

TARTIŞMA: HUKUKİ POZİTİVİZMİN GELECEĞİ

Çev.: Gökçe Çataloluk**

HUKUKİ ARGÜMANTASYON KURAMINA KARŞI NORMATİF POZİTİVİZM

Eugenio Bulygin*

IVR 23. Dünya Kongresinin düzenleyicileri, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk karŐıtlıđına ilişkin bir tartiŐma organize etmiŐler ve baŐlıca konuŐmacılar olarak da Manuel Atienza ve beni önerdiler. Bu öneri ikimizi de gururlandırdı ve memnuniyetle kabul ettik Fakat, söz konusu tartiŐmanın bildik argümanlarını tekrar etmektense, ona yeni bir Őekil vermeyi; iki hukuk felsefesi anlayiŐını, hukuki pozitivizm ve hukuki argümantasyon kuramını, karŐılaŐtırmayı uygun gördük. Ben, ilk anlayiŐın tipik bir temsilcisi olarak konuŐacađım, Atienza ise ikincinin ön plandaki bir taraftarı¹. Atienza'ın tebliğine cevabım aŐađıdadır.

Atienza tebliğine(baŐta Arjantin, İspanya ve İtalya olmak üzere) Latin ülkelerindeki analitik hukuk felsefecileri arasında iki eğilimin yaygın olduğuna işaret ederek baŐlıyor. Atienza'ın (küçümser olmayan bir tavırla) “formalist” olarak adlandırdığı ilk grup üç özelliklikle tanımlanmaktadır:

- 1) Katı ve dışlayıcı pozitivizm
- 2) Etik Őüphencilik

* Eserin özgün kimliği: Eugenio Bulygin, “Normative Positivism vs. The Theory of Legal Argumentation”, Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity, Ed by: Thomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, pp.221-227.

**İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi AraŐtırma Görevlisi

¹ Yakın zamanda adı pek etkileyici olan bir kitap yayınladı: *El derecho como argumentación* (Argümantasyon Olarak Hukuk) Ariel, Barcelona 2006; Zaten 1991'de *Las razones del recho. Teorías de la argumentación jurídica* yı yayınlamıŐtı. Bu ikisi arasında argümantasyonla ilgili pek çok makalesi çıktı.

3) Hukukun pratik yönlerinin ikincil bir yer tuttuğu, kavramsal analiz olarak hukuk kuramı

İkinci grup ise

- 1) Daha açık (kapsayıcı) bir hukuki pozitivizm hatta pozitivizm dışı [bir anlayışa sahiptir]
- 2) Etik bilişselciliği savunur ve]
- 3) Hukuk kuramını ahlak ve siyaset felsefesiyle güçlü bağlar içerisindeki pratik felsefenin bir parçası [olarak tasarlar].

Aşıkâr nedenlerden ötürü ben ilk gruba dâhilim, Atienza ise ikincisine dâhil.

Atienza'nın tebliğinin merkezinde iki farklı hukuk felsefesi anlayışı bulunuyor: kavramsal analize bağlı normatif pozitivizm ve argümantasyon kuramı. Bu iki anlayış, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki kadim karşıtlığın yeni bir şekli olarak değerlendirilebilir.

Atienza tabii ki kavramsal analizin ve mantığın önemini yadsımıyor fakat bu yaklaşımın ayrıntılı olarak incelenmesi gereken belli yetersizlikleri olduğuna inanıyor.

Atienza'nın eleştirel görüşleri "formalist" olarak adlandırdığı kuramın dört özelliğine işaret ediyor:

1. İlk olarak etik şüphecilik, ahlaki konuların rasyonel olarak tartışılmasını imkânsız kılar ve böylelikle ahlak felsefesi ve siyaset felsefesini dışlayarak, hukuk felsefesinin dar algılanmasına yol açar.
2. İkinci olarak, bu anlayış "kolay ya da yumuşak" davaları merkeze alır ve bunun sonucu olarak "zor" davalara çok az ilgi gösterir.
3. Kavram analizine odaklanılmasının sonucu olarak, hukukun pratik yönü ikinci planda kalmaktadır.
4. Dördüncü olarak, mantığa fazla bağlı olması (tam olarak klasik dedüktif mantığa) nedeniyle "formalist" kuram yargıçların kararlarının gerekçelendirmek için kullandıkları pek çok argümanı açıklayamaz.

Ben, bence oldukça yüksek oranda önyargı ve/veya yanlış anlamaya dayalı olduğunu düşündüğüm bu eleştirilere cevap vermeye çalışacağım.

1. Etik konularda şüpheli olduğum doğrudur ama Atienza'nın genelde etik şüphecilğe, özelde etik emotivizme atfettiği anlamı paylaşmıyorum. Etik şüphecilik pek çok yazarın ve görünüşe göre Atienza'nın da inandığı gibi ahlak sorunlarının rasyonel bir şekilde tartışılma olanağını dışlamaz. Karşı çıktığı, ahlaki doğru diye bir şey olduğu fikridir zira değerlendirmeler duygusal tavırlar

içerir ve bu nedenle değer yargıları doğruluk değeri içermez.² Ama bu, ahlak sorunlarını tartışmanın imkânsız olduğu anlamına gelmez; nihai ahlak değerlerine ilişkin rasyonel bir tartışma mümkün olmasa da belli değerlendirmeler üzerindeki uzlaşma temelinde tartışabiliriz. Verili bir ahlak tezinin bu değerlendirmelerle uyumlu olup olmadığı tartışılabilir.³ Fakat temel değerlendirmeler üzerine asgari müştereki bulunmayanlar arasında rasyonel bir tartışma gerçekten de imkânsızdır.

2. Bu eleştiri oldukça haksız görünüyor. Eğer “zor” davalardan anladığımız, hukuksal düzenleme bulunmaması nedeniyle ya da bulanık terimlerle tanımlandığı için Hart’ın alacakaranlık adını verdiği alana düşen davalar yahut da hukuk normlarının önerdiği çözümün çok gayrı adil ya da uygunsuz olması nedeniyle açık ve tek bir çözümü olmayan davalar ise; *Normative Systems*’ın yazarlarının ilgisi kesinlikle zor davalara yönelmiştir zira bu kitap zor davaların ortaya çıktığı durumları aydınlatmaya çalışmaktadır. Bu kitapta yapılan normatif boşluk, tanıma boşluğu, aksiyolojik boşluk, normatif çelişki vs. gibi kavramların tanımları uygunsuz ya da yetersiz olmaları yönünden eleştirilebilir, fakat yazarları kesinlikle zor davaları görmezden gelmekle suçlanamaz.

3. Kavramsal analizin hukuk uygulamasıyla doğrudan ilgilenmediği şüphesiz doğrudur, fakat bu, uygulamaya tamamen kayıtsız kaldığı anlamına gelmez. Rölative ya da Linneus’un sınıflandırması gibi son derece soyut olanlar da dâhil olmak üzere bütün iyi kuramların uygulamada bir faydası olması gerekir. Bu saptama, hukukçuların kavramsal teçhizatının analizi için de geçerlidir. Hukuk sistemi, hukuk buyruğu, hukukun uygulanması, hukuksal bağlamda ortaya çıkan farklı cezalar, normlar, kurallar ve ilkeler vs. gibi kavramlar hukukçular tarafından sürekli kullanılmaktadır ve bunların analiz edilmesi şüphesiz yargıç ve avukatların uygulamada işine yarayacaktır. Kelsen ya da Hart okumuş bir yargıç, avukat ya da hukuk danışmanı bir davayı hükme bağlarken, dilekçe ya da görüş hazırlarken, bu yazarları hiç okumamış birine göre çok daha iyi bir konumda olacaktır. Bütün bunlar Atienza’nın pek iyi bildiği ve büyük ihtimalle kabul de ettiği gerçekler olduğuna göre, bu söylediklerim, uygulamaya olan ilgimin kısıtlı olduğunu söylerken kastettiği şeye bir cevap niteliği taşımayacaktır. O nedenle, sanırım onun eleştirisi benim temas edeceğim dördüncü noktaya ilişkindir ve buna cevabım sorusunu karşılayabilir.

4. Atienza, “formalist” kuramın hukuk argümantasyonunu “argümantasyonla bir eylem değil sonuç olarak ilgilendiği için, sadece bir önermeler zinciri, bir önermeden diğerine geçiş hatta daha çok bu geçişin sonucu olarak” gördüğünü söyler. “Bu tanıma; kurama ve uygulamaya ilişkin sorunları çözmeye yönelik

² Cf G.H. von Wright, “Valuations- or How to Say the Unsayable”, *Ratio Juris* 2000, vol.13, no.4, s.347-357

³ Bu tür tartışmaların güzel bir örneği Rawls’un *A Theory of Justice*’inde bulunabilir.

bir arayış, açıklama ve önerme (gerekçe)lerin değerlendirilmesi olarak, *karşıdakini ikna etmeye yönelik karşılıklı bir insan eylemi olarak argümantasyon dahil edilmez (...)* Dışarıda bırakılan şey çok önemlidir (argümantasyonun maddi ve faydacı yönlerinin araştırılması)”

Bu noktada sanırım aramızda gerçekten bir anlaşmazlık var ve bu anlaşmazlık argümantasyon kavramı ve özellikle haklı çıkmak için argümantasyona ilişkin.

Argümantasyon kavramı gündelik hayatımızın içindedir.⁴ Yargıç, verdiği kararın hukuka uygun olduğunu kanıtlamak için; avukat, müvekkilinin eyleminin doğru olduğuna yargıcı inandırmak için; doktor, hastasını ameliyatın gerekliliğine ikna etmek için; siyasetçi, seçilmek için; matematikçi, bir teoremi ispat etmek için; satıcı, mallarını pazarlamak için; baba, oğlunu yaptığının yanlış olduğuna ikna etmek için argümanlar ileri sürer. Bu liste çok uzun olabilir, fakat argüman ileri sürülen durumlar arasındaki büyük farklılıklar yerine iki temel argümantasyon tipi ortaya konulabilir: Bir şeyi (bir normu, önermeyi ya da inancı) kanıtlayan argümantasyon ile amacı birilerini ikna etmek olan argümantasyon. İlk türün modeli, matematikçinin bir mantık ameliyesi olan argümantasyonudur. İkinci türe denk düşen eylem psikolojiktir ve amacı belli bir fikir ya da his durumu yaratmaktır. Bunun bariz örneği, ister siyasi ister ticari olsun, propagandadır. Siyasetçi ve satıcı bu türün tipik örnekleridir.

Bu iki eylem tabii ki dışlayıcı değildir, bir şeyi kanıtlamak ve aynı zamanda dinleyiciyi ikna etmek istenebilir. Bu avukat için de böyledir, doktor için de, baba için de ve hatta bazen yargıç için de. Fakat bu çok farklı iki eylemi birbirine karıştırmamak gerekir. Kanıtlamak başka bir şeydir, razı ya da ikna etmek çok başka bir şeydir. İşte benim Atienza ile anlaşmazlığım bundan kaynaklanıyor. Ben, her zaman kanıtlamayla ilgilendim, fakat Atienza daha ziyade ikna etmeyle ilgili görünüyor. Mantıksal bir kanıtlama- kanıtlamanın her zaman bir mantık ameliyesi olduğunu düşünüyorum- tabii ki bir “önermeler zinciri”dir, bazı kurallar dahilinde (ki bunlar kesinlikle mantık kurallarıdır) “bir önermeden diğerine geçiş” tir. Atienza, kararların hukuki meşrulaştırılmasının “sadece biçimsel açıdan anlaşılamayacağım *fakat aynı zamanda maddi ve pragmatik açıdan anlaşılması gerektiğini*, yargıcın kararını meşrulaştırma görevinin doğru gerekçeleri *ikna edici bir şekilde* (bunu başaramasa bile) ortaya koymakla tamamlandığını; formel mantığın gerekli bir bileşen olduğunu fakat yeterli olmadığını” ileri sürer. Bütün italikler bana ait ve italikle yazılan ifadeler Atienza’ın ilgisinin kanıtlamaya değil ikna etmeye yönelik olduğunu gösteriyor. Bu amaçla formel mantığa başvurmak ne yeterli ne gereklidir, mantığın bu

⁴ Argümantasyon argue kökünden gelir ve bu tartışma anlamı taşımaktadır.(ç.n)

işle bir alakası yoktur. Bir arabayı satmak için güzel bir kadın resmi, arabanın özelliklerini sıralayan argümanlardan daha etkili olabilir.

Dolayısıyla Atienza'nın bana attığı kuram onun ilgisini çeken işe yaramayacaktır zira, ikna veya razı etmeyle bir ilgisi yoktur. Fakat bir yargı kararının gerekçelendirilmesine epeyce fayda sağlar. Atienza, iki argümantasyon kavramı arasında, benim için hayati önem taşıyan ayırımı yapmamaktadır. Gerçek uygulamada yargıçlar kararlarını sadece kanunla gerekçelendirmedikleri, vardıkları kararın adil ya da uygun olduğuna (tarafaları ya da diğer yargıçları) ikna etmeye çabalayabilirler. Tatmin edicilikten uzak bir şekilde gerekçelendirilmiş (ve bu anlamda keyfi) bir karar son derece ikna edici olabilirken öte yandan gayet iyi gerekçelendirilmiş bir karar ikna edici olmayabilir (özellikle kaybeden açısından).

Eğer hukuki argümantasyon kuramının muradı ikna yöntemleri geliştirmekse, tartışmamıza gerek yoktur. Bu saygıdeğer ve ilgi çekici bir iştir ve pek çok bağlamda çok faydalı olabilir. Fakat yargı kararlarının gerekçelendirilmesiyle bir ilgisi yoktur.

Fakat mantıksal gerekçelendirmeye psikolojik ikna arasındaki fark, sorunun yalnızca bir parçasıdır. Mantıksal gerekçelendirmenin bütünü başlangıç noktasına, yani argümanın öncüllerine bağlıdır zira gerekçelendirme, kararın (gerekçelendirilmesi gereken şeyin) öncüllerin mantıksal bir sonucu olduğunu göstermeye çalışır. Fakat eğer karar tatmin edici değilse ne olur? Yargıç, hukuk sisteminin normlarıyla ne iddianın kabulünü ne de iddianın reddini gerekçelendirebilecek durumdaysa. Ya da adil ve uygun bulunduğu kararı hukuk içerisinde gerekçelendiremiyorsa. Bu durumlarda yargıcın yeni gerekçeler yani yeni öncüller bulması gerekir. Argümantasyon kuramı özellikle bu durumlarla ilgilenir ve var olan hukukun gelişmesine imkan sağlayacak yeni kurallar üzerinde çalışır. Atienza benim argümantasyon kuramının düşmanı olmadığını, sadece kurama şüpheyle yaklaştığını söylerken haklıdır. Şüpheliyim çünkü yeni öncülleri gerekçelendirmeye müsaade edecek hiçbir kural bilmiyorum. Bu trende bağlı yazarların bahsettikleri kurallar ise ya mantıksal açıdan tutarsız ya da abestir (*per analogia* ya da *e contrario* argümanları gibi). Robert Alexy, bu tür kurallar oluşturmak için büyük çabalar sarfetmiş ve hatta çatışan öncülleri tartmak için bir matematiksel formülü bulmaya çalışmıştır. Onun başarısızlığı sadece benim şüpheliğimi doğrular.

Wroblewski'nin ortaya attığı içsel ve dışsal gerekçelendirme yani, çıkarımın öncüllerden sonuca giderek gerekçelendirilmesi ve öncüllerin gerekçelendirilmesi arasındaki meşhur ve çok kullanılan ayırım bu sorunu çözmez. Dışsal denilen gerekçelendirme, bir argümanın öncüllerinin başka öncüllerden mantıksal çıkarımını gerektirir: bir dedüktif argümanlar serisinden başka bir şey değildir. Hukuki argümantasyon kuramını savunan belli yazarların, farklı ön-

cüllere ulaşabilecekleri dedüktif mantıktan farklı, yeni bir mantık buldukları (hukuki bir topik, retorik)iddiası sadece bir yanılısamadan başka bir şey değildir.

Buna karşın mantık, yeni öncülleri keşfetmeye değilse bile gerekçelendirmeye yarar. Gerçekten de, analogi yoluyla ya da *a fortiori*, *e contrario* bulunan argümanlar mantıksal olarak geçerli olmasalar da genellikle kabul edilebilir sonuçlara ulaştırırlar. Bu tür durumlarda zımnî öncüllere dayalı *enthymematic* argümanlardan söz edilir. Bu öncülleri değerlendirebilmek için onları açığa çıkarmak gerekir ve bir argümanı mantıksal olarak geçerli kılmak için hangi öncüllerin zımnî olduğunu ortaya çıkarma işini mantık üstlenir. Mantık, bu yolla, argümanların üzerine bina edildiği varsayımları gösterir. Bunun klasik örneği Alchourrón'un Perelman'a karşı yazdığı makaledir.⁵

Atienza'nın iki kuramdan birini seçmek için (kavramsal analiz ve argümantasyon kuramı) kriterlerin bulunup bulunmadığı yolundaki sorusuna benim cevabım, bulunduğu yönündedir. Atienza'nın bana atfettiği sadece öznel tercihler bulunduğuna yönelik düşüncemi paylaşmıyorum. Kavramsal analiz ve mantığı, tüm açıklıktan ve kesinlikten yoksunluklarıyla "maddi ve pragmatik öğelere" başvuran kuramlara tercih etmek için gerçekten de çok iyi sebepler vardır.

Son olarak askerlerine bir mahkuma işkence yapma emri veren subay örneğine ilişkin birkaç ek değerlendirmede bulunmak istiyorum.

İlk asker ideolojik pozitivisttir, tüm yasalara uymak gerektiğini kabul eder. Bir çatışma yaşamaz: Yasal görevi mahkuma işkence yapmaktır ve ahlaki görevi de amirinin verdiği emri yerine getirmektir.

İkinci asker metodolojik pozitivisttir. Emri yasal olarak geçerli fakat ahlaka karşıt bulur. Bu nedenle onun için, Amirine itaat etmesi gerektiğine ilişkin hukuki görevi mahkuma işkence yapmamasını gerektiren ahlaki görevi arasında ciddi bir çatışma söz konusudur. Bu, Atienza'nın "trajik olaylar" adını verdiği olaylara tipik bir örnektir.⁶

Son olarak, Radbruch ve Alexy'nin takipçisi olan üçüncü asker, emrin "son derece gayrı adil" olduğunu ve bu nedenle hukuken geçerli olmadığını ileri sürecektir. Böylece onun açından bir çatışma söz konusu değildir zira emir hukuken geçerli olmadığından işkence yapmasını gerektiren yasal bir ödev yoktur ve tabii ki emre itaat etmemek yönünde bir ahlaki yükümlülük vardır. Bu olay "trajik" değildir. Fakat bu sonuç tatmin edicilikten uzaktır. Subayın verdiği emirle askerinin kabul ettiği ahlak kuralları arasında bir çatışma vardır. Bu durum trajik olarak nitelendirilmelidir: Asker ya ahlak kurallarını ihlal

⁵ C.E. Alchourrón, "Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari" *Revista Jurídica de Buenos Aires* 1961, vol.IV, pp.177-199, reproduced in: C.E. Alchourrón, E. Bulgyn, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid 1991, pp.3-24

⁶ M. Atienza, "Los límites de la interpretación constitucional. De Nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía* 1997, no.6, pp.7-30

edecek ya da cezalandırılma riskini alacaktır. İkinci askerle arasındaki tek fark dilseldir. Üçüncü asker emri “yasal” olarak nitelendirmeyi reddeder ve bu, hukuk ve ahlak arasında bir çatışma olmadığını iddia etmenin tek dayanak noktasıdır. Bu bana sorunu bir tanım ya da semantik kuralla engellemek için kullanılan semantik bir oyun gibi geliyor. Aynı şey Berlin Duvarı gözcülerinin davasına bakan yargıç için de geçerlidir. Yasal görevi ve ahlaki yükümlülükleri arasında çatışma yaşadığını kabul eden bir yargıç, sözcük oyunları ile hukuka söylemediğini söyleten bir yargıçtan bence ahlaken daha üstündür.

Bu örnekle, bir kavramın tanımına değerler eklemenin uygunsuzluğunu vurgulamak istedim. Bu anlamda, hukukun tanımına adaleti eklemek, hukuku adaletsiz olduğu için eleştirememek (eğer adil değilse, hukuk değildir) ve adil olduğu için övmemek gibi bir soruna yol açar. Tabii ki Radbruch ve Alexy hukukun tamamının mutlaka adil olduğunu ileri sürmezler, söyledikleri şey, adil olmayan bir normun hukuk olmadığıdır. Ama o zaman da adaletsizliğin derecesini ölçme sorunuyla karşı karşıya kalırız. Kürtaj, idam ya da işkence gibi sorunlarda⁷ söz konusu olabilecek adaletsizliğin derecesine ilişkin bildik görüş farklılıkları göz önüne alındığında, adaletsizliğin derecesi topiğini gündeme getirirkenin, Atienza’nın “tehlikeli zemin” adını verdiği bir belirsizlik ve kafa karışıklığı yaratacağı söylenebilir.

⁷ Pek çok demokrasi ve özgürlük şampiyonunun aynı zamanda sıkı idam destekçisi olmaları ve işkence konusunda da tam tersi bir tavır almamaları dikkate şayandır.