

HUKUKSAL POZİTİVİZMİ 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 eleştiriye dile getirenler, ilginç bir şekilde, “hukuksal pozitivizm” başlığı altında böyle bir genelleme yaparken, pozitivist düşünürlerin hangi ifadelerinden bu anlamı çıkardıklarına gönderme yapmaktan kaçınmaktadır. Bu çalışmanın 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 durumdadır. 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 deyimiyle 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

* Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu-III - İstanbul, Türkiye, 7-9 Eylül 2006. Yayımları: *HFSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-16*, ss. 343-350.

** Dr.

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

baskıyla olanaksız hale getirilmesi, bırakınız asli kaynaklara erişilmesini, betimsel içeriğe sahip ikincil kaynakların bile dolaşımını engellemektedir. Nihayetinde Türkçe literatürde hukuksal pozitivizm adına sadece eleştiriler hakkında araştırma yapma olanağı bulunmaktadır.

Sosyal bilimlerde belli yöndeki düşünceler; 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 haydudun ismidir. Herkesin boyuna uygun yatağı olduğunu söyler yolculara ve onları rahat ettireceği vaadinde bulunur. Tuzağına düşenleri yatağa yatırır, boyu uzun olanların bacaklarını keser, kısa olanları ise çekerek boylarını yatağa uygun hale getirir. Yatağın boyu yolcuların boyuna uyar uymasına da, Prokrustes'in kurbanları çoktan parçalanmıştır. Ne yazık ki hukuk felsefesi akımları olarak belirlenen okullar için de aynı şey geçerlidir. Bir şekilde bu okullar için belirlenen özellikler, -izm şemsiyelerinin altına sokulan bütün düşünceler için geçerli kılınır; sonuçta 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 hukukçuların hukuk kavramıyla, resmi görevlilerin uygulamakla yükümlü oldukları ve mahkemelerde yargıçların dikkate aldığı/alacağı kurallar bütününe 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 ağza dolaşan beş anlamı*"nı, bu sayının artırılabilirliğini de belirterek, şu şekilde aktarır:

² S. Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *AÜHFED*, C. XXXV, S. 1-4, 1978, s. 23.

- (1) yasaların, insanların buyrukları olduğu iddiası.
- (2) hukuk ve ahlak ya da olan ve olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağlantının olmadığı iddiası.
- (3) hukuksal kavramların analizinin (anlamlarının incelenmesinin) (a) gerçekleştirilmeye değer olduğu ve (b) yasaların nedenlerini ve kökenlerini araştıran 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 yapılmaksızın önceden belirlenmiş hukuksal kurallardan, 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 herhangi bir 'analitik hukukçu' bilmiyorum".*⁴

Daha önce de belirttiğimiz gibi, asıl tartışma noktası ya da pozitivistizmin yanlış anlaşıldığı yer, Hart'ın pozitivistizme 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, 'ayrılabilirlik tezi' olarak isimlendirilir ve hukuk ile ahlakın ayrı kategoriler olduğunu savunur. Açıktır ki, ayrı tutmak ile birini var sayarken diğerini 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 olmadığı söylüyorlarsa buna uygun bir tutumu

³ Hart, a.g.m., s. 601-2, dn. 25.

⁴ Aynı yer.

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

Bentham, şüphesiz, İngiliz hukuk ve siyaset tarihinin en etkili isimlerinden biridir. 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.

⁵ Ör. 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 sağlamaştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet irâdesinin üstünlüğü, içte ve dışta her hangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Felsefi pozitivizmle birlikte ideolojilere bilimsel bir kimlik verebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece irâdeci, devletçi hukuk anlayışı "bilimsellik" kavramı arkasına sığınmıştır." "İrâdeci hukuksal pozitivizm, ...ahlâk dışıdır, çağdışıdır, demokrasi ile bağdaşmaz. (a.e., s. 398.); Ernest Hırş, **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 vermelerine 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 ahlâkî bir borçtur."); Sururi Aktaş, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", **AÜEHFD**, 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.").

Bentham, 1828 yılında Cambridge ve Oxford'a alternatif olarak Londra Üniversitesi'nin (*University of London*, daha sonra *University College London –UCL*) kurulmasına 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 önsözünde şöyle der:

Hukuk hakkında bir şeyler söyleyecek herkesin, iki farklı niteliğe sahip olduğu düşünülebilir: *Açıklayıcılık* ve *Denetleyicilik*. *Açıklayıcı*nın kapsamına, kendisinin varsaydığı şekliyle Hukukun ne olduğu girer; *Denetleyici*ninkine 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 bulduğu hazzetme ve hazzetmeme sezgileriyle 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

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/het/bentham/government.htm> (06.05.02).

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, kaynağını doğal hukuktan aldığını 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 yapıtlarının 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

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.

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 belirtilegelmiştir.¹⁰ Halbuki, Austin'in egemenle ilişkilendirdiği hukuk, geniş anlamdaki 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 hukuktur. Bu iki hukuk birbirinden kavramsal ve olgusal olarak birbirinden 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 beşerî yasanın geçersiz olduğu şeklindeki sözlerine verdiği yanıtta açıkça ortaya konmaktadır:

[Blackstone bu sözüyle] tüm yasaların İlahi hukukla uygunluk içerisinde olmasını kastetmiş olabilir. Eğer kastettiği buysa, duraksamadan ona katılıyorum. (...) [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 katılıyorum. (...) Ancak Blackstone'a ait bu ifadenin anlamı, eğer bir anlamı varsa, sanki şöyleymiş gibi görünüyor: İlahi hukukla çatışan hiçbir insan yasası zorunluluk yükleyici ya da bağlayıcı değildir; diğer bir deyişle, İlahi hukukla çatışan bir yasa, *yasa* değildir (...).

¹⁰ Ör. bkz. Öktem ve Türkbağ, **a.g.e.**, s. 396; Keyman, **a.g.m.**, s. 30 ("Hukuki pozitivizm, müsbet kanunları, sırf egemen iradenin ürünü olmaları nedeni ile adil sayması 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.").

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 işlersem, 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 şekilde dönüşerek, hukuksal pozitivizmin kurulu düzenin savunuculuğunu yaptığı ve iktidarın iradesini ahlaken olumladığı söylenmiştir. Yukarıda aktardığımız ifadelerden, bu iddiayı da geçersiz kılacak 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 İngiltere'sindeki tüm aydınların ve siyasetçilerin Hobbes'tan beri en büyük arzusu, güçlü bir hükümet idi. Dolayısıyla, Bentham'ın sözlerini ikiye 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 düzende, genel itibarıyla hukuka

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

ilişkin bir düşünce ileri süreceksak, 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 gündeminden çıkarılmadığına ilişkin en güzel örnek, Devlin-Hart tartışmasıdır.¹³ Devlin-Hart tartışmasını tetikleyen, 1954'te Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Commitee on Homosexual Offences and Prostitution*, daha çok *Wolfenden Komitesi* 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 ahlâktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and*

¹² Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994), s. 199'dan aktaran: Brian Bix, "Doğal 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) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplolar kurmak. Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlâksızlıkları 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 İlkesi", *İÜHFİM* (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

Morality (Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk) başlıklı kitabında¹⁵ 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 tecavüz ederek, "evrensel değerler" in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler "bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan koruma vb." dir.

...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanıltıcıdır; 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 tanınmadığı 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 genellemeyle maruz kaldığı, egemenin iradesinin savunuculuğunu 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. 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.

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

¹⁶ Aynı eser, s. 68.