğunu yadsımak mümkün değildir. Hukuksal pozitivistlerin yaptığı ise, modern hukukun ihtiyacı olan bir mesleki uğraş alanının somut sınırlarını çizmektir. Gördüğümüz ve göreceğimiz üzere, bu somut alanın eleştirilmesi için herhangi bir düşünsel engel de ihdas edilmemiştir.

İktidarın yarattığı hukukun pozitivistler tarafından ahlaken olumlanmadığına, felsefenin hukukçunun günde-

minden çıkarılmadığına ilişkin en güzel örnek, Devlin-Hart tartışmasıdır¹³. Devlin-Hart tartışmasını tetikleyen, 1954'te Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, daha çok *Wolfenden Committee* olarak bilinir) raporudur. Komite 1957'de sunmuş olduğu raporda, özetle, eşcinselliğin suç olmaması gerektiğini, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Sonradan İngiltere Yüksek Mahkeme yargıcı da olan Lord (Patrick) Devlin, 1959 yılında vermiş olduğu bir konferansla Wolfenden raporunu eleştirmiştir. 1961 tarihli *Ladies' Directory* davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)¹⁴, ceza hukukunun geleneksel ahlaktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissedererek, 1962 yılında Stanford Üniversitesinde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality* (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*) başlıklı ki-

(12) Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994), s. 199'dan aktaran: Brian Bix, "Dogul Hukuk: Modern Gelenek", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çev.: Ertuğrul Uzun, C. 6, S. 2, 2004, s. 339.

(13) Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, "Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", *Eskişehir Barosu Dergisi*, S. 6, Şubat 2005, ss. 152-71 (bundan sonraki kısım bu makaleden alıntılanmıştır).

(14) Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* (Hanımefendiler Rehberi) isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak (Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir), (b) müstahcen yayın yapmak, (c) kamu ahlakını bozmaya yönelik komplot kurmak. Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlakının muhafızları olduğunu ve toplumun çözümlemesine neden olabilecek bu tarz ahlaksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", *McGill Law Journal* (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İikisi", *IÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

(11) John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, C.I, (Londra: John Murray, 1940), s. 214-5.

tabında¹⁵ bir araya getirilmiştir. Hart, Türkçe'ye çevrilen bu yapıtında, devletin ahlaksızlığı cezalandırmak gibi bir görevi olamayacağını ısrarla savunur. Hatta, belleklerimizdeki pozitivist tanımının sınırlarını ciddi biçimde te-cavüz ederek, "evrensel değerler" in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler "bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan korunma vb." dir.

...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanlıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlâkı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanımadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımadığı kabul edilebilir.¹⁶

DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, analitik pozitivism, hukuksal pozitivism hakkında yapılan genellemeye maruz kaldığı,

egemenin iradesinin savunuculuğuna yapma, hukukçunun gündeminden ahlaki ve felsefi tartışmayı çıkarma gibi iddialarla *haksız yere* eleştirilmektedir. Analitik pozitivistler, ahlaki ve felsefi değerlendirmeleri yok saymamış, bilakis bu tarz tartışmalara bizzat katılmışlardır. Pozitivistler için de 'ideal', felsefi yaklaşımlarla savunulan bir 'olması gereken hukuk' bulunmaktadır. Böyle bir ideal hukuk tasarımına sahip olma, elbette ki pozitivistleri doğal hukukçu yapmaz. Üstelik bu yaklaşımları, onların doğal hukuka kapı araladıkları ya da özünde doğal hukuk düşüncesi olmaksızın yapamadıkları anlamına da gelmez. Belki de pozitivistleri, pozitivism-doğal hukuk tartışmasını bir anlığına göz ardı ederek okumak gerekir. Bu noktada sorulması gereken soru, böyle bir hukuk idealine sahip olmalarına rağmen, pozitivistlerin hukuk ve ahlak ayrımı iddiasıyla neye, niçin karşı çıktıkları ve neyi amaçladıkları olmalıdır. Bu sorunun yanıtı ise, bildirimizin sınırları dışında olması nedeniyle, gelecekteki çalışmalara bırakılmıştır.

Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi*

Kasım AKBAŞ**

1. Giriş

Sınırlarının nerede başladığı, nerede sona erdiği tam olarak kestirilemeyen bir "hareket" olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ), "hukuka ilişkin kuşku" nun ete kemiğe bürünmüş şekli olarak çıkar karşımıza.

Bu cümleden hareketle, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen bir makalenin, dört konuyu açıklaması beklenebilir: 1. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının sınırları 2. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının niteliği 3. Hukuka duyulan kuşku 4. Hukuka duyulan kuşku-yu somutlaştıran çalışmalar. Bu dört konu alanının ayrı başlıklar altında ele alınması ya da alınmaması, yazarın yeteneğine ve birikimine bağlı olarak değişebilir. Bu makalenin yazarının yeteneği ve birikimi, dört konuyu ancak iki başlık altında ele almaya yeterli olduğundan, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen çalışmasını, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi" olarak sınırlamıştır.

2. Küçük harfle: Hukuk eleştirisi de içeren çalışmalar

Mesele bir akım olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları değil de, hukuku eleştiren çalışmalar olarak ortaya konduğunda, geniş bir yelpaze ile karşı karşıya kahrız. Eleştirel Hukuk Çalışmalarından zamansal olarak önce ortaya çıkan her hukuk eleştirisini, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülü olarak kabul edecek olursak, bu yaklaşımın bizi hangi yüzyıldan, hangi binyıla savuracağı belirsizdir. Zira "hukuk eleştirisi" kavramı da tutarlı bir çizgiyi takip etmemizi zorlaştıracak çağrışımlar içerir. Söz gelimi, vazedilmiş kuralların eleştirisi olarak doğal hukuku da bu kapsamda ele almamız gerekir mi? Söz gelimi, "Adil olmayan yasa, yasa değildir." diyen Martin Luther King'in sivil itaatsizlik kuramı, bir hukuk eleştirisi olarak mı adlandırılır yoksa aksine hukuk bilincini pekiştirmeye yarayan bir çağrı olarak mı? Öy-

(15) H.L.A. HART, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*. Çev.: Erol Öz. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000).

(16) Aynı eser, s. 68.

(*) Bu çalışmanın "2.1. Hukuk ve Gelişme" ile "3. Büyük harfle: Eleştirel Hukuk Çalışmaları" başlıklarını taşıyan bölümleri, daha sonra "Hukukun Büyübozunmu" adıyla kitap olarak da basılan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi" başlıklı yüksek lisans tezi ile Mältepe Üniversitesi Dergisi 2005/1'de yayımlanan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nda Marksist Toplum ve Hukuk Çözümlemesi Eleştirisi" makalelerinden hemen, hemen aynı muhalaza edilerek alınmıştır. Birkaç küçük ekleme ve çıkarma dışında, bu bölümler için yeni kaynak taraması ya da okuması yapılmamıştır.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.