

## HUKUKİ POZİTİVİZMİN RADİKALLIĞI\*

Çev. / Übersetzt von

Dr. Engin ARIKAN\*\*

“Hukuki pozitivizm”, hukukun doğası hakkında bir kuramdır. İki yüz yıl öncesinden günümüze Jeremy Bentham, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz ve diğerleri tarafından geliştirilen bu kuram, hukuk felsefesindeki muhalifleri tarafından genellikle karikatürize edilmiştir. Bu muhaliflere, felsefi incelemelere özel bir ilgisi olmayan hukukçular ve akademisyenler de katılmıştır. “Pozitivist”, hukuk dilinde genellikle bir “yakıştırma” olarak kullanılır ve hatalı bir şekilde “formalizm” ile ilişkilendirilerek hâkimlerin hukuku “yazılı olduğu haliyle”, sonuçlarına bakılmaksızın uygulamasını savunanları ifade eder. Harvard Hukuk Fakültesi’nin eski bir üyesi olan Lon Fuller, öyle ileri gitmiştir ki Nazi Almanyası’ndaki hâkimlerin yaptıkları ahlâk garabetlerinin sebeplerinden birinin “pozitivizm” olduğunu öne sürmüştür!<sup>1</sup> Fuller’ın muazzam yanlışları, döneminin hukuk öğrencilerinin tamamının aklını zehirlemiş olabilir. Genellikle “liberal” bir hukuk felsefecisi olarak görülen Ronald Dworkin<sup>2</sup> ise, pozitivist hukuk kuramını akıl almaz şekilde karikatürize

---

\* Brian Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, Cilt: 66, Sayı: 3, 2009, s. 165-172.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, (arikan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-4264-706X.

<sup>1</sup> Bakınız: H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 593-629 ve Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 630-672. [H.L.A. Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, Çeviren: Ertuğrul Uzun, *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 101-151 ve Lon L. Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık – Profesör Hart’a Bir Cevap”, Çeviren: Sevtap Metin, *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 153-215.]

<sup>2</sup> Amerikan standartlarına göre Dworkin kesinlikle bir liberaldir [Amerika’da sol tandanslı kişiler liberal olarak nitelenir.]. Ancak daha kozmopolit standartlara

etmek suretiyle kariyerini ilerletmiştir<sup>3</sup>. Aşağıda ele alacağım "Eleştirel Hukuk Çalışmaları" ile ilişkili yazarlar da "pozitivizmin" kısır bir siyasi pozisyon olduğu algısına katkıda bulunmuştur.

Bu kısa yazımda, Bentham, Hart ve Raz gibi pozitivist filozoflar tarafından geliştirilen bu hukuk kuramının *aslımı* yeniden gözden geçirmek ve bu düşünürlerin hukuki pozitivizmi aslında statükoya ve hukuka itaati esas kabul eden hâkim veya vatandaşlara karşı muhalif, *radikal* bir hukuk kuramı olarak ele aldıklarını açıklığa kavuşturmak istiyorum. Açık olmak gerekirse, hukuki pozitivizmin önde gelen kuramcıları, kuramlarının toplumsal bir kurum olan hukukun doğasını *doğru* bir şekilde açıkladığını düşünüyorlardı. Kendi siyasi görüşlerini destekleyen çıkarımlara vardığı için bu kuramı benimsemediler. Bununla birlikte bu kuramcılar hukukun doğası hakkında doğru bir açıklama getirmenin, hukuka dair genel kabullere ilişkin radikal sonuçlar doğuracağını fark etmişlerdir. Bugün onların bilgeliğinden tekrar faydalanabilirsek iyi ederiz.

Pozitivist hukuk kuramlarının ana fikrini basit bir şekilde şöyle ifade edebiliriz: hukuk, insanın *koyduğu* (*posit*) bir şeydir. Normatif bir buyruk (örneğin "bankaları soymayın" veya "saatte 55 milden hızlı gitmeyin"), insanlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerden ötürü bir yasadır, hukuktur (*law*), ya da aynı anlamda kullanacağım üzere, hukuken geçerlidir (*legally valid*). Yasalar Tanrı'nın buyrukları değildir, "yukarıdan" indirilmezler. Belli insan eylemleri vasıtasıyla var olurlar. İnsanlar tabii ki bir sürü şey yapar ve söyler. Bu yapılanlar ve söylenenlerin hepsi "yasa" olamaz. Aynı şekilde, insanların sırf yasaları yaratan belli şeyleri yapmaları ve söylemeleri de, bu yaptıklarının iyi, duyarlı, makul, adil veya itaimize ve hatta sadakatimize layık olduğunu düşünmemiz için bir sebep teşkil etmez. İçinde yaşadığımız toplumda hukukun ne olduğu bir şeydir,

---

göre ayan beyan bir sosyal devlet kapitalizmi savunucusudur.

<sup>3</sup> Daha ayrıntılı bir inceleme için şu makaleme bakınız: Brian Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, ss. 153-181. Dworkin'in yanlış beyanlarını düzeltmeye çalışanlara bir sürü atıf içeren, daha kısa ve daha polemikçi bir inceleme için bakınız: Brian Leiter, "The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21<sup>st</sup> Century", *Rutgers Law Review*, Cilt: 165, Sayı: 36, 2006, ss. 165-181.

ahlâken hukukun ne olması gerektiği ve bizim bu var olan hukuka itaat etmemiz veya onu onaylamamız gerekip gerektiği ise tamamen başka bir şey. Pozitiviste göre bu iki şeyi karıştırmamak iyi olur. Örneğin, sırf Amerikan Yüksek Mahkemesi hukukun X olduğunu söyledi diye X'e uymak, onu övmek veya ona saygı göstermek için ahlâki bir yükümlülük altında olduğumuzu düşünmemeliyizdir. Ya da Bentham'ın özellikle altını çizdiği üzere, belli yasaların Parlamento tarafından usulüne uygun olarak çıkartılması ve bu sebeple bunların "hukuk" oldukları gerçeği ile şu soruları birbirine asla karıştırmamalıyız: Bu yasalar ahlâki midir? Bu yasalar insanların genelini daha iyi bir duruma getirir mi? Bunlara saygı mı duymalıyız yoksa alaya alıp, yürürlükten kaldırılması için harekete mi geçmeliyiz?

Hukuki pozitivizmin altında yatan ana fikri ifade etmenin basit biçimi yukarıdaki gibidir. Şimdi bunu biraz daha resmî, usulüne uygun biçimde yapalım. Hart'ın ünlü ifadesiyle hukuk, "birincil ve ikincil kuralların birliğidir". Birincil kurallar, vatandaşlara neleri yapabileceklerini ve yapamayacaklarını söyleyen kurallardır. Ama bir hukuk sistemi bundan fazlasıdır. Çünkü kuralları nasıl değiştirebileceğimizi, kurallar hakkındaki uyuşmazlıkları nasıl yargılayacağımızı ve en önemlisi, *bizim* hukuk sistemimizin kurallarının ne olduğunu belirlememizi sağlayacak ikincil kurallara da ihtiyaç vardır. Bu en son işlevi yerine getiren kuralı Hart, "Tanıma Kuralı" olarak isimlendirir. Tanıma kuralı, hukuki geçerlilik ölçütlerini yani hukuk sisteminin kuralları olarak sayılmak için diğer tüm kuralların sağlaması gereken ölçütleri belirleyen kuraldır. Doğal olarak, eğer "tanıma kuralı" da sonuçta diğer kurallar gibi bir kural ise şu soru da tabii ki akla gelecektir: peki *bu tanıma kuralının*, hukuk sistemimizin kuralı olduğunu nasıl bileceğiz? Tanıma kuralını tanıyıcısı olmadığına göre sonu gelmeyen bir silsile karşımızda belirir.

Buna karşılık Hart, tanıma kuralını "toplumsal bir kural" olarak niteleyerek onu özel bir kural olarak ele alır. Hart, "toplumsal kural" kavramını, iki ayırt edici özelliğe sahip özel bir toplumsal pratiği ifade etmek için kullanır. Bir toplumsal kuralın varlığından ancak belli koşulların sağlanması halinde bahsedebiliriz. İlk olarak, bir grup insanın birbirleriyle ortak bir davranış pratiği geliştirmiş olması gerekir. İkinci olarak, bu dav-

ranış pratiğine katılanların söz konusu davranışlarda bulunmakla *yükümlü* olduklarına *inanmaları* gerekir (Hart'ın terminolojisiyle ifade edersek, bu davranış pratiğine katılanların yaptıkları şeylere karşı "içsel bakış açısını" benimsemeleri gerekir). İlk koşul olan ortak davranış pratiği, akli olmayan birçok grup davranışında görülür. Tüm çocuklar dondurmacıda çikolatayı tercih eder; tüm işçi karıncalar kraliçe karıncaya hizmet eder. Hiç kimse çocukların çikolatayı tercih etmekle *yükümlü* olduğunu düşünmez, çocukların huyları böyledir. İşçi karıncalar da kraliçe karıncaya hizmet etmeleri *gerektiğini* asla akıllarından geçirmez, yalnızca işlerini yaparlar!

Tanım kuralı bundan fazlasını ifade eder. Ortak davranış pratiği de vardır tabii ki. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hâkimler, yasama meclisi olan Kongrenin kabul ettiği (ve Başkanın imzaladığı) bir yasayı önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde uygulamakla *yükümlü* olduklarını teslim ederler. Dolayısıyla hâkimler, hukuki geçerlilik ölçütü olarak "normların Kongre tarafından oluşturulmuş olmasını" *ortaklaşa* kabul eder. Ancak hâkimler, alışkanlıkları doğrultusunda çikolata isteyen çocuklara veya kraliçelerine hizmet eden işçi karıncalara benzemez. Hâkimler "gayriihtiyari" Kongrenin yasama faaliyetlerini hukuken geçerli addetmez, bu yasama faaliyetlerini bağlayıcı kabul etmekle *yükümlü* olduklarına inanırlar. İşte bu, Hart'ın ifade ettiği toplumsal bir kuralın varlığı için gerekli olan ikinci kritik bileşendir. Tanım Kuralı, toplumsal bir kuraldır. Dolayısıyla bir tanım kuralının varlığından bahsedilebilmesi için *ilk olarak* resmî devlet görevlilerinin (özellikle de hâkimlerin) hangi normların hukuk olduğunu belirlemede kullanacakları hukuki geçerlilik ölçütleri konusunda ortak bir pratik geliştirmesi, *ikinci olarak da* resmî devlet görevlilerin bu pratiğe karşı "içsel bir bakış açısı" geliştirmeleri, yani bunu yapmakla *yükümlü* olduklarına inanmaları gerekir.

Şimdi artık hukukun insan eylemlerinin bir ürünü olduğu konusunda daha ayrıntılı bir resme ulaştık: bir norm ne zaman söz konusu toplumun tanım kuralının hukuki geçerlilik ölçütlerini sağlarsa işte o zaman o toplumda hukuken geçerli olur. Tanım kuralı da girift bir sosyopsikolojik olgu neticesinde var olur: sistemin resmî devlet görevlilerinin belli ölçütleri ortaklaşa uygulaması ve bunları uygulamaları *gerektiğine*

*inanmaları* icap eder. Dikkat ederseniz pozitivist hukuk kuramı resmî devlet görevlilerinin bu ölçütleri uygulamaları gerektiğine inanmalarında *haklı* olduklarını iddia *etmez*. Bu kuram sadece, belli bir toplumda hukukun var olması için o toplumda bir toplumsal kuralın, yani tanıma kuralının olması gerektiğini iddia eder<sup>4</sup>. Bu da bir olasılığa açık kapı bırakır ki *oldukça önemlidir*: sistemin resmî devlet görevlileri fiiliyatta uyguladıkları hukuki geçerlilik ölçütlerini uygulamaları *gerektiğini* düşünmekte *haksız* olabilirler. Tipik bir pozitivist, Nazi Almanyası'nda, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki güney "Jim Crow" eyaletlerinde veya Pinochet'in Şili'sinde yaşananlar için işte tam olarak bunu söyleyecektir. Musevileri, Afrika-Amerikalıları veya sosyalistleri ikinci sınıf vatandaş olarak (veya daha da kötü) gören yasaları uygulamakla yükümlü olduklarını düşünen hâkimler, esasında ahlâki bir hata yapmışlardır. Bu hâkimlerin parçası oldukları sistemin geçerli yasaları ahlâken kabul edilemezdir; bunlara itaat değil, başkaldırı icap eder. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin güney eyaletlerinden biri olan Alabama'nın 1950'de bir hukuk sisteminin olup olmadığı, bu sistemin *iyi* bir hukuk sistemi olup olmadığından başka bir sorudur. Bir tane tanınmış hukuki pozitivistin ikinci soruya olumlu cevap verdiğini görmedim, duymadım.

Jeremy Bentham ise erken on dokuzuncu yüzyıldaki İngiliz ahlâk düşüncesinin, akıl almaz saçmalıklardan ve imtiyazlıların işine gelen safsatalardan ibaret olduğunu düşünen bir radikaldi. Bentham'a göre bu ahlâk, insanların çoğunluğunun içinde bulunduğu yoksulluğa ve acıya neredeyse bilinçli bir şekilde sırtını çeviriyordu. Bentham, bugünün dünyasında adap meseleleri olarak ifade edebileceğimiz konularla uğraşan dönemin "ahlâkını", hangi kural veya eylemin insanların mutluluğunu azami hale getirdiğini veya getirebileceğini sorgulayan faydacılık (*utilitarianism*) ile değiştirmek istiyordu. Kuramı radikal bir eşitlik doktrini idi: her kişi faydacı hesapta bir sayılıyordu, hiç kimse bir diğerinden daha fazla değerli değildi. Lordların ve bankerlerin mutluluğu, fakir fukaranın mutluluğundan daha önemli değildi. Bentham, "bu kural hukukun bir parçası mı?" sorusunu "bu kural faydayı azami hale getiriyor

<sup>4</sup> Bu noktadaki kafa karışıklığı, hukuki pozitivistlere karşı Dworkin'den başlayıp John Finnis'e kadar devam eden "doğal hukuk" eleştirilerindeki sorunları açıklamaktadır.

mu?” sorusundan ayrı tutmanın önemli olduğunu düşünüyordu. Bunun nedeni de, Bentham’ın İngiliz yasalarının çoğunun kabul edilemez olduğuna ve faydacı ilkeler doğrultusunda radikal bir revizyondan geçmesi gerektiğine inanmasıydı. Bentham’ın radikalliği herkesçe bilindiği üzere ölümünden sonra dahi devam etti. Batıl inançlı yurttaşlarının ölü bedenler hakkındaki korkularından kurtulmaları için vasiyetinde bedeninin mumyalanmasını ve sergilenmesini istemiştir. Kendi kuramının ikonu (“*autoicon*”) haline gelen mumyası doğal olarak bir miktar değişime uğrasa da bugüne kadar gelmiştir.

Hart ve Raz ise, her ne kadar Bentham gibi statükonun azılı bir düşmanı olmasalar da, onların da “hukuku” mistik öğelerden arındırma konusunda Bentham gibi ilerlemeci istekleri ve gayeleri vardı. Hukukun doğru bir şekilde açıklanmasıyla beraber artık kimse “belli bir şeyin hukuk olduğu” yargısından hareketle “bu şey olması gereken şey mi?” sorusunun üstünü kapatamayacaktı. Örneğin İngiltere’de homoseksüelliğin suç olmaktan çıkarılması konusunda hiçbir tanınmış entelektüel Hart kadar emek harcamadı<sup>5</sup>. Raz da bir İsrail vatandaşı olarak, İsrail’in Filistin meselesinde yaptığı kötü muameleler ve diğer insan hakları ihlalleri konusunda sert bir muhalif olmuştur. Ancak Raz’ın görüşlerindeki asıl radikallik, aşağıda ele alacağım hukuk ve siyaset felsefesindeki ince detaylarda gizlidir<sup>6</sup>.

Tüm hukuk sistemleri vatandaşlara ne yapmaları gerektiğini söyleme hakkının olduğunu iddia eder. En kötü hukuk sistemleri, en aptal yasalar dahi, kendilerini *otoriteyi haiz* ve *bağlayıcı* olarak addeder. Eğer hız sınırını aştığınız için polis sizi durdurduğunda “ama buradaki hız sınırının bu kadar düşük olmasının akıl alır tarafı yok” diye itiraz ederseniz, hukukun temsilcisi olan polis memuru size “nefesini harcama, yasaları ihlal ettin işte” diye kısa ve öz bir karşılık verecektir. Raz’ın işaret ettiği üzere hukuk, “otorite” iddiasındadır. Hukuk, sükûletlerine ne yapmaları

<sup>5</sup> Bakınız: H. L. A. Hart, *Law, Liberty, Morality*, 1963, s. 9, ss. 13-14, s. 25, s. 45, <http://books.google.com>. adresinden erişilebilir. [Hart, H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*, Çeviren: Erol Öz, İstanbul: İslık Yayınları, 2020.]

<sup>6</sup> Bakınız genel olarak: Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986. [Joseph Raz, *Özgürlük Ahlâkı*, Çeviren: Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016.]

gerektiğini söyleme hakkının olduğunu iddia eder. Onları hukukun arkasındaki gerekçelerin iyi, mantıklı veya makul olup olmadığına ilişkin bir diyaloga davet etmez. Hukukun ifadesi şu manaya gelir: “*işte böyle yapman gerekiyor, mesele kapanmıştır.*”

Otorite iddiası her ne kadar yasaların ve hukuk sistemlerinin bir alametifarikası olsa da, bu tabii ki belli bir hukuk sisteminin bu otorite iddiasında *meşru* olduğu manasına gelmez. Raz’ın etkileyici kuramına göre hukukun otorite iddiası ancak şu şekilde meşru olabilir: hukukun süjelerine emrettiği şeylerin, bu süjelerin *ahlâki anlamda gerçekten yapmaları gereken şeylere* olabildiğince yakın olması ve süjelerin kendi başlarına bırakıldığında yapmaları gerekenleri şeyleri yapmakta görece başarısız olacak olmaları gerekir. Raz buna “hizmet temelli otorite anlayışı” der. Temel fikri oldukça basittir: otorite, ancak süjeleri için hakiki bir hizmet sağlaması, otoritenin müdahalesinin olmamasına kıyasla onlara *gerçekten* yardımcı olması hâlinde meşru olabilir.

Örneğin bir ebeveynin çocuğuna “Bugün yağmurluğunu giymelisin.” dediğini düşünün. Çocuk da yağmurun çiselemeye başlamasına ve bulutların kararmasına rağmen “Neden ki? Yağmur yağmıyor.” diye karşılık versin. Ebeveynin çocuğu üzerinde meşru bir otorite iddiası vardır çünkü çocuk, ebeveyninin müdahalesi sayesinde Raz’ın “doğru sebep” dediği şeye, yani aslında gerçekten yapması gereken şeyi yapmaya (yağmurluğunu giymeye), ebeveynin müdahalesinin olmadığı duruma kıyasla daha yakın olacaktır. Herhalde hepimiz bu tip durumlarda ebeveynlerin çocukları üzerinde haklı otorite iddialarının olduğunu kabul ederiz. Bununla birlikte Raz’a göre bir hukuk sistemi de aynı ağır şartları sağlamadıkça otorite iddiasını meşrulaştıramaz.

Hukuk sistemleri bazen bu şartları sağlar. Mesela hukuk sistemi, her gelişmiş toplumda var olan koordinasyon sorunlarını çözdüğünde otorite iddiasının meşruluğundan bahsedilebilir. Örneğin trafik sağdan mı yoksa soldan mı akmalı? Tabii ki bunun ahlâki bir önemi yoktur! İngilizler arabalarını soldan sürer ama bu bizim gayrı ahlâki sürücüler olduğumuzu göstermez! Önemli olan toplumdaki herkesin aynı şeyi yapması, yani davranışlarımızı koordine etmemizdir. Hukuk, bu sonucu sağlamak için biçilmiş bir kaftandır. Hukukun süjelerine herkesin sağdan (veya soldan, fark etmez) süreceğini söylemesi, Razcı anlayışta hukukun süjeleri

üzerindeki otorite iddiasının meşru bir uygulaması olarak görülebilir. Hukuk bu şartı bazen de sıradan vatandaşların sahip olmadığı teknik uzmanlık gerektiren faaliyetlerde bulunduğu anda sağlayabilir.

Ama asıl mesele şudur ki Razcı anlayışta çoğu yasanın ve çoğu hukuk sisteminin vatandaşları üzerindeki otorite iddiası meşru *değildir*. Zenginlerin idaresindeki Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sistemini ele alalım. Amerikan vergi sistemi ve piyasaları regüle eden kanunlar, nüfusun ezici çoğunluğunun refahı hilafına mütemadiyen küçücük bir azınlığı (nüfusun %1-2'sini) zenginleştirir<sup>7</sup>. Amerikan hukuk sistemi pek tabii ki sükeleri üzerinde otorite iddiasındadır ama bu iddiasında haklı mıdır? Halkın ezici çoğunluğunun kendi esaretini bilinçli olarak istemesi ihtimali gerçekleşmediği sürece Razcı cevap tabii ki hayır olacaktır<sup>8</sup>. Öyleyse Amerikan hukuk sistemi sükeleri üzerinde otorite iddiasında olsa dahi bu iddia ahlâken kabul edilebilir değildir.

Stalin tarafından öldürülen Marksist hukuk kuramcısı Evgeny Pashukanis, 1929'da yayınladığı klasik eseri *The General Theory of Law and Marxism*<sup>9</sup> [*Genel Hukuk Kuramı ve Marksizm*]'de Marksist hukuk kuramının "hukuki formun esas niteliklerini ifade eden temel soyutlamaları terk

<sup>7</sup> Bakınız: "Income Inequality: Top 400 U.S. Earners See Income Rise 476% In Last 15 Years" [Gelir Eşitsizliği: En Çok Kazanan 400 Amerikalının Gelirleri Son 15 Yılda %476 Arttı], *Huffington Post*, [http://www.huffingtonpost.com/2010/03/05/income-inequality-top-400\\_n\\_487878.html](http://www.huffingtonpost.com/2010/03/05/income-inequality-top-400_n_487878.html). adresinden erişilebilir. Aynı zaman aralığında orta gelir grubundaki ailelerin gelirleri sadece %13.2 arttı.

<sup>8</sup> Otuz yıldır süregelen gerici propaganda neticesinde Amerikan halkının bilişsel ve duygusal yetilerinin oldukça ağır bir hasar aldığı düşünülürken, insanların otorite olmaksızın kendi başlarına şu anki hallerinden de kötü olabilecekleri ihtimalini tabii ki dışlayamayız. Frankfurt Okulu bu felaket senaryosunu yarım yüzyıl önce öngörmüştü tabii ki ama insan yine de zenginlerin malikânelerine vergi konulmasındaki haklılığı halkın idrak edebileceğini ümit ediyor.

<sup>9</sup> Evgeny Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, Çeviren: Barbara Einhorn, Pluto Publishing, Worcester, 1989. [Evgeny Pashukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çeviren: Onur Karahanoğulları, 2. Baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2011.]



etmesinin” bir hata olacağı konusunda uyarıda bulunmuştur<sup>10</sup>. Pashukanis’e göre Marksist hukuk kuramı, “hukuki formun en soyut ve saf biçiminin analizinden başlamalı ve tarihsel bağlamdaki somut olana ilerlemelidir.”<sup>11</sup>. Hukuku ve otorite iddiasını Hart’ın ve Raz’ın ifade ettiği şekilde anladığımızda, yasaların ve hukuk sistemlerin somut görünümünün adaletsiz olabileceği ve sadakatimize, itaatimize layık olmayabileceği ihtimalini açığa çıkarırız. Pashukanis’in anladığı şekliyle hukukun radikal bir eleştirisinin yapabilmek için onun temel niteliklerini saptamamız gerekir ki bu sayede hukukun somut görünümünü şüpheli bir değerlendirmeye tabi tutabilelim.

Amerikan hukuk fakültelerinde ne yazık ki hiçbir zaman mevcut hukuk düzenine karşı Marksist bir eleştiri geliştiren ciddi bir ekol olmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde son otuz yılda devrimci siyasi kültüre en yakınsayan şey, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları” hareketi (bundan sonra EHC) olmuştur. Bu hareket, Harvard Hukuk Fakültesi’nin felsefi açıdan zayıf ve etkisiz kuramcılarını Duncan Kennedy ve Roberto Unger ile birlikte anılır. Pashukanis veya herhangi bir Marksist hukuk ve toplum kuramı açısından, EHC’nin 1970 ve 1980’lerdeki yükselişi (belirtmek gerekir ki aynı dönemde “hukuk ve ekonomi” hareketinin serbest piyasa ideolojisi de kuvvetlenmekteydi) ironilerle doludur. Birkaç istisna dışında<sup>12</sup> EHC, 1830’larda Almanya’daki Genç (Sol) Hegelcilere dayanan sol bir eleştiri stratejisini canlandırmaktan başka bir şey yapmadı. Fikirlerin tarihsel değişimin lokomotifini olduğunu savunan Hegelci anlayıştan hareketle Sol Hegelciler, hâlihazırda hüküm süren muhafazakâr fikirlerin temelinde çelişkili ve bu sebeple dayanaksız olduğunu göstererek top-

<sup>10</sup> Karahanoğulları, s. 49.

<sup>11</sup> Karahanoğulları, s. 95.

<sup>12</sup> Amerikan hukuk sistemine karşı EHC içinden Marx’ın anlayışına paralel eleştiriler getiren yazarlar Richard Abel ve Karl Klare’dır. Bu düşünürler, haksız fiil ve iş hukukundaki aleni ideallerin pratikteki gerçeklikle uzaktan yakından uyuşmadığına işaret etmişlerdir. Katkıları için bakınız: *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Editör: David Kairys, 1982, ss. 445 ve devamı, ss. 539 ve devamı. <http://books.google.com>. adresinden erişilebilir.

lumsal değişimi gerçekleştirmeye çalışmışlardı. Bu yaklaşıma göre çelişkileri aşmak için fikirlerimizi değiştirmek gerekir ve bu sayede dünya da değişmiş olur.

Hegeliğin bu kolu 1850'ler itibarıyla artık ölü topraktı. Bunun birçok sebebi vardı: Schopenhauer'in dehşetli anti-Hegelci polemikleri, aşağıda daha fazlasına değineceğim Marx'ın eleştirileri ve genel itibarıyla Feuerbach ve "Alman Materyalistleri" denilen grupla beraber Alman entelektüel yaşamında gerçekleşen "materyalist" ve "pozitivist" dönüşüm<sup>13</sup>. Bu akım, 1922'de Georg Lukács'ın *Tarih ve Sınıf Bilinci* kitabında (özellikle de bu kitabın "Burjuva Düşüncesindeki Çelişkiler" başlıklı esas kısmında) yaptığı toplumsal eleştiride Sol Hegelci öğeleri Marksist gelenekle yeniden buluşturmasıyla tekrar canlanmıştı. EHC ise Lukács'ın argüman tarzını takip etmektense (Lukács EHC makalelerinin dipnotlarında sıkça yer alan bir figürdür), EHC'nin "kurucu babası" Roberto Unger'i izlemektedir. Unger'in 1975 tarihli kitabı *Knowledge and Politics*'te [*Bilgi ve Siyaset*] çok açık bir şekilde *Tarih ve Sınıf Bilinci*'ndeki ana argümanları ve temaları tekrar etmektedir.

EHC yazarlarının pek farkında olmadıkları bir ironi ise EHC'nin Marx'ın tam 150 yıl önce acımasızca alaya aldığı sol düşünce geleneğinin hayata gelmiş hali olmasıdır!<sup>14</sup> Nitekim EHC'nin bugün neden can çekiştiğini Marx ve Engels'in Genç Hegelcilere karşı yaptıkları eleştirilerde Genç Hegelciler yerine EHC'yi koymak kaydıyla görebiliriz:

[EHC]; anlayışları, fikirleri, düşünceleri, kısacası özerklik attettikleri bilinç ürünlerini, insanların gerçek zincirleri olarak gördüğünden dolayı, yalnızca bilincin bu yarılsamalarına karşı mücadele etmek durumunda kalır. İçinde yaşadıkları bu fantezide insanların ilişkilerini, eylemlerini, zincirlerini ve kısıtlamalarını, onların bi-

<sup>13</sup> Bakınız: Frederick Gregory, *Scientific Materialism in 19th-Century Germany*, D. Reidel, Dordrecht, 1977.

<sup>14</sup> Marx ve Engels'in Bruo Bauer gibi Sol Hegelcilere karşı yaptıkları eleştiri için özellikle bakınız: Karl Marx, Friedrich Engels, "The German Ideology: Part I", *The Marx-Engels Reader*, 2. Baskı, Editör: R. C. Tucker, Norton, New York, 1978.

linçlerinin bir ürünü olarak gördükleri için [EHÇ] tutarlı bir şekilde, önümüze şu ahlâki tezi koyar: insanlar mevcut bilinçlerinin yerine, eleştirel veyahut kendini önceleyen bir bilinç geliştirerek içinde oldukları kısıtlamalardan kurtulabilirler. Bilince ilişkin bu değişim isteği, gerçekliğin farklı bir şekilde yorumlanması, yani farklı bir yorumla gerçekliği tanımanın gerektiği manasına gelir. Ancak [EHÇ] [eski yorumların] tumturaklı laflarının karşısına gene tumturaklı laflardan başka bir şey koymadığını ve yalnızca tumturaklı laflara karşı mücadele etmekle, gerçekte var olan düzene karşı gelmiş olunmadığını unutupuyor.

Sağcı profesörlerin düşüncelerinin çelişkili olduğunu göstermek ve düşüncelerini değiştirmelerini talep etmek Marx'a göre siyaseten anlamsızdır. Hayatın *maddi* koşullarındaki "çelişkiler", tarihsel değişimin esas lokomotifidir. EHÇ'nin yaptığı tek şey, bu itibarsızlaşmış eleştirel kuramı (fikirlerin veya "bilincin" eleştirisini) canlandırmak olmuştur. EHÇ'nin eleştirisini geliştirdiği sırada "hukuk ve ekonomi" kuramının sağcı ideolojisinin Amerikan hukuk fakültelerinde elde ettiği üstünlük, bu eleştiri stratejisinin 1840'takinden daha fazla önem arz etmediğinin iyi bir kanıtıdır.

Ne acıdır ki bir dönemin hukuk kuramcılarının EHÇ'nin Sol Hegelciliği ile yaptığı flört, onların neslinin tamamını entelektüel olarak sakat bıraktı. Bunun yerine hukuki pozitivizmin hukukun özelliklerine ilişkin akliselim anlayışından faydalanabilirlerdi. Muhakkak ki gözü pek bir pozitivist neslin Amerikan hukukunda son otuz yılda gerçekleşen gerici dönüşümleri kendi başlarına durdurabileceğini düşünmek abes olur. Hukuk ve siyasetteki asli gelişmeleri içinde hala yaşadığımız maddi koşullar belirlemektedir. Bununla birlikte Marx'ın da fark ettiği üzere, öyle tarihsel anlar gelir ki toplumsal gerçekliğe dair entelektüel bir zihin açıklığına sahip olmak siyasi hareket için elzem olabilir<sup>15</sup>. Bu toplumsal gerçekliğin bir parçası da hukuktur ve pozitivism de işte bu noktada gereken zihin

<sup>15</sup> Marx incelemem için bakınız: Brian Leiter, "The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche, and Freud", *The Future For Philosophy*, Editör: Brian Leiter, Clarendon Press, Oxford, 2004.

açıklığını sağlayan kuramdır. Toplumsal değişim için pek tabii ki hukukun doğasına ilişkin gerçekçi bir resimden çok daha fazlası gerekir. Ancak bu durum, günümüz kapitalist toplumlarının hukukuna karşı radikal bir eleştiri geliştirilecek ise bu eleştirinin kavramsal temelini hukuki pozitivizm tarafından oluşturulduğu gerçeğini değiştirmez.