



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

Hart Öncesi Pozitivizm*

Positivism Before Hart

Frederick SCHAUER**

Çeviren: Arş. Gör. Muhammet KOÇAKGÖL***

ABSTRACT

Many contemporary practitioners of analytic jurisprudence take their understanding of legal positivism largely from Hart, and the debates about legal positivism exist largely in a post Hartian world. But if we examine carefully the writings and motivations of Bentham and even Austin, we

* Eserin orijinal künyesi: “Positivism Before Hart”, by Frederick Schauer, *University of Virginia School of Law: Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2010-1* (Publication date: January 2010). Orijinal metin için bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646

** David ve Mary Harrison Seçkin Hukuk Profesörü, Virginia Üniversitesi. Bu bildiri, 16-17 Aralık 2009 tarihlerinde University College London'da düzenlenecek John Austin ve Mirası konulu konferans için hazırlanmıştır. Brian Bix ve Brian Leiter'in yerli yerinde ve zorlu yorumları için; Scott Hershovitz, Don Herzog ve Michigan Üniversitesi Hukuk ve Felsefe Atölyesi öğrencilerine kıymetli soruları ve katılımları için son derece minnettarım.

*** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

E-posta: kocakgol@gmail.com. ORCID: 0000-0002-1406-2427.

Çeviri/Translation

Çeviri Geliş Tarihi: 09.09.2021/Çeviri Kabul Tarihi: 29.09.2021.

Atf: Muhammet Koçakgöl, “Hart Öncesi Pozitivizm”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (101-128).

will discover that there are good historical grounds for treating both a normative version of positivism and a version more focused on legal decision-making as entitled to at least co-equal claims on the positivist tradition. And even if we think of the inquiry in philosophical and not historical terms, there are reasons to doubt the view that a theory of the nature of law is the exclusive understanding of the core commitment of legal positivism. Positivism as a descriptive theory of the nature of law is important, but so too is positivism as a normative theory about the preferable attitude of society or theorists, and so too is positivism as a normative or descriptive theory of adjudication and other forms of legal decision-making. Those who understand positivism and the positivist tradition as being more normative or more adjudication-focused than the contemporary understanding allows are not committing either historical or philosophical mistakes, and little would be lost were we to recognize the multiple important contemporary manifestations of the legal positivist tradition.

ÖZET

Birçok çağdaş analitik hukuk felsefecisi, hukuki pozitivizm anlayışlarını büyük ölçüde Hart'tan almakta ve hukuki pozitivizm hakkındaki tartışmalar büyük ölçüde Hart sonrası bir dünyada gerçekleşmektedir. Oysa Bentham'ın ve hatta Austin'in yazılarını ve motivasyonlarını dikkatlice incelersek şunu fark ederiz: Her ikisinin düşüncelerini, hem pozitivizmin normatif bir versiyonu olarak hem de hukuki karar vermeye daha fazla odaklanmış bir versiyonu olarak ele almak için iyi tarihsel temeller bulunmaktadır. Zira pozitivizmin bu versiyonu pozitivist gelenek üzerinde eşit hakka sahiptir. Meseleyi tarihsel bağlamda değil felsefi bağlamda düşünelim bile, hukukun doğasına ilişkin bir teorinin, hukuki pozitivizmin özünde uzlaştığı tek versiyonu olarak görme anlayışından şüphe etmek için sebepler bulunmaktadır. Hukukun doğasına ilişkin tasvirî bir teori olarak pozitivizm önemlidir. Ancak toplumun veya teorisyenlerin tercih ettikleri tutum hakkında normatif bir teori olarak pozitivizm de önemlidir. Normatif veya tasvirî bir yargılama ve diğer hukuki karar verme biçimleri hakkındaki pozitivist teori de aynı şekilde öneme sahiptir. Pozitivizmi ve pozitivist geleneği, çağdaş anlayışın izin verdiği kadar normatif yönüyle anlayanlar veya mahkeme kararlarına daha çok odaklananlar, tarihsel veya felsefi bir hata işlememektedir. Hukuki pozitivist geleneğin çeşitli çağdaş tezahürlerinin önemini kavrayaydık çok az şey kaybederdik.

Hukuki pozitivizmi H.L.A. Hart icat etmedi. Ayrıca, onun son derece

etkili olan hukuki pozitivizm versiyonu,¹ önceki tüm versiyonları hükümsüz veya alakasız hale getirmedir. Ve bu ifadelerin ilki nerdeyse hiç tartışmalı olmasa da ikincisi İngiliz analitik hukukunun çağdaş uygulayıcılarının çoğu tarafından tartışmalı olmakla basitçe yanlış olmak arasında bir yerde algılanma eğilimindedir. Şunu gözlemek nerdeyse hiç abartılı olmayacaktır: Günümüz analitik hukuk felsefesi çok büyük ölçüde Hart ile başlar² ve onun Austin'e karşı argümanlarını³ kesinmiş gibi ele alır⁴ ve Bentham'ı hukuki pozitivizmin kurucu babası olarak görür.⁵ Tıpkı Wittgenstein'in kurduğu köprü gibi⁶ Bentham'ın özgün iç görüşleri bizi bulduğuşu-

-
- 1 H.L.A. **Hart**, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 2d ed., ed. P. Bulloch & J. Raz, 1994).
 - 2 Jules Coleman'ın editörlüğünü yaptığı *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) içinde yer alan "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" in açılış cümlesini ele alalım: "H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, hukuki pozitivizm geleneğindeki en önemli ve etkili kitaptır. Önemi tartışılmaz olsa da hem metodolojik hem de asli çekirdek inançları konusunda çok daha az fikir birliği bulunmaktadır."
 - 3 John **Austin**, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press, Wilfrid E. Rumble ed., 1995). Hart's critique is in Hart, op. cit. note 2, at pp. 18-78.
 - 4 Örneğin bkz. Leslie **Green**, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 1035-58, at p. 1049; Leslie **Green**, "Law and Obligations," in Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *Oxford Encyclopedia of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 514-47, at p. 517; D.N. **MacCormick**, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy," in A.W.B. Simpson ed., *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series) (Oxford: Clarendon Press, 1973), pp. 100-129. Austin'in yaptırımlara ve cebre odaklandığını savunan son girişimler için bkz. Grant **Lamond**, "Coercion and the Nature of Law," *Legal Theory*, vol. 7 (2001), pp. 35-57; Grant **Lamond**, "The Coerciveness of Law," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20 (2000), pp. 39-62; Danny **Priel**, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law," *Ratio Juris*, vol. 21 (2008), pp. 404-11; Frederick **Schauer**, "Was Austin Right After All?: On the Role of Sanctions in a Theory of Law," *Ratio Juris*, vol. 23 (forthcoming 2010); Nicos **Stavropoulos**, "The Relevance of Coercion: Some Preliminaries," *Ratio Juris*, vol. 23 (forthcoming 2010).
 - 5 Jeremy **Bentham**, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart ed. (London: Athlone Press, 1970). Bununla ilişkili olarak ayrıca bkz. Jeremy **Bentham**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., (London: Athlone Press, 1970).
 - 6 Ludwig **Wittgenstein**, *Tractatus Logico-Philosophicus*, D.F. Pears & B.F.

muza yere ulaştırmak için gerekli olabilirdi ama bunlar önemini çok az koruyabildi.⁷ Gerçekten de çağdaş analitik hukuk felsefecileri, modern hukuki pozitivizmin kökenini Hobbes, Bentham ve Austin'den aldığını kabul etseler bile, en azından Benthamcı ve Austinci tasavvurları Hartçı bir çerçeveden görme eğilimindedirler. Bentham ve Austin'e, Bentham ve Austin'in gerçekte inandıklarından ve yazdıklarından çok, Hart'ın ve devamındaki tartışmaların şekillendirdiği bir hukuki pozitivizm anlayışını atfederler.

Bu makaledeki amacım, řu ana kadar beyan ettiğim iddiaları desteklemek ve çağdaş anlayışla büyük ölçüde çelişen iki hukuki pozitivist anlayışın veya hukuki girişimin devam eden önemini göstermektir. Hukuki pozitivizmin hüküm verme (*adjudication*) hakkında hiçbir şey söylemediği şeklindeki yaygın görüşün aksine, bu anlayışlardan biri hukuki karar vermeyle (*legal decision making* -hüküm verme ile aynı şey olmamakla birlikte hüküm vermeyi de kapsamaktadır) birçok çağdaş pozitivistin düşündüğünden daha fazla bağlantılıdır. Ayrıca bu anlayış farklı hukuk sistemlerini nitilemede ve değerlendirmede bize faydalı bir ölçüt sağlamaktadır.

Her ne kadar Austin bu meselede yaygın olarak varsayıldığından daha önemli bir figür olsa da bu anlayış, köklerini Bentham'dan almaktadır.

McGuinness trans. (New York: Routledge, 1994), ¶6.54.

7 İzlenecek ayrıntılarla beraber řu örneklerdeki genel manayı tasvir etmeye çalışıyorum: Jules **Coleman**, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Joseph **Raz**, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979); Brian **Bix**, "Positively Positivism," *Virginia Law Review*, vol. 85 (1999), pp. 889-923, at pp. 903-17; Brian H. **Bix**, "Legal Positivism," in Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2005), pp. 29-49; Jules **Coleman**, "Negative and Positive Positivism," in *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pp. 3-27; Jules L. **Coleman** & Brian **Leiter**, "Legal Positivism," in Dennis Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 1996), pp. 241-260; **Green**, op. cit. note 5; Leslie **Green**, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 (2005), pp. 565-80; Brian **Leiter**, "Positivism. Formalism. Realism," *Columbia Law Review*, vol. 99 (1999), pp. 1138-64, at pp. 1150-53; Andrei **Marmor**, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26 (2006), pp. 683-704; Scott J. **Shapiro**, "On Hart's Way Out," in Jules Coleman ed., op. cit. note 3, pp. 149-91.

Ayrıca bu anlayış burada tartıştığım diğer anlayışla, yani Tom Campbell,⁸ Neil MacCormick,⁹ Gerald Postema,¹⁰ Jeremy Waldron¹¹ ve diğerlerinin¹² çalışmalarında geliştirilen pozitivizmin normatif versiyonuyla bağlantılı olmakla birlikte onlarla aynı değildir. Ancak bundan sonra konumuz kısmen normatif pozitivizm olacaksa da bizim asıl odak noktamız hukuki pozitivizm ile hukuki karar verme arasındaki ilişki olacaktır. Buradan hareketle Postema, Bentham'ın “sabit lafzi formülasyonlara dayanan” kamuya açık ve ampirik olarak temellendirilebilir otoriter kural söylemini “katı pozitivist”¹³ olarak tanımladığında bahsettiğim pozitivist anlayışa yaklaşmış olmaktadır. Benthamcı bu pozitivizm anlayışı sadece hukuk teorilerinden biri olarak değil hukuk sistemlerinin bir özelliği olarak da başka bir mecrada tartıştığım hukuki karar almaya ilişkin “sınırlı alan” (*limited domain*) anlayışıyla yakından ilişkilidir.¹⁴ İlginç biçimde bu Benthamcı anlayış Ronald Dworkin'in tasvirî açıdan isabetsiz ve ahlaki

-
- 8 Tom **Campbell**, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot, UK: Dartmouth Publishing, 1996).
- 9 Neil **MacCormick**, “A Moralistic Case for A-moralistic Law,” *Valparaiso Law Review*, vol. 20 (1985). 20-47.
- 10 Gerald J. **Postema**, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986).
- 11 Jeremy **Waldron**, “Normative (or Ethical) Positivism,” in Coleman, op. cit. note 3, pp. 411-33.
- 12 Örneğin David **Dyzenhaus**, “The Genealogy of Legal Positivism,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24 (2004), pp. 39-63; Liam **Murphy**, “The Political Question of the Concept of Law,” in Jules Coleman and eds., op. cit. note 3, pp. 371-409, Liam **Murphy**, “Better to See Law This Way,” *New York University Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 1088-1107; W. Bradley **Wendel**, “Civil Obedience,” *Columbia Law Review*, vol. 104 (2004), pp. 363-426, at pp. 383-85.
- 13 **Postema**, op. cit. note 11, p. ix.
- 14 Frederick **Schauer**, “The Limited Domain of the Law,” *Virginia Law Review*, vol. 90 (2004), pp. 1909-56. See also Frederick **Schauer**, “Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick),” in Maksymilian Del Mar & Zenon Bankowski eds., *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, UK: Aldershot, 2009), pp. 35-44, at pp. 41- 43.

bakımdan sakıncalı gördüğü pozitivist anlayışla da benzerlik göstermektedir.¹⁵ Ancak buradaki amacım, bu pozitivism türünün herhangi bir hukuki sistemde temsil edildiğini göstermek olmadığı gibi bu pozitivism türünü belirli bir hukuki rejim için normatif açıdan tercih edilebilir bir model olarak sunmak da değildir. Hatta buradaki amacım hukuki karar vermenin niteliği anlamında bir pozitivismin diğer pozitivism türlerinden üstün olduğunu göstermek bile değildir. Amacım normatif pozitivismin yanı sıra hukuki pozitivismin bu versiyonunun, seçkin bir tarihi kaynağa, hatırı sayılır çağdaş pratik öneme ve önemli bir analitik tutarlılığa sahip olduğunu göstermektir.

Bu alternatif pozitivismler ile çağdaş ana akım anlayış arasındaki fark sadece bir terminoloji meselesinden ibaret değildir. Söz konusu olan sadece “pozitivism” kelimesinin kullanılması ya da kullanılmaması olsaydı, sorunun çözümü için çok az şey kalırdı. Zira, niteleme ve tasnif araçları olarak kelimeler fark yaratsa da anlaşmazlık tamamen kelimelerle ilgili değildir. Mesele, daha ziyade, saygıdeğer bir geleneğin hâlihazırdaki somut durumuyla ilgilidir. Hukuki pozitivismin çekirdek inançlarına ilişkin Hartçı veya Hart sonrası anlayışın özgün veya açıkça en iyisi olduğunu iddia edenler,¹⁶ bu geleneğin tarihini modern analitik hukuk felsefesi penceresinden gereğinden fazla inceleyerek yanlış yorumlamış olmakla kalmazlar. Aynı zamanda ve daha da önemlisi, Hart öncesi pozitivist gelene-

¹⁵ Ronald **Dworkin**, *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977). Dworkin'i bu temelde nitelermeyi destekleyen argüman için bkz. **Schauer**, op. cit. note 15; Frederick **Schauer**, “Constitutional Invocations,” *Fordham Law Review*, vol. 47 (1997), pp. 1295-1312.

¹⁶ Örneğin bkz. **Bix**, “Positively Positivism,” op. cit. note 8, at pp. 903-15; **Coleman**, op. cit. note 3 (yargıçlara karar vermeleri konusunda talimat vermek, formalizmin ya da realizmin ne hakkında olduğuyla ilgili olabilirdi, ama ne John Austin'in "klasik" döneminde ne de Joseph Raz ve Jules Coleman'ın modern döneminde hukuki pozitivismin amacı bu olmamıştır.); John **Gardner**, “Legal Positivism: 5 ½ Myths,” *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46 (2001), pp. 199-227, at pp. 211-18 ((Hukuki pozitivism geleneği karar vermeyle ilişkili olmadığı gibi normatif açıdan da eylemsizdir (p. 213)); Kenneth Eimar **Himma**, “Judicial Discretion and the Concept of Law,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19 (1999), pp. 71-94; Leiter, op. cit. note 8, at pp. 1149-53 (“pozitivism” yargıçların ne yaptığıyla ilgili bir teori değildir, fakat hukuk kavramı hakkında bir teoridir); **Marmor**, op. cit. note 8 (Hukuki pozitivism, yargıçların ne yapması gerektiğiyle ilgisi olmayan, bütünüyle bir düşünce geleneğinden ibarettir (p. 685, 689)).

ğin çağdaş hukuk teorisiyle alakasız olduğunu kolayca varsaymış olabilirler. Bu yaklaşım hakikatten uzaktır ve bu makalenin temel amacı da bunun neden böyle olduğunu ortaya koymaktır.

I. BİR SÖZCÜK HAKKINDA BİRKAÇ SÖZ

Tuhaf olan bir şey var. O da hukuki pozitivizmin doğası hakkındaki çoğu tartışmanın “pozitivizm” kelimesiyle ilişkilendirilmesidir. Bentham ve Austin’in diğerlerinin yanı sıra “pozitif hukuktan” söz etmiş olmasına rağmen ve Auguste Comte’un on dokuzuncu yüzyıl bilimsel pozitivizmi, “pozitivizm” sözcüğünü açıkça hukuki bir teoriyi, rejimi veya duruşu tanımlamak için kullansa da,¹⁷ pozitivizm sözcüğü ilk olarak yirminci yüzyıl başlarında¹⁸ su yüzüne çıktı ve pozitivizm karşıtı Lon Fuller tarafından 1940 yılında “Law in Quest of Itself” (*Kendi Araştırması Dâhilinde Hukuk*) adlı eserde oldukça görünür hale getirildi.¹⁹ Pozitivizm hakkında buradaki ve sonraki çalışmalarındaki isabetsizliklerine rağmen²⁰, Fuller “pozitivizmi”, “olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında keskin bir ayırım yapmakta ısrar eden hukuk düşüncesi olarak tanımlamakla pozitivizmin boyutlarından birini aşağı yukarı isabetli bir şekilde ele almıştır.²¹

Pozitivist olsun ya da olmasın, kimi hukuk teorisyenlerinin Fuller’dan önce “pozitivizm” sözcüğünü kullanması sadece ilginç tarihsel bir söylentiden ibaret değildi. Aksine, sadece bir işaretten ibaret olsa bile tartışmalı terminolojik bir sahaya karşı karşıya olduğumuza dair bir işaret söz ko-

¹⁷ Auguste **Comte**, *A General View of Positivism*, J.H. Bridges trans. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

¹⁸ Anthony **Sebok**, “1920’lerin sonlarına kadar hukuk literatüründe böyle bir teorinin bu isimle tartışılmadığını” ifade etmektedir”, Anthony J. **Sebok**, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 2, ancak Kohler’de terim, bir hukuk teorisine açıkça atıfta bulunarak kendini göstermiştir. (Josef Kohler, *Philosophy of Law*, Adalbert Albrecht, trans. (Boston: Boston Book Co., 1914), s. xliii). İlginç bir şekilde, Kohler terimi, mevcut hukuka çok fazla odaklanmanın tehlikelerini, sonraki yıllarda Fuller ve diğerleri tarafından muhtemelen yanlış olarak vurgulanan tehlikelerini vurgulamak için kullanmıştır.

¹⁹ Lon L. **Fuller**, *The Law in Quest of Itself* (Boston: Beacon Press, 1940).

²⁰ Bkz. Lon L. **Fuller**, *The Morality of Law*, revised edition (New Haven: Yale University Press, 1969), pp. 110-12, 145-51; Lon L. **Fuller**, *The Anatomy of the Law* (New York: New American Library, 1968), pp. 184-85.

²¹ **Fuller**, op. cit. note 16, at 8.

nusuydu. Ve 1970'e gelindiğinde, Robert Summers "pozitivizm" sözcüğünün "tamamen muğlak ve baskın olarak aşağılayıcı" bir hal aldığı gerekçesiyle hukuk teorisinden tamamen dışlanması gerektiği konusunda ısrar ettiğinde,²² tartışmanın boyutu daha da artmıştı. Kırk yıl sonra, bu sözcük analitik hukuk felsefesi bakımından aşağılayıcı bir sözcük olmaktan elbette çıktı. Yine de bazı Amerikan hukuk fakültesi salonlarında pozitivizm sözcüğü, Summers'ın yazdığı ve Fuller'ın öne çıkıp geliştiği zamandaki izleri taşımaktadır.²³ Burada etimolojik manzarayı incelememizin gayesi, hukuki pozitivizmin "temelini" tanımladığını iddia edenlerin, yalnızca Hart'ın ve takipçilerinin görüşüne ve yazılarına hâkim olan anlayışın temelini tanımlamış olabileceklerini vurgulamaktır. Bu yaklaşım, hukukun doğası ve hukuk felsefesinin göreviyle ilgili önemli bir ilerlemeyi temsil edebilir, fakat bu kazanımlar bedelsiz olmamıştır. Bazen asıl mesele tam olarak Bentham ve Austin ile başlayıp Hobbes'a da çok şey borçlu olan Hartçı anlayışın biricik veya doğru versiyon olup olmadığı yahut bu çizginin en modern versiyonu olup olmadığıdır. Bu nedenle, pozitivist geleneği nasıl anlamalı sorusu (hukukun doğasını en iyi anlamak yerine) üzerinde dururken, Hart ile başlamak ve hukuki pozitivizmde merkezi figür olarak onun otoritesini varsaymak, bazen tam olarak saptamaya çalıştığımız şeyin sonucunu varsaymaktır.

II. POZİTİVİZMDE ÜÇ YAKLAŞIM

Açıklık sağlamak adına, her biri (muhtemelen) diğerlerinin yanı sıra hem Bentham hem de Austin tarafından desteklenen üç yaklaşım arasında ayırım yapmak istiyorum. Tartışmalı da olsa kavramsal pozitivizm (*conceptual positivism*) olarak adlandırabileceğimiz birinci yaklaşım, ilginç

²² Robert S. **Summers**, "Legal Philosophy Today – An Introduction," in Robert S. Summers ed., *Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Basil Blackwell, 1970), pp. 1-21, at pp. 15-16.

²³ Örneğin bkz. William **Bradford**, "'Another Such Victory and We Are Undone': A Call to an American Indian Declaration of Independence," *Tulsa Law Review*, vol. 71 (2004), pp. 71-123, at pp. 99-106; William N. **Eskridge, Jr.**, "Metaprocedure," *Yale Law Journal*, vol. 98 (1989), pp. 945- 74, at pp. 962-72; Pierre **Schlag**, "The Aesthetics of American Law," *Harvard Law Review*, vol. 115 (2002), pp. 1047-71; Jeffrey G. **Sherman**, "Law's Lunacy: W.S. Gilbert and the Deus ex Lege," *Oregon Law Review*, vol. 83 (2004), pp. 1035-96, at p. 1078; Robin **West**, "Three Positivismisms," *Boston University Law Review*, vol. 78 (1998), pp. 791-834.

türlerini ve anlaşmazlıklarını parantez içine almama rağmen, büyük ölçüde modern pozitivist anlayıştır. Yine de kavramsal pozitivizm, hukuk ve ahlak alanları arasındaki ilişki hakkında bir dizi kavramsal iddia üzerinde durmaktadır. En saf ve en geniş haliyle, çağdaş hukuk teorisinde dâhil edicilik (*incorporationism*),²⁴ kapsayıcı hukuki pozitivizm (*inclusive legal positivism*)²⁵ veya yumuşak pozitivizm (*soft positivism*)²⁶ olarak adlandırılan türlere en yakın olan kavramsal pozitivizm, ahlakın tüm olası dünyalarda ve hukuk sistemlerinde hukukiliğin zorunlu bir koşulu olmadığını savunur.²⁷ Başka bir deyişle, kavramsal pozitivizmin kapsayıcı versiyonu, ahlakın, genellikle ve hatta bazen arzu edilir bir şekilde şu veya bu hukuk sisteminde hukukun bir parçası ve tanıma kuralının bir parçası olduğunu, fakat hukuk kavramının bir bileşeni olmadığını iddia eder. Ve kapsayıcı pozitivizme en çok karşı duran, ama yine de kavramsal bir özellik arz eden dışlayıcı pozitivizm,²⁸ kapsayıcı pozitivizmin hukukiliğin ahlakiliği zorunlu olarak içermediği iddiasının aksine, hukukiliğin zorunlu olarak ahlaktan ayrı olduğu iddiasındadır.²⁹

Kavramsal pozitivizm tipik olarak tasvirî bir tez olarak takdim edilmektedir ve bu haliyle desteklenmektedir. Böylece kavramların var olduğu, bunların analizlerinin yararlı bilgiler sağlayabileceği³⁰ ve bunların

²⁴ Coleman, op. cit. note 3.

²⁵ W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994); Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism," in Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 125-65.

²⁶ H.L.A. Hart, "Postscript," in Hart, op. cit. note 2, pp. 238-76, at pp. 250-54.

²⁷ Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism," op. cit. note 8.

²⁸ Bkz. Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism," in Coleman & Shapiro, op. cit. note 26, pp. 104-24; Joseph Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law," in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1978); Joseph Raz, "Authority, Law and Morality," *The Monist*, vol. 68 (1985), pp. 295-324.

²⁹ Kapsayıcı ve dışlayıcı pozitivizm arasındaki farkı ifade etmenin bu yolunu Waldron'dan ödünç alıyorum, op. cit. note 12, at p. 414.

³⁰ Hukukta salt kavramsal analizin kıymeti hakkındaki şüpheler, Brian Leiter'de belirgin bir şekilde ifade edilmiştir, *Naturalizing Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 121-202; Brian Leiter, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis," in Jules Coleman ed., op. cit. note 3, pp. 355-70.

herhangi bir ahlaki veya normatif yük olmadan da tanımlanabileceği varsayılmaktadır.³¹ Dolayısıyla “pozitivizm” bir kavram hakkındaki bir nitelemeden ibarettir ve kavramsal pozitivist, hukuk kavramının doğası gereği, ahlakın bir parçası olmadığına ya da böyle bir zorunluluk olmadığına inanan kişidir.

Kavramsal pozitivist, hukuk ve ahlakın kavramsal ayrımının bir toplum ve kavramsal pozitivizmin kendisi için avantajlarını (tasvirî açıdan isabetli olmasına ek olarak) kabul etmekle birlikte bu avantajları (eğer gerçekten mevcutlarsa) şansa bağlı bir yan etkiden başka bir şey olarak görmemektedir. Kavramsal pozitivist, dünya hakkında üzücü bir gerçeklik anlamına da gelse, adaletsizliğe de yol açsa, hukuk ve ahlakın kavramsal olarak birbirinden farklı olduğuna inanmaktadır. Ama nasıl ki tifonun zararlı etkileri rasyonel gözlemciyi onun varlığını inkâr etmeye götürmüyorsa, aynı şekilde hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrılmasının olası zararlı etkileri de bu kavramsal ayrılmanın varlığı sorunuyla ilgisiz kalacaktır.

Buna karşılık, savunucularından Jeremy Waldron’un adlandırmasıyla normatif pozitivizm (*normative positivism*),³² hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrılmasını büyük ölçüde bu özelliğe sahip bir hukuk kavramı seçmenin bir işlevi olarak ele almaktadır. Normatif pozitivist, kavramları ya da anlayışları, içinde buldukları toplum tarafından yaratılan ve yeniden yaratılan sosyal yapılar olarak görmektedir.³³ Ve böylece normatif

31 Bu son varsayımın önündeki başlıca zorluklar için bkz.: John **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp. 3-22; Stephen R. **Perry**, “Hart’s Methodological Positivism,” in Coleman, op. cit. note 3, at pp. 311-54; Stephen R. **Perry**, “Interpretation and Methodology in Legal Theory,” in Andrei Marmor ed., *Interpretation and Legal Theory: Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 97-131.

32 **Waldron**, op. cit. note 12.

33 Bkz. Frederick **Schauer**, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (2005), 493-501. Waldron, normatif pozitivizmin normatif kısmı ile hukuk kavramının ontolojik statüsü arasındaki ilişki konusunda net değildir. Normatif pozitivizmi, hukuki yargının ayrılmasını “değer verilecek ve teşvik edilecek” bir şey olarak görmek şeklinde tanımlarken, değer verilecek ve teşvik edilecek bir şeye değer vermeden ve teşvik etmeden önce bunların bir varlığa sahip olup olmadığı konusuna doğrudan değinmez. Oysa dev pandalara değer vermemiz ve onların gelişimine yardımcı olacak kişileri cesaretlendirmemiz, dev pandaların normatif nedenlerle sosyal olarak inşa edildiğini göstermez. Ancak kavramlar ve elbette hukuk kavramı toplumsal yapıtlardır. Hukuki

pozitivist, pozitivist bir hukuk anlayışının, üreteceği iyilik nedeniyle bir toplum tarafından (veya muhtemelen bir teorisyen tarafından) tercih edilmesi gerektiğine inanmaktadır. Normatif pozitivizm, hukuki pozitivizmi birçok olası sebebin yanı sıra şunlar için teşvik eder: Pozitivist bir bakış açısı haksız yasalara itaatsizliği kolaylaştırabilir (Hart³⁴), hukuk refor-

ve ahlaki yargının ayrılığına değer verip teşvik etmek, hukuki ve ahlaki yargının ayrı kalması veya ayrı kalması için hukuk kavramının yaratılmasını veya yeniden yaratılmasını teşvik etmek anlamına gelebilir. Schauer'in durduğu yer burasıdır, fakat Waldron'un aynı yerde durup durmadığı belirsizdir.

- 34 Hart'ın yazıları, onun normatif pozitivizme sempati duyup duymadığı konusunda bir kesinlik göstermez. Pozitivizmin araçsal normatif nedenlerle seçilmesi gerektiği, Hart'ın makul bir okumasıdır. H.L.A. **Hart**, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 593-629 (see Murphy, op. cit. note 13), and in *The Concept of Law*, at p. 209. Hart, pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki "makul seçimi (reasoned choice)", "görelî kıymet (comperative merit)" meselesi olarak tasvir etmiştir. Hart, bu seçimi uygulamakla, bunlardan hangisinin "teorik araştırmalarımıza yardımcı olacağını veya ahlaki tartışmalarımızı ilerleteceğini veya her ikisini birden yerine getireceğini" içermesi gerektiğini söylemektedir. Hart'a göre pozitivizm, isabetli bir açıklama getirdiği için değil, "daha dar bir doğal hukuk kavramı benimsendiğinde sosyal bir fenomen olarak hukukun teorik veya bilimsel çalışmasından hiçbir şey elde edilemeyeceği" için tercih edilirdir. Dahası şunu söylemektedir (p. 210): "Resmî sistemin dışında, son çare olarak bireyin itaat sorunlarını çözmesi gereken bir şey vardır ki bunu herhangi bir yerde adaletsiz hiçbir şeyin hukuk statüsüne sahip olamayacağı fikrinden ziyade hukuk kurallarının adaletsiz olabileceğini düşünmeye alışmış olanların fikriyle canlı tutmak daha olasıdır." Hart, bu yolda iki sayfa daha ilerleyerek, pozitivist bir "hukuk kavramının" (s. 211) ahlaki erdemlerinin, bir toplumun böyle bir anlayışı benimsemesi için en iyi nedeni sağladığını açıkça ortaya koymaktadır.

Ancak, yukarıdakilere rağmen Hart, *The Concept of Law*'un başka yerlerinde ve hatta bazen 1958 tarihli makalesinde, birincil amacının tasvirî doğruluk olduğunu vurgular, (bkz. **Green**, "Inseparability . . .," op. cit. not 5, s. 1039). "Postscript" (p. 240) boyunca da açıkça ve ısrarla bu görüşünü pekiştirir. Ve bu nedenle, Hart'ın çalışmasında, onu hem normatif pozitivizmle bağdaştıran hem de bunun aksini gösteren ifadeler olduğu için Julie Dickson'ın Hart'ın mesele hakkındaki farklı görüşlerini "dikkat gerektirici" olarak nitelemesine güvenerek Hart'ın pozitivizm görüşünü tasvirî ya da normatif olarak tanımlamaktan kaçınmak tercih edilebilir (Julie **Dickson**, "Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?", in *Del Mar & Bankowski*, op. cit. note 15, pp. 161-83, at p. 164). Dolayısıyla Hart'ı normatif bir pozitivist olarak nitelendirmek sorgulanabilir ise de onun pozitivizminin tamamen tasvirî olduğu iddiası da aynı şekilde sorgulanabilir.

munu desteklemeye yarayabilir (Bentham), hukuka karşı gerekli bir mesafe koymayı veya hukuku onaylamamayı teşvik edebilir (Lyons³⁵), hukukun işlevlerinin daha fazla takdir edilmesini teşvik edebilir (Waldron). Her ne sebeple olursa olsun bu konumda duranlar, pozitivistin kendiliğinden ortaya çıkmaktan ziyade bir toplum tarafından seçildiğine inanmaktadırlar. Ve bunlar bir teorisyenin, alternatifler arasından pozitivistin seçmesinin tasvirî açıdan isabetli olmaktan başka bir amaç için daha iyi olduğu noktasında sebepler sunarlar.

Waldron ve diğerlerinin normatif pozitivistin, kurumsal bir tasarım değil, hukuk anlayışına ilişkin bir programdır. Belki Postema için ve kesinlikle Campbell için olmasa da,³⁶ en azından Waldron için pozitivistin, hüküm vermekle, hükmi olmayan hukuki kararların nasıl alınması gerektiğiyle veya daha iyi kararlar üretmek için hukuki kurumların nasıl tasarlanması gerektiğiyle ilgili değildir. Bu nedenle kavramsal pozitivistin tek gerçek pozitivistin olduğuna inananların, herhangi bir hüküm veya hukuki karar verme teorisine “pozitivistin” etiketini vurmaya şiddetle itiraz edeceklerinin farkında olarak, normatif pozitivistin, kararsal pozitivistin (*decisional positivism*) diyebileceğimiz şeyden ayırt edilmelidir.³⁷ Ancak bu itirazı geçici olarak paranteze alabiliriz, çünkü ilerleyen bölümlerde odak noktamızı bu konu oluşturacaktır. Şimdilik, kararsal pozitivistin (bazıları

35 David B. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice, and Political Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. ix-x (Lyons burada daha sonraları sorgulamaya başladığı pozitivistin olan sempatisini şu inancına dayanarak açıklar: Pozitivistin, “hukukun hak ettiği saygıya vücut verdi”). Ayrıca bkz. Frederick Schauer, “Positivism Through Thick and Thin,” in Brian Bix ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 65-78; Frederick Schauer, “Positivism as Pariah,” in Robert George ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 31-56; Frederick Schauer, “Fuller’s Internal Point of View,” *Law and Philosophy*, vol. 12 (1994), pp. 285-312.

36 See Campbell, op. cit. note 9, at pp. 41-68.

37 Örneğin yukarıdaki teorisyenlere ve alıntılara bakınız, op. cit. note 17. See also Green, op. cit. note 8, p. 1036 (“Hukuki pozitivistler tavsiyede bulunmuyorlardı. Hukukun doğasını anlamlandırmaya çalışıyorlardı”).

formalizm diyebilir),³⁸ hukuki kurumların ve hukuki karar alma süreçlerinin tasarımı hakkında bir görüş olduğunu söylemek yeterlidir.³⁹ Özellikle normatif yönüyle bu görüş, nispeten kesin kurallara dayanan kurumlar yaratma, yargısal takdiri asgari seviyeye indirme, yani yargıçların hukuk yaratma yetkilerini ve diğer hukuk-uygulayıcılarının takdir yetkililerini sınırlandırma, karar vericileri kolayca tanımlanabilir belirli kaynaklarla kısıtlama, genel olarak yargısal otoriteyi sınırlandırma ve öngörülebilirliği destekleme arayışı içerisindedir.⁴⁰ Dolayısıyla kararsal pozitivizm, pozitif hukukun hukuki karar vermedeki rolüyle ilgili bir görüştür ve bu görüşe pozitivist nitelemesini vermeyi haklı çıkaran şey de tam olarak hukukun açık ve kesin biçimde belirlenmiş olmasıdır. Bentham kararsal pozitivist görüşlere açıkça sahipti ve Austin ona göre daha net ve ses getirecek biçimde olmasa da kodifikasyonla ilgili olumlu görüşleriyle Bentham'la aynı tarafta yer almıştır.⁴¹ Nitekim Postema'nın yukarıda belirtilen nitelemesini en iyi açıklayan şey tam da kararsal pozitivizmdir.⁴²

38 See **Sebok**, op. cit. note 19. On form and formalism more generally, see Robert S. **Summers**, *Form and Function in a Legal System: A General Study* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

39 David **Dyzenhaus** (op. cit. note 13), burada betimlediğimle aynı çevrede olan "yargısal pozitivizm (judicial positivism)" dediği şeyin bir açıklamasını ve savunusunu geliştirir. Ancak hukuki uygulama, yürürlük ve yorumlamaya ilişkin bütün kararlar veya en önemli kararlar yargıçlar tarafından veriliyor demek için bir sebep yoktur. Ayrıca kullandığım terim, bir pozitivistin hukuki aktörlerin nasıl davrandıkları veya davranmaları gerektiğine dair teorinin yalnızca yargıçlarla sınırlı olmadığını göstermeye çalışmaktadır.

40 Şunu da hatırla tutmak gerekir (pace Marmor, op. cit. note 8): Kararsal pozitivist, bir yargıcın ahlaki ya da başka türlü görevleri hakkında bir görüşe sahip olmak zorunda değildir. Kararsal pozitivizm, her şeyden önce, hukuki karar verme kurumlarının tasarımına ilişkin bir görüştür. Yargısal karar alma konusunda pozitivist (ya da Benthamcı) görüş, yargıcın bakış açısından, pozitif hukukla çeliştiğinde bu ahlaki yargılara güvenmek doğru olsa bile, bir yargıcın kendi ahlaki yargılarına güvenmesini yaptırımlar yoluyla ya da başka bir şekilde engellemeye çalışır.

41 John **Austin**, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law* (Robert Campbell ed., New York: James Cockroft & Co., 1875), vol. II, pp. 108-35 (¶¶ 932-969) (Lecture XXXIX, parts I & II). See also Eira **Ruben**, "John Austin's Political Pamphlets 1824-1859," in Ellspeth Attwooll ed., *Perspectives on Jurisprudence* (London: Rowman & Littlefield, 1977), pp. 20-41.

42 Bkz. note 14, op. cit.

Bentham tarafından açıkça örneklendiği gibi, kararsal pozitivistin normatif bir ajandası bulunmaktadır, fakat bu ajandanın maddi (*substantive*) ahlaki veya politik hedeflere sahip olması gerekmediğini vurgulamakta fayda var. Bentham, “evrensel hukuk bilimi” (*universal jurisprudence*) terimini münhasıran hukuk formuna ilişkin sorunlara atıfta bulunmak için kullanmıştır.⁴³ Bentham’ın hukuki formla ilgili kaygıları büyük ölçüde maddi reformlara hizmet etmek için olsa da teoride, kodifikasyon, formalizm ve yargısal takdir konusunda kararsal pozitivist bir görüşü farklı zamanlarda ve farklı yerlerde farklı maddi sebepler için veya hiçbir maddi sebep olmaksızın tercih etmek mümkündür. Hatta bir kimse hukuk sisteminin reforma uğraması gerektiğine inanmadan, basitçe hukuk sistemindeki hukukun uygulanması, icrası ve yorumlanması konusunda hâlihazırdaki yaklaşımı desteklemek için de kararsal pozitivist alternatiflerine tercih edebilir.

Kararsal pozitivistliğe yönelik bahsi geçen nitelikleme onu normatif olarak tarif eder, ancak kararsal pozitivistliğin aynı zamanda tasvirî bir yönünün olduğu da söylenebilir. Tasvirî yönüyle kararsal pozitivistlik; bir hukuk sistemini, örneğin common law yerine yazılı kanunlara dayandığı ölçüde, bu kanunların muğlak olmaktan ziyade kesin olduğu ölçüde, kanuni yorumlamayla ilgili formalist bir yaklaşım benimsendiği ölçüde,⁴⁴ yargısal takdir yetkisi sınırladığı ölçüde ve makbul hukuki kaynaklar makbul sosyal kaynaklar dizisinin nispeten küçük bir kısmını oluşturduğu ölçüde pozitivist olarak nitelendirir. Pozitivistliğin bir tasvir olarak veya hukuk sistemlerini tasvir etmede bir ölçek olarak kullanmak, hukukun kurumsal tasarımını pozitivist bir yaklaşımla ele alma konusunda istekli olmayı zorunlu kılmaz. Örneğin, yazılı kanunlara katı biçimde dayalı bir hukuk sistemi, böyle bir sistemin kötü bir fikir olduğunu düşünen biri tarafından bile pozitivist olarak tanımlanabilir. Benzer şekilde, belirli bir hukuk sistemine uygulandığında tasvirî açıdan isabetsiz olduğuna inanan biri tarafından bile, hukuki karar vericilerin görevlerini, daha geniş politika, ahlak ve pragmatizm gibi kavramlardan ziyade, kaynağı belirli ve sınırlı bir dizi hukuki materyale dayalı olarak ifa etme olarak anladıkları bir yaklaşım da

⁴³ Bkz. **Postema**, op. cit. note 11, at pp. 304-08.

⁴⁴ Bkz. Frederick **Schauer**, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009), pp. 29-34, 148-70, 228-29; Frederick **Schauer**, “Formalism,” *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 509-41.

pozitivist olarak tanımlanabilir. Örneğin Dworkin, Hakları Ciddiye Almak adlı eserindeki örneği pozitivist olarak tanımlarken, aklında olan şey kararsal pozitivizm olmalıydı. Zira Riggs v. Palmer'daki muhalif görüşün⁴⁵ pozitivist olarak nitelenmesine imkân verecek olan sadece kararsal pozitivizmdir ki bu durum Dworkin'in pozitivizmin yargısal karar vermede kaynağı belli olmayan ahlaki ilkelere çok az yer verdiği görüşünü açıklayabilir.

Dolayısıyla, kararsal pozitivizm hem normatif boyuta hem de tasvirî boyuta sahiptir. Normatif açıdan, yargıçların, polis memurlarının ve diğer hukuk görevlilerinin takdir yetkisini asgariye indirecek şekilde hukuk sistemlerinin tasarlanması gerektiği iddiası bulunmaktadır. Tasvirî açıdan ise fiili hukuk sistemlerini nitelemede kullanılabilir bir ölçüttür. Bu nedenle, tasvirî açıdan, herhangi bir gerçek civil law ülkesinden (*civil law country*) ziyade Bentham'ın özlemine çektiği amacını daha iyi örnekleyen civil law ideali (hatta klişesi demek daha uygun olabilir), mutlak kararsal pozitivizmin (*extreme decisional positivism*) uç noktasını oluşturabilir. Diğer taraftan common law yöntemleri, araçsalcılık (*instrumentalism*) ve anti-formalizm tarafından yayılan ve tartışmalı bir şekilde günümüzün Amerika Birleşik Devletleri'nde desteklenen bir hukuk sistemi, minimal kararsal pozitivizm (*minimal decisional positivism*) olarak diğer uç noktayı oluşturabilir.⁴⁶ Böylece, normatif olmayan yönüyle kararsal pozitivizm, formel hukuki kaynak metinlerinin hukuki kararları ne ağırlıkta kısıtladığı hakkında ve bu kaynaklar dizisinin ne kadarının bütün sosyal kaynakların bir alt kümesi olarak sınırlanıp, içeriğe göre değil de kaynağına

⁴⁵ 22 N.E. 188 (N.Y. 1889).

⁴⁶ Bkz. P.S. **Atiyah** & R.S. **Summers**, Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions (Oxford: Clarendon Press, 1987); Richard A. **Posner**, Law and Legal Theory in England and America (1996); Robert S. **Summers**, Instrumentalism and American Legal Theory (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1982). Amerikan araçsal ve anti-formalist geleneğin ikonik eserleri arasında şunlar yer alır: Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982); Lon L. **Fuller**, The Morality of Law (New Haven: Yale University Press, rev. ed. 1969); Henry M. **Hart**, Jr. & Albert M. Sacks, The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law, ed. William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey (New York: Foundation Press, 1994); Oliver Wendell **Holmes**, Jr., "The Path of the Law," Harvard Law Review, vol. 10 (1897), pp. 457-78; Karl N. **Llewellyn**, The Common Law Tradition: Deciding Appeals (Boston: Little Brown, 1960).

göre tanımlandığı hakkında bir ölçek veya çift değişkenli olmayan bir ölçüttür.

III. NORMATİF POZİTİVİZMİN ÇOKLU BAKIŞ AÇISI: KISA BİR PARANTEZ

Akademisyenler, kavramsal pozitivistimin salt tasvirî iddialardan oluşmasının mümkün olup olmadığını bile tartışmışlardır.⁴⁷ Oysa normatif pozitivism, tasvirî kavramsal pozitivistimin imkânsızlığını zorunlu kılmaz ve normatif pozitivistimin arzu edilirliliği bunun kaçınılmaz olduğu anlamına gelmez. Değerden bağımsız bir şekilde keşfetmek ve tasvir etmek mümkün olsa bile, bu şekilde tasvir edilen bir hukuk kavramının onay alması veya kınanması, teşvik edilmesi veya sınırlandırılması, değiştirilmesi veya sürdürülmesinin gerekip gerekmediği hakkında düşünmek yine de kayda değerdir. Hukuk kavramının toplumsal olarak inşa edilmiş ve dolayısıyla değişmez olmayan doğasını kabul ettiğimiz sürece,⁴⁸ o toplumsal yapının ürünü hakkında hangi tutuma sahip olunacağını (ve bu tutum ekseninde hangi eylemlerin gerçekleştirileceğini) düşünmek, hatta zamanın herhangi bir anında neyin inşa edildiğini tanımlayabilmek teorisyenin veya vatandaşın değerlendirmesine açıktır.⁴⁹ Neticede, normatif pozitivistimin ardındaki iddialar ve benzer şekilde, kararsal pozitivistimin normatif versiyonunun ardındaki iddialar üzerinde kafa yormak yararlıdır. Bu nedenle, normatif pozitivism hakkında, kısmen konu dışına çıkıp şu olguya özel atıfta bulunarak birkaç şey daha söylenebilir: Normatif olmanın ne olduğu, kimin normatif olacağı ve bunların ne hakkında normatif olması gerektiği konusu ilgili yazında açık biçimde ortaya konmamıştır.

Dolayısıyla, normatif, “olandan” ziyade “olması gerekenin” alanına girse de soru kimin neyi yapması gerektiği hususunda ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷ Örneğin şunlarla karşılaştırınız: Julie **Dickson**, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001); **Marmor**, op. cit. note 8; Joseph **Raz**, “Can There Be a Theory of Law,?” in Golding & Edmundson, op. cit. note 8, pp. 324-42; Philip **Soper**, “Choosing a Legal Theory on Moral Grounds,” *Social Philosophy and Policy*, vol. 4 (1986), pp. 31-48; Wilfrid J. **Waluchow**, op. cit. note 26, pp. 86-98, with Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), pp. 140-240; **Finnis**, op. cit. note 32, pp. 3-22; **Perry**, op. cit. note 32.

⁴⁸ Bkz. Leslie **Green**, *The Concept of Law Revisited*, Michigan Law Review, vol. 94 (1996), pp. 1687-1717, at pp. 1687-92.

⁴⁹ Önceki cümleler, Schauer’in argümanını özetlemektedir (**Schauer**, op. cit. note 34).

Örneğin Waldron'un, normatif pozitivizmi ileri sürerken, hukukun pozitivist bir şekilde anlaşılmasını mı talep ettiği veya diğer hukuk teorisyenlerinin hukuku pozitivist bir şekilde anlaması gerektiğini mi öne sürdüğü, yoksa hukuk teorisyenlerinin hukuku pozitivist bir şekilde anlamaları için iyi sebeplere sahip olduklarını mı açıkladığı yahut toplum için hukuku pozitivist tarzda anlamının ve hukuku böyle tasvir etmenin daha iyi olacağını mı düşündüğü tamamen açık değildir. Bu yaklaşımların hepsi imkân dâhilinde olmakla birlikte geliştirilen normatif iddiaların doğasını anlamak da önemlidir.⁵⁰

Buna göre Hart, Fuller'la tartışırken normatif bir duruş sergiliyorsa ve buna itiraz ediliyorsa,⁵¹ benimsediği normatif duruş, toplumun hukuku pozitivist tarzda anlamasının daha iyi olacağı şeklindedir. Bunun nedeni ise hukuk ile ahlakın birbirinden farklı olması değil, bunları farklı olarak anlamının, kötü yasalara itaatsizlik konusunda toplumsal iyiliği güçlendirecek olmasıdır. Bu görüşte bir hukuk kavramının toplum tarafından inşa edildiği ve şu ya da bu şekilde inşa edilebileceği varsayımı örtülü olarak yer almaktadır. Yapılan tercih bu denli aşikârken, Hart'ın normatif pozitivizmini toplumun hukuk hakkında belirli bir anlayışa sahip olması için bir savunma⁵² ve bu hukuk anlayışı bakımından, hukukla ahlakın ayrı normatif alanlar olarak kavramsallaştırılması olarak görmek mümkündür.

Alternatif olarak, diğer normatif pozitivistler, (Bentham buna iyi bir örnektir) tıpkı Bentham'ın kısmen Blackstone'a ve ondan etkilenmiş olabilecek kişilere görüşlerini yöneltmesi gibi, pozitivizm hakkındaki görüşlerini teorisyenlere (*theorists*) ve yorumculara (*commentators*) yöneltiyor olabilirler. Bu tür normatif pozitivistler, teorisyenlerin ve yorumcuların bazı araçsal nedenlerle (belki hukuki reform çabalarını daha etkin motive

50 Kıymetli bir tartışma için bkz: Stephen R. Perry, "The Varieties of Legal Positivism," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9 (1996), pp. 361-88. Ayrıca Leslie Green'in metodolojik ve nesnel ayrımlara ilişkin iddiaları için bkz. Green, op. cit. note 5, at pp. 1038-39.

51 Bkz. op. cit. note 35.

52 Bu savunmanın herhangi bir doğrudan etkisi olacağını varsaymak abartılı olurdu, ama aynı şey neredeyse tüm ahlak ve siyaset felsefesindeki normatif yaklaşımlar için de söylenebilir. Normatif ahlaki, politik ve hukuk felsefesi girişimleri, felsefi ilerlemenin nihayetinde ve kümülatif olarak sosyal değişime dönüşebileceği inancına dayanır. Fakat sadece bu girişimlerin kuruntulu katılımcıları, bu değişimin kısa vadede ya da herhangi bir teorisyenin çabası sonucu gerçekleşeceğine inanır.

etmek veya sadece düşüncelerini netleştirmeye yardımcı olmak için) pozitivist olmaları gerektiği konusunda tercihte bulunacaklardır. Yine de bu normatif duruş, teorisyenleri ve yorumcuları tasvirî doğruluk dışındaki nedenlerle pozitivismi seçmeye, desteklemeye, onaylamaya veya teşvik etmeye yönlendiren duruştur.

Normatif pozitivism ve kararsal pozitivismin bir boyutu normatif duruşlar olarak karşımıza çıktığı için, bu yaklaşımların çeşitli versiyonlarındaki normatif düşünceyi konumlandırmak önem arz etmektedir. Hiçbir farklı düşünce ya da bakış açısı mutlak biçimde bir diğerinden üstün değildir. Yine de burada tartıştığım normatif odaklı pozitivismler dâhil olmak üzere, herhangi bir normatif duruşu tartışılan görüşlerin kaynağını, hedefini ve öznesini kavramadan anlamak zordur.

IV. BENTHAM'IN VE AUSTIN'İN AJANDASI

Kavramsal öncelik ve nedensellikle alakalı felsefi konulara girmeden önce, büyük ölçüde tarihsel olan bir araştırma yapmak yararlı olacaktır. Nitekim Bentham'ın, hiçbirini “pozitivist” olarak nitelemese de pozitivismin yukarıda açıklanan üç boyutuna birden katıldığını bilmekteyiz. Bununla birlikte, nitelendirmeler bir yana, Bentham bir normun hukuki olarak varlığının ve tasvirinin, onun ahlaki statüsünden veya arzu edilirliliğinden ayırt edilmesi gerektiğine inanmaktaydı. Dolayısıyla onun hukuk ve ahlakın ayrı olduğuna onay vermesiyle ilgili pek az şüphe bulunmaktadır. Üstelik Bentham, yalnızca hukuk ve ahlakın ayrılabilirliğini onaylamamıştı. Bentham, sürekli rahatsız etse bile, çoğu kez insanlar bunu fark edemeseler de ahlakla pozitif hukukun gerçekte de ayrı olduğuna inanmaktaydı. Hukukla ahlakın ayrı olmasının ne anlama geldiği sıklıkla tartışmalıdır ve basit olmaktan uzaktır, ama Bentham'ın hukuk ve ahlakı farklı düşünce alanları olarak gördüğüne dair çok az şüphe bulunmaktadır. Ve böylece Bentham'ı yukarıda açıklanan pozitivism versiyonları açısından nitelemeye çalışırsak, Bentham'ın kavramsal bir pozitivist olduğu sonucu çok az dikkat çekmelidir.⁵³

⁵³ Kavramsal ve normatif pozitivismin birbirini dışlayıp dışlamadığı hakkındaki ilginç metodolojik soruyu parantez içine alıyorum. Kavramsal pozitivist, normatif inançlara sahip olmadan veya öyle bir varsayımda bulunmadan tanımlanabilecek, önceden var olan bir kavram olduğuna inanıyorsa; ve eğer normatif pozitivist, bir hukuk kavramı inşa etmenin normatif düşüncelere dayanması gerektiğine inanıyorsa, o halde bu ikisi bağdaşmaz. Ancak bir kimse kavramlar normatif olmasa da normatif nedenlerle kavram yaratılabileceğine inanıyorsa veya insanların normatif olmayan kavramları

Oysa Bentham'ın ve büyük ölçüde Austin'in kavramsal pozitivizmi, tarafsız gözlemciliğin bir fonksiyonundan ibaret değildi. Her ikisi de hukuku ahlaktan ayırmada tasvirî olmayan bir nokta olduğuna ve bu noktanın hukuk reformunu kolaylaştırmak olduğuna inanmakla normatif ve aynı zamanda kavramsal pozitivisttiler.⁵⁴ Elbette Bentham mevcut hukukun hem detaylarına hem de bütününe karşı şiddetli bir eleştirmendi. Mahkemenin yaptığı hukuk ve usul hukukunun tamamı gibi, common law da onun için lanetliydi⁵⁵ ve bu örnekler Bentham'ın eleştirisinin ölçüsünü göstermektedir. İngiliz hukukuna olan itirazları, hukukun büyük kısmına (belki de tamamına) yönelikti. Olan hukuk ve olması gereken hukuku birbirinden ayırmak, böylece hukukla ahlakı ayırmak, Bentham için İngiliz hukuk sisteminin içeriğini ve yapısını değiştirmek bakımından temel teşkil etmekteydi. Ayrıca ve özellikle mevcut bağlamla ilgili olarak, Bentham'ın normatif ajandası, kavramsal veya tasvirî programına tabi değildi. Aksine, olan hukukla olması gereken hukuku ayırmayı önemli kılan şey onun normatif ajandasıydı. Motivasyonuna bakıldığında (elbette bu, mantıksal veya kavramsal öncelikle aynı anlama gelmez), Bentham'ın kavramsal pozitivizmini normatif nedenlerle geliştirdiğine pek şüphe bulunmamaktadır.

Bariz bir şekilde bazı salt tasvirî hedefleri olan Austin'e gelince, durum o kadar net görünmemektedir. Fakat Austin'in de kapsamlı bir hukuki reform ajandası⁵⁶ vardı ki olan hukukla olması gereken hukuku ayırmanın avantajlarını, tasvirî doğruluk dışındaki nedenlerle açıklamaktaydı.⁵⁷ Zira

tanımlamak ve vurgulamak için normatif nedenleri olabileceğine inanıyorsa, o halde normatif ve kavramsal pozitivizm birlikte var olabilir ve burada Bentham hakkında yaptığım tek şey bu mütevazı iddiadır.

54 “ve aynı zamanda” ibaresi önem arz etmektedir. Coleman, hukuki pozitivizmi “bazı pozitivistlerin, özellikle Bentham'ın sahip olabileceği program veya normatif saikler” ile “karıştırmaya” karşı uyarıda bulunur, (“Negative and Positive Positivism”, a.g.e. cit. not 3). Ama ben kavramsal ve normatif pozitivizmin farklı olduğunu zaten inkâr etmiyorum. Coleman'ın, yalnızca ilkinin “pozitivizm” olarak adlandırılma hakkına sahip olduğu iddiasına karşı çıkıyorum ve ikincisinin (“belki” kelimesine dikkat edin) olumsal ve ikincil olduğu konusundaki görüşünü sorguluyorum, bu ikisinin birbirinden farklı olduğunu ise rahatlıkla kabul ediyorum.

55 Bkz. William **Twining**, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1985).

56 Bkz. **Rumble**, *The Thought of John Austin*, op. cit. note 54.

57 **Rumble**, *ibid.*

normatif hukuki reform fikirlerinin kendi hukuk teorisi tarafından desteklendiğine ve bu hukuk teorisinin köklerini kendi faydacılığında aldığına inanmaktaydı.⁵⁸ Ayrıca, kodifikasyon üzerine daha sonra yazdıkları özellikle güçlü bir normatif tarafın varlığını göstermekteydi.⁵⁹ Dahası, Austin'in normatiflikle ilgili olmayan itibarının, bazı halefleri (özellikle Thomas Erskine Holland) tarafından kısmen körüklendiğine inanmak için sebepler bulunmaktadır. Nitekim haleflerinin Austinci fikirleri yorumlama şekli, Austin için tasvirî olanla birlikte var olan normatif yönleri ortadan kaldırmıştır.⁶⁰

Normatif pozitivizmden kararsal pozitivizme ve Bentham'a geri dönersek, reform önerilerinin onun aynı zamanda kararsal bir pozitivist olduğunu ortaya çıkardığını görmekteyiz. Yargıçlar hakkında iyi bilinen küçümseyici bakışı somutlaştırıldığında Bentham, yazılı kanunların, civil law'un baskın olduğu ve yargıcın takdir yetkisinin en aza indirildiği bir hukuk sisteminin savunucusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, Bentham'ın yazılı kanunlarının özelliklerinden biri, somut davalarda yargıçların ve diğer hukuki karar vericilerin siyasi, politik, ekonomik veya ahlaki yargıda bulunmalarını engellemeye çalışmasıydı. Yargısal karar verme davranışı, yazılı kanunlardaki terimlerin olağan anlamlarını belirli davalardaki olgulara uygulamakla, lafzi olarak açık yazılı kanunları belirli

58 “Analitik pozitivizm, ilk olarak, hukukun buyruk ya da emredici teorisine dayanır. Bu, usulüne uygun olarak oluşturulmuş siyasi otorite tarafından, İngiltere örneğinde, egemen Parlamento tarafından ortaya konan hukuktur ve hukuk olan sadece bundan ibarettir. Hukukun buyruk teorisinden, yargıçların yasa yapma işinin olmadığı, çünkü bu yasama organının işi olduğu ve yargıçların bunu yapması yasa koyucunun işlevlerini gasp etmek olacağı şeklindeki normatif bir önerme türetilmiştir.” Edward **McWhinney**, “English Legal Philosophy and Canadian Legal Philosophy,” McGill Law Review, vol. 4 (1958), pp. 213-41, at p. 226. Austin'in yargı tarafından yaratılan hukuku reddettiği konusunda McWhinney ile aynı fikirde olmasa da Austin'in biyografisini yazan W.L. Morison, Austin'in tasvirî ve kavramsal iddialarından karar vermeye ilgili yukarıdaki gibi bir görüş türetilmesinin, diğer on dokuzuncu yüzyıl analitik hukuk felsefecilerinden çok Austin için geçerli olduğuna karşı çıkmaz. (W.L. **Morison**, “Some Myth About Positivism,” Yale Law Journal, vol. 68 (1958), pp. 212-233).

59 **Austin**, Lectures on Jurisprudence, op. cit. note 42.

60 Bkz. **Morison**, op. cit. note 54, at p. 152.

olaylara uygulamak şeklinde sınırlandırılmıştı. Böylece istenen hukuki sonuçlara neredeyse tamamen ulaşılabacaktı. Ahlaki soruları belirlemek ise açıkça sürecin bir parçası değildi.⁶¹

Austin, mahkemenin yarattığı hukuka (*judicial legislation*) Bentham'a göre çok fazla olmasa da daha ılımlı yaklaşıyordu. Mahkemenin yarattığı hukukun var olup olmadığı ve bunun hukukun bir parçası olup olmadığı konusunda keskin bir şekilde farklılaşmışlardı. Austin, mahkemenin yarattığı hukukun varlığına ve hukuk olarak statüsüne inanmakta iken⁶² Bentham mahkemenin yarattığı hukukun hiçbir şekilde hukuk niteliğini taşımadığına inanmaktaydı. Bununla birlikte, mahkemenin hukuk yaratmasının arzu edilirliliğiyle ilgili olarak Austin'in görüşleri zamanla değişime uğramıştır. "Province of Jurisprudence Determined" (*Hukukun Belirlenmiş Alanı*) adlı eserinde Austin yargılama ve yargıcın yarattığı hukuk (*judge-made law*) hakkında çok az şey söylemiştir. Fakat yargıçları "ürkek, dar, parça parça" ve "muğlak, kuşkulu ifadeler altında" hukuk yaratmakla eleştirirken bile yargıçların hukuk yaratmasını "son derece faydalı, hatta kesinlikle gerekli"⁶³ olarak nitelendirmekteydi. Oysa Austin dikkatini doğrudan kodifikasyonlara çevirdiğinde, sadece genel olarak yasamaya dayalı kodifikasyonları desteklemek için kapsamlı bir şekilde yazmakla kalmamıştır. Aynı zamanda özellikle "içtihat hukukuna içkin kötülükler" göz önüne alındığında, kodifikasyonu "elverişli bir çözüm" olarak nitelendirerek uzun uzadıya tartışmıştır.⁶⁴ Bu nedenle Austin'in mahkemenin yarattığı hukuku eleştirmediği görüşü, Austin'in yazılarının incelenmesiyle veya yaşamı boyunca gelişen kodifikasyon hareketini aktif olarak desteklemesiyle ve bu harekete katılmış olmasıyla tezatlık oluşturmaktadır. Austin, kodifikasyonu desteklemekte, mahkemenin yarattığı hukukun ve parlamentonun yaptığı hukukun spesifik ve takdir sınırlayıcı olması gerektiğine inanmaktaydı. Ve en önemlisi, parlamentonun daha açık, kesin ve kapsamlı yasa yapması durumunda mahkemenin yarattığı huku-

61 Bentham'ın yargılama konusundaki görüşünün bu kaba ve basit nitelemesi, Postema'nın (op. cit. note 11) çok daha karmaşık ve titiz açıklamalarına yetişmez, fakat burada Bentham'ın yargı gücünün erdemleri hakkındaki genel şüpheciliğini vurgulamak yeterlidir.

62 Austin yasamanın verdiği yetki sayesinde bunun olabileceğine inanmaktaydı.

63 **Austin**, *Province*, op. cit. note 4, at p. 163.

64 **Austin**, *Lectures on Jurisprudence*, op. cit. note 42, pp. 108-35 (¶¶ 932-969) (Lecture XXXIX, parts I & II).

kun azaltılabileceğine ve azaltılması gerektiğine inanmaktaydı. Bentham'dan farklı olarak Austin, mahkemenin yarattığı hukukun gerçek hukuk olmadığına katılmamaktaydı ve bunun tamamen ortadan kaldırılabilmesine inanmıyordu. Ve yine Bentham'dan farklı olarak Austin, kodifikasyonun yeniden başlamak yerine mevcut hukuki ilkeleri pekiştirmesi ve netleştirmesi gerektiğine inanıyordu. Ancak eğer normatif kararsal pozitivizm, hem hukuk sūjelerinin hem de hukuku uygulayan, yorumlayan ve uygulayan hukuki karar vericilerin hukuk sistemi içerisinde ahlaka (veya politikaya) çok az başvurmaya ihtiyaç duyacak şekilde yapılandırmak gerektiğine ilişkin bir görüş ise, o halde Austin açıkça kararsal bir pozitivist olarak nitelendirilir. Zira ister kendi döneminde ister şimdi olsun Austin, Bentham'a common law'un destekçilerinden daha yakın bir yerde durmaktadır.

V. HUKUKİ POZİTİVİZMİN ÇEKİRDEK/TEMEL İNANÇLARI

Artık ortak paydada buluşan alanları ve anlaşmazlık alanlarını belirleyip özetleyebilecek durumdayız. Diğerlerinin yanı sıra Bentham ve Austin'in kavramsal pozitivistliğe, normatif pozitivistliğe ve kararsal pozitivistliğe onay verdikleri açıktır. Bunun tarihsel bir gerçeklik olduğu, normatif pozitivistizm veya kararsal pozitivistlikten birini hakiki pozitivistizm olarak görmeye direnenler tarafından kategorik olarak reddedilmemektedir. Aksine, eleştirmenler, normatif ve kararsal pozitivistliğin (ya da karar vermeyle ilgili herhangi başka bir görüşün) Bentham ile Austin'in düşünce ve çalışmalarının basitçe olumsal ya da tesadüfi özellikleri olduğunda ısrar etmektedirler.⁶⁵ Hukuki pozitivistliğin hakiki temelinde yatanın ise kavramsal pozitivistizm olduğu konusunda diretmektedirler. Eleştirmenlere göre hukuki pozitivistizm, hukuk kavramı hakkında, hukukun doğası hakkında genellikle hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrı veya bazılarına göre ayrılabilir olduğu şeklindeki⁶⁶ ayrılma tezinin (veya ayrılabilirlik tezi

⁶⁵ “Hukuki pozitivistizm, hukuk hakkında kavramsal veya analitik bir iddiada bulunur ve bu iddia, belirli pozitivistlerin, özellikle Bentham'ın sahip olabileceği program veya normatif saiklerle karıştırılmamalıdır.” (Coleman, op. cit. not 8, s. 11).

⁶⁶ Örneğin bkz. Brian H. Bix, “Legal Positivism,” Martin P. Golding & William A. Edmundson, eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell Publishing, 2005), pp. 29-49, s. 31: “Hukuki pozitivistizm, hukukun doğası hakkında bir teoridir, kendini nitelendirmek suretiyle tasvirî veya kavramsal bir teoridir. Hukuki pozitivistizm, belirli uyumsuzlukların nasıl kararlaştırıldığı,

demek daha yerinde olabilir)⁶⁷ bir biçimini alan tasvirî bir iddiadan ibarettir. Bentham, Austin ve Hart'ın hukuku bu şekilde anlamının belirli siyasi, ahlaki ve kurumsal tasarıma ilişkin avantajları getirdiğine inanmaları da, hukuk kavramını tanımlarken hukukilik ile ahlakın ayrılabilirliğini tasvir etmenin neredeyse şansa bağlı bir yan etkisinden ibaretti. Ve Bentham ile Austin'in kodifikasyonu ve hukuki karar verme konusunda sınırlı bir alan anlayışını desteklemeleri de yine sadece bir tesadüften ibaretti veya daha adil olmak gerekirse, onların düşüncelerinin, pozitivizmlerinin analitik yönüyle bağlantılı olmayan bir özelliğinden ibaretti.

Ancak kavramsal pozitivizmin veya hukukun doğasına ilişkin bir iddianın hukuki pozitivizmin çekirdek/temel inancı (*core commitment*)⁶⁸ olduğu iddiası nasıl bir iddiadır? Bu belirsizliğini korumakta, çünkü bir şeyin “çekirdeği” oluşturmasının ne anlama geldiğine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Ne de olsa çekirdek denilen şey genellikle belirginlik, önem veya teorik merkezilik kavramlarını yakalamak için kullanılan ve genellikle uygun olmayan uzamsal bir metafordur ki bu yüzden çekirdeğin/temelin bir elmanın en önemli parçası olduğu veya bilimsel olarak yer kürenin en önemli parçası olduğu apaçık değildir. Bir şeyin fiziksel olmayan bir şekilde temelde olduğunu söylemek, daha fazla açıklamaya ihtiyaç duyan araçsal bir iddiada bulunmak demektir. Eğer bu iddia tarihsel ise ve pozitivizmin tarihsel temelini bulmak büyük ölçüde motivasyonun ne olduğuna veya belirli bir sorunun belirli insanlar için önemine ya da ağırlı-

metinlerin nasıl yorumlandığı veya kurumların nasıl düzenlendiği konusunda amaçlara sahip değildir.” Bix, pozitivizmin “belirli çalışma biçimlerinin nasıl işlemesi gerektiği, bunların nasıl değerlendirilmesi veya reforme edilmesi gerektiğine dair” söyleyecek bir şeyi olmadığını söylemeye devam eder. Ayrıca, “Pozitivizm bir hukuk teorisi iken formalizm bir hüküm teorisi. Pozitivizm hukuk teorisiyse, buradan hüküm teorisi hakkında önemli bir şey çıkmaz.” **Leiter**, op. cit. not 8, s. 1149.

67 Veya Sosyallik Tezinin (bazen Kaynaklar Tezi de denilebilir) bir çeşidi, hukuk olarak sayılan şeyin bir toplumsal olgu sorunu olduğu görüşüdür: **Leiter**, op. cit. not 8, s. 1141; **Raz**, “Legal Positivism and the Sources of Law”, Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 37-52.

68 Konuyu hukuki pozitivizmin “çekirdek inançları” açısından nitelemek yaygın bir biçimde görülmektedir. Örneğin bkz. Kenneth Einar **Himma**, “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence,” *Virginia Law Review*, vol. 88 (2002), pp. 1119-1227, at p. 1152; Andrei **Marmor**, op. cit. note 8, at p. 685; Scott **Shapiro**, “Law, Morality, and the Guidance of Conduct,” *Legal Theory*, vol. 6 (2000), pp. 127-53, at pp. 127, 129.

ğına ilişkin bir araştırmaysa, o halde, yukarıda tartışıldığı gibi, hukuki pozitivizmin “temelinde” kavramsal pozitivizmin değil, kararsal veya normatif pozitivizm olduğunu inkâr etmek zordur. En azından Bentham, Austin ve o kuşaktaki çoğu kişi tarafından anlaşıldığı haliyle durum böyledir.

Kavramsal pozitivizmin tarihsel olarak pozitivizmin çekirdeğini oluşturduğunu iddia edenler, Austin’in kimi zaman münhasıran tasvirî motivasyonlarından bir ölçüde destek bulabilirler. Oysa iddiaları tipik olarak felsefidir ve tarihsel değildir. Daha spesifik olarak, hukuki pozitivizmin çekirdek inancının ayrılabilirlik hakkında kavramsal bir iddia olduğu görüşüne katılanlar, kavramsal pozitivizmin hem normatif hem kararsal pozitivizmin zorunlu bir koşulu olduğunu, dolayısıyla mantıksal ve felsefi olarak bu ikisinden önce geldiğini iddia ederler. Bu görüşe karşı Waldron, normatif pozitivizm tarafından önvarsayılan tek kavramsal pozitivizmin, Aquinas ve Austin tarafından kabul edilen zayıf bir pozitivizm olduğu ve tartışmanın çok ötesinde olduğu konusunda ısrar etmiştir.⁶⁹ Ve Postema, kavramsal pozitivizmi normatif pozitivizmin zorunlu koşulu olarak ele almanın, genel olarak kavramların toplumsal doğasına ve özel olarak hukuk kavramına pek uymayan bir kavram ve dil görüşüne dayandığını iddia etmektedir.⁷⁰ Waldron ve Postema pekâlâ haklı olabilir, ama kendi ulaşacağım sonuç bakımından işleri olabildiğince zorlaştırmak için onların argümanlarının başarısız olduğunu varsayalım. Ve varsayalım ki hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrılmasını normatif olarak teşvik etmek için hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrılma olasılığı mantıksal bir ön koşul oluşturmaktadır. Ve ayrıca, hukuk ve ahlakın mevcut kavramsal ayrımının, Bentham, Austin ve diğerlerinin teşvik ettiği türden yargılama rejimini geliştirmek için mantıksal bir ön koşul olduğunu varsayalım. Böylece, yukarıda ana hatları çizilen üç pozitivizm çeşidinin birbiriyle mantıksal ve doğrusal bir ilişki içinde olduğunu; kavramsal pozitivizmin normatif ve tasvirî pozitivizm için bir önkoşul olduğunu, normatif pozitivizmin de kararsal pozitivizmin bir önkoşulu olduğunu varsaymaktayım. O halde tarihin değil de felsefenin bir meselesi olarak ele aldığımızda sorun, birincisine hukuki pozitivizmin temeli olarak, ikinci ve üçüncüsüne ise “pozitivist” sıfatını hiç hak etmeyen salt olumsal yan ürünler olarak muamele edip edemeyeceğimizle ilgilidir. Eğer kavramsal pozitivizmin doğ-

⁶⁹ Waldron, op. cit. note 12.

⁷⁰ Postema, op. cit. note 11.

ruluğu, normatif pozitivizmin ve üzerinde gerekli değişiklikler yapıldığında kararsal pozitivizmin de zorunlu bir koşulu ise, o halde kavramsal pozitivizm pozitivizmin temelidir, normatif ve kararsal pozitivizm olsa olsa türetilmiş pozitivizm, kıyas yoluyla pozitivizm veya basitçe pozitivizmden sapmaktan başka bir şey değildir.

Bu argüman, bir şey bir diğeri için zorunlu bir koşul olduğunda, ilkinin çekirdek kavram olduğunu ve ikincisinin yalnızca olumsal olduğunu önvarysayar. Ama neden böyle olsun ki? Doğal seleksiyon teorisini düşünün. Doğal seleksiyonun doğru olması için zihinden bağımsız bir fiziksel gerçeklik olmak zorundadır. Bazı çevrelerde tartışmalı olan bu epistemik nesnelcilik biçimi, evrimsel doğal seleksiyon teorisi için zorunlu bir koşuldur. Oysa zihinden bağımsız bir fiziksel gerçeklik iddiasını, doğal seleksiyon teorisinin basit bir önkoşulu ya da ön varsayımı olarak değil de çekirdek inancı olarak tasvir etmek, bütün teorinin amacını gözden geçirir. Doğal seleksiyon teorisi diğer herhangi bir bilimsel teori gibi tasvirî bir teori olsa da tasvirî bir teori veya açıklamanın da bir anlamı bulunmaktadır. Ve eğer tasvirî bir teorinin inandırıcılığını bazen tartışmalı olan kimi olgulara ve teorilere tabi kılsak, bunları önkoşullar olarak görürsek, tasvirî teorinin bu anlamını kaybetmiş oluruz. Bu bağlamda David Lyons'ın öne sürdüğü gibi, kavramsal analiz mantıken pekâlâ değerlendirmeden önce gelebilir,⁷¹ ancak mantıken önce gelenin daha önemli olduğu ya da bir temel oluşturmaya daha yakın olduğu pek açık değildir. Bunun için daha fazla argümana ihtiyaç vardır.

Önkoşulların, önkoşulu oldukları şeyden daha merkezi olduğu açık olmadığı gibi, mantıki ilişkilerin diğer ilişki türlerinden daha önemli olduğu da açık değildir. Kavramsal ve kararsal pozitivizm arasındaki ilişkinin ne mantıki ne de kavramsal olduğu doğrudur. Kavramsal bir pozitivist, benim kararsal pozitivizm olarak adlandırdığım şeyi pekâlâ reddedebilir ve buna formalizm diyebilir. Daha da önemlisi, hukuk ve ahlakın kavramsal olarak farklı olduğuna ve hukuki karar vericilerin sadece hukuka dayanarak karar vermesi gerektiğine inanabilir. Fakat hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrı olduklarına inanarak, birisi hukuki karar vericilerin kararlarını verirken her ikisinden (hukuk ve ahlak) faydalanması gerektiğine yahut çatışma durumunda ahlakın pozitif hukuktan öncelikli görmek gerektiğine de inanılabilir. Bu nedenle hukukun doğasına ilişkin bir açıklama veya te-

71 David Lyons, "Founders and Foundations of Legal Positivism," Michigan Law Review, vol. 82 (1984), pp. 722-39.

ori olarak kavramsal pozitivizm, hiçbir şekilde yargıçların veya diğer hukuki aktörlerin ne yapması gerektiği konusunda bir görüş öne sürmeyi gerektirmemektedir.

Oysa mantıksal zorunluluk neden beklenen doğru ilişki türü olsun ki? A'nın B'nin zorunlu koşulu olması, A'nın mantıksal olarak B'yi zorunlu kıldığı anlamına gelmez. Dolayısıyla kavramsal pozitivizmin, kararsal pozitivizmin zorunlu bir koşulu olduğu gerçeği, onun (kavramsal pozitivizmin), kararsal pozitivizm dışındaki kimi alternatiflerin de zorunlu bir koşulu olabileceğini reddetmez. Kavramsal pozitivizm, pozitivizmin çekirdeğini oluşturur, çünkü hem kararsal pozitivizmin hem de kararsal gayri-pozitivizmin (*decisional non-positivism*) zorunlu bir koşuludur demek şu değerlendirmede bulunmaktadır: Önkoşulu belirlemek, iki sonuç arasındaki karardan daha önemlidir. Fakat bu yargı mantığı açısından pek bir zorunluluk doğurmaz.

Kaldı ki mantığı ilişkilerin empirik olanlardan zorunlu olarak daha önemli olduğuna inanmak için hiçbir neden bulunmamaktadır. Örneğin, yargıçların, hukuki bakış açısı veya hukuki bilinç olarak adlandırabileceğimiz bir şeyi olumsal biçimde içselleştirdiğini varsayalım. Durum böyle olsaydı, empirik bir mesele olarak bakıldığında bu yargıçlar pozitivist hukuk kavramına sahip bir toplumda, kararlarını tamamen pozitif hukuk temelinde almaya, doğal hukuk kavramına sahip bir toplumdakine göre daha eğilimli olabilirlerdi. Bu ilişki ne mantığı ne de kavramsal olacaktır, ancak ikisi arasındaki olumsal empirik bağlantı, ikisini olasılığa dayalı bir nedensellik ilişkisi içinde ilişkilendirmek suretiyle açıklayabilecektir.

Var olabilecek başka ilişki türleri de söz konusu olabilir. Örneğin John Gardner, pozitivizmin çekirdek inançlarının Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen ile Hart⁷² ve ikincil olarak Coleman ve Raz tarafından paylaşılanlar olduğunu öne sürmektedir. Ama yine de, kuşkusuz pozitivist geleneğin başlıca figürleri olmakla birlikte, onlar tarafından paylaşılanların neden pozitivizmin çekirdek inancı olarak düşünülmesi gerektiği merak konusudur. Belirli inançları bu figürlerin hepsiyle olmasa da bazılarıyla ilişkilendirebilirsek, bu inançlar, hepsinin birden paylaştığı inançlardan daha mı az önem arz edecektir? Ayrıca, diğer inançlar (örneğin normatif pozitiviz-

⁷² Gardner, op. cit. note 48.

min inançları) Hobbes, Bentham, Austin, MacCormick, Waldron, Postema ve muhtemelen (en azından Waldron'a göre) Raz⁷³ ile diğerleri tarafından paylaşılmaktadır. O halde mesele, pozitivist geleneğin bazı sadık taraftarları tarafından paylaşılan, fakat diğerleri tarafından paylaşılmayan inançları en önemli inançlar olup olmadığı şeklindedir. Öyleyse, ortak inançları en önemli olan figürleri dikte etmek yerine, neyi niçin bilmek istediğimize karar vermek durumundayız. Gerçekten de Kelsen'i bir kenara bırakırsak ve araştırmalarımızı İngiliz-dili analitik geleneğiyle sınırlarsak, Gardner'ın birincil listesinde normatif pozitivizmle ilişkili olmayan tek kişi Hart'tır. Bu durum ise sadece tartışmalı olmakla kalmaz, aynı zamanda bizi en başa ve Hart'ın hukuki pozitivizm anlayışının kendine özgü olduğu kadar benzersiz bir şekilde yetkin kabul edilip edilmeyeceği sorusuna geri götürür.

Belki de kavramsal ve kararsal pozitivizm arasındaki ilişki tarihsel, psikolojik veya analojiktir. "Belki"yi vurgulamakla ve görece önem hakkında gerçek bir iddiada bulunmuyor olmakla birlikte belki de basitçe şunu söyleyebiliriz: normatif ya da kararsal pozitivizm tarafından ortaya atılan sorular ve meseleler diğer dönemlerde olmasa da bazı dönemlerde kavramsal pozitivizm tarafından ortaya konanlardan daha önemlidir. Ancak bunun yerine benim yapmaya çalıştığım şey, kavramsal pozitivizm normatif veya kararsal pozitivizm için mantıksal bir ön koşul olsa bile, temelde yatan ve teferruat şeklinde hiçbir sonucun çıkarılamayacağını göstermektir. Kavramsal pozitivizmin sözde önceliği, felsefi olmaktan çok tarihsel olduğundan normatif ve kararsal pozitivizmin pozitivist yakıştırmalarını kavramsal pozitivizmden daha az hak ettiğini söylemek için en azından mevcut argümanlar temelinde hiçbir neden yoktur.

VI. SONUÇ: HUKUK FELSEFESİ ARAŞTIRMALARININ ÇEŞİTLİLİĞİ ÜZERİNE

Sorun, kavramsal hukuki pozitivizmin hukukun doğasına ilişkin doğru bir teori olup olmaması değildir. Bundan ziyade mesele, kavramsal hukuki pozitivizmin cevap verdiği sorunun hukukla ilgili sorulması gereken en önemli soru⁷⁴ olup olmadığıyla ilgilidir. Kavramsal pozitivizmin yanıtladığı soru ne Hobbes için ne de Bentham için ve hatta Austin için bile en

⁷³ En azından Waldron, Raz'ı bu şekilde yorumlamıştır, op. cit. note 12, at p. 412 no. 7.

⁷⁴ "Önemli" tabirini "pratik önem" ile eşanlamlı olarak kullanmadığımı belirtmeliyim. Çok az pratik-doğrudan önemi olan, ama yine de felsefi açıdan önemli olan sorular

önemlisi olmayabilirdi. Ama bu durum sorunun önemsiz olduğu anlamına gelmez. Yine de başka önemli soruların olduğunu kabul edersek, bu soruların Hart'tan çok daha önceleri var olan pozitivist geleneğin birçok önemli figürü için merkezi olduğunu ve bu sorulardan kimilerinin bizim için şu anda da önemli olduğunu kabul edersek;⁷⁵ diğer soruları daha önemsiz, hatta onları aydınlatacak felsefi becerilere sahip olanlar için bile daha önemsiz gören bir hukuk teorisinin veya hukuki teşebbüsün tasvirî hakkında endişelenmemiz gerekir.⁷⁶ Bu soruların çoğu pozitivist gele-
nekte ortaya çıkmıştır. Ve aslen geleneğin bir parçası olan ve bu geleneğin tanınmış birçok tarihsel figürünün düşüncesinde öne çıkan ciddi felsefi sorgulamaları dışlayan bir pozitivism tanımı varsa, o zaman, geleneğin önemli gördüğü sorularla bağlantıyı kesmeyen pozitivist bir gelenek anlayışını teşvik etmek için yeterli zemin vardır.

Bu nedenle, normatif ve kararsal pozitivismden birinin veya her ikisinin kavramsal pozitivismde tercih edildiği yahut herhangi bir şekilde daha hakiki veya bir şekilde “pozitivism” olarak adlandırılmayı daha fazla hak ettiğini kesinlikle iddia etmiyorum. Benim çok daha mütevazı bir iddiam var: Normatif ve kararsal pozitivismin kökleri kavramsal pozitivismle aynı ölçüde (ne daha az ne daha çok) pozitivist gelenek içerisine yerleşmiştir. Hukuki pozitivismin varsayılan temelini birinde daha fazla bulduğunu varsaymak için de herhangi bir neden yoktur. Pozitivismin her bir versiyonu kimi amaçlar için daha önemliken, kimi amaçlar için daha az önem arz etmektedir ve eğer pozitivist gelenekten, her birinin kendi erdemleri ve amaçları olan çok sayıda pozitivist görüşü miras aldığımızı kabul etseydik çok az şey kaybedilirdi.

bulunmaktadır ve hukuk felsefecilerinin bu tür soruları dikkate değer görmemeleri için hiçbir neden yoktur.

75 Bkz. Kent Greenawalt, tüm olası hukuk sistemlerinde hukuk hakkında neyin doğru olduğu sorusunun “içinde yaşadığımız hukuk sistemlerini anlamak için çok önemli görünmediğini” söylemektedir. “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism,” in Robert P. George ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 1-30, observing (p. 14).

76 Leslie Green, verimli bir hukuk araştırması için hukuk pratisyenlerine yönelik mevcut görüşün zorunlu bir koşul olarak görmek gerektiği şeklindeki düşünceye karşı uyarıda bulunmaktadır. Leslie Green, “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 (2005), pp. 565-80, at p. 580. Ama benim buradaki iddiam, Dworkin'in ve Green'in haklı olarak itiraz ettiği görüşü benimseyen diğerlerinin iddialarından farklıdır. Dworkin'den farklı olarak, belirli bir kavramsal hukuk düşüncesine ilişkin itirazım, onun değerine değil, yalnızca hegemonyasına ilişkindir.