

PAPER DETAILS

TITLE: HUKUKİ POZİTİVİZM SÜRDÜRÜLEBİLİR BİR HUKUK KURAMI MIDIR?

AUTHORS: Manuel ANTENZA,Gökçe ÇATALOLUK

PAGES: 369-382

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97611>

HUKUKİ POZİTİVİZM SÜRDÜRÜLEBİLİR BİR HUKUK KURAMI MIDIR?*

Manuel Atienza

Tartışmanın üzerinde uzlaşılan düzeniyle uyumlu olması için, bu tebliği üçe böleceğim: İlk bölümde Eugenio Bulygin'in (hukuki pozitivist) algısını tarif ederek tatminkâr bulmadığım noktalara işaret edeceğim. Sonra, daha genel terimlerle, hukuki pozitivism'e değineceğim ve kuramın sürdürülebilir bir hukuk kuramı olmamasının nedenlerini ortaya koyacağım; bunu, yakın zamanda Juan Ruiz Manero ile birlikte yazdığımız "Hukuki Pozitivizmi Geride Bırakalım" adlı tebliğde kullandığımız argümanları kullanarak yapacağım. Son olarak, özellikle Latin ülkelerine (Hem Avrupa hem de Amerika'daki) odaklanarak, bir hukuk kuramı (felsefesi) yapımı konusundaki eleştirel düşüncelerime kısaca değineceğim.

II.

1. Uzun zamandır (20–25 yıldır), analitik yaklaşıma sahip olan Latin hukuk felsefecileri (burada özellikle Arjantin, İspanya ve İtalya'dakileri kastediyorum), sayısız toplantı ve yayında, iki temel düşünce çizgisine yol açan bir tartışma yapageldiler. Basitleştirme adına ve hiçbir aşağılayıcı imada bulunmaksızın "formalist" olarak adlandıracağım ilki, Bulygin'den esinlenmiştir ve etiğe karşı(etik alanında rasyonel tartışma imkânına) son derece şüpheli bir konumda bulunmanın yanı sıra hukuki pozitivism'i sert bir şekilde savunmaktadır ve hukuk kuramını pratik yönlerin ikincil rol oynadığı bir kavramsal analiz süreci olarak yorumlamaktadır. Diğer düşünce çizgisi; (bunda da Carlos Nino'nun eserleri temel bir rol oynamıştır) kendini, çok daha açık pozitivist ("kapsayıcı" pozitivism) tezlerin ve hatta etiğin rasyonalitesini(daha dar ya da geniş bir ifadeyle etik bilisse* lçiliği) destekleyen pozitivist olmayan tezlerin ve hukuk felsefesini ahlak ve siyaset felsefesiyle birlikte (ve bunlara yakından bağlantılı olarak) pratik felsefenin bir kolu olarak algılayan ve dolayısıyla tecrit

* Eserin özgün kimliği: Manuel Atienza, "Is Legal Positivism A Sustainable Legal Theory?," Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity, Ed by: Thomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, pp. 229-245

edicilikten uzak bir hukuk düşüncesinin, savunucusu olarak ortaya koymaktadır.

Yukarıdaki, pek çok açıdan bir basitleştirmedir: bazı analitik düşünürler büyük ihtimalle kendilerini bu tarafların birine ait hissetmemekte, daha ziyade iki taraftan çeşitli öğeler almakta; diğer bazıları ise fark edilir ya da fark edilmez bir şekilde bir taraftan diğerine geçmektedirler. Fakat bu basitleştirme, beni burada gelmek istediğim noktaya getiriyor: bütün bu yıllar boyunca hiçbir tartışmada Eugenio Bulygin'in tarafında yer almadım ve bu arada ifade edeyim ki, bu durum kişisel ilişkimizi hiç etkilemedi.

Bu nedenle, Krakow' da yapılan IVR Kongresi kendime şu soruyu sormam ve cevaplamam için bir fırsat sunuyor: Benim hukuk felsefesi anlayışım Eugenio'nunkinin ne bakımdan karşıtıdır, ya da, başka türlü ifade etmek gerekirse, Bulygin'in hukuk felsefesi hukuka argümantatif yaklaşım ile ne derece bağdaşır?

2. Yakın zamanda, hukukun argümantatif algısına bir temel oluşturmaya çabalayan, *Law as Argumentation* adlı bir kitap yayınladım. Beş bölümün ilkinde, XX.yüzyılın büyük hukuk yaklaşımlarından hiçbirinin bu türden bir yaklaşıma yandaş olmamasının, fikrimce, nedenlerini ortaya koyuyorum. Bu yaklaşımlardan biri olan normativist pozitivizmi incelerken, yukarıdaki soruyu Alchourrón ve Bulygin'in ortak çalışmalarıyla bağlantılı olarak soruyor ve şu sonuca varıyorum:

Genel ifadelerle konuşmak gerekirse, argümantatif perspektiften bakıldığında, bu iki yazarın ortak ürünleri Hart ve Kelsen arasında ortada bir yerde konumlanabilir. Kelsen' in (ve Ross gibi diğer irrasyonalist müelliflerin) aksine; Alchourrón ve Bulygin, her zaman, hukuk kararlarının mantıksal çıkarımlarla gerekçelendirilebileceği (ve gerekçelendirilmesi gerektiğini); yani normatif çıkarımlar yapılabileceği, mantığın normlara da uygulanabileceği tezini savundular. Kanıtlamayı mantıksal (tümdengelimsel) kanıtlama ile özdeşleştirdikleri bile söylenebilir. Bulygin yakın zamanda "tümdengelimsel kanıtlama modeli"nin "diğer modelleri dışlamadığını" kabul etti fakat ne o ne de Alchourrón bu diğer modellere ilgi gösterdiler. Bu, bence, Bulygin'in pratik akla karşı derin şüpheciliği ve ahlak alanında duyguculuğa olan eğilimi ile açıklanabilir. Bu yazarları Hart'tan (ve Carriö'dan) kesin olarak ayıran şey ise hukukun formel mantıksal analizine yapıları vurgunun ve ahlaki şüpheciliklerinin fazlalığı (Hart ahlak alanında bir asgari objektivist sayılabilir.) ve belki de bunun bir sonucu olarak, Alchourrón ve Bulygin'in, bir şekilde, kolay davalara odaklanan bir hukuk kuramı inşa etmiş olmalarıdır. [Atienza 2006, s.29]

Takip eden satırlarda, bu tezi, sadece Eugenio Bulygin'in çalışmalarına atıfta bulunduğu kadarıyla geliştirmeye ve açıklamaya çalışacağım.

3. En azından yazılarında Eugenio Bulygin'in kendini hiçbir şekilde hukuki argümantasyon kuramlarına düşman olarak göstermediğinin altını çizmeyi önemli görüyorum. Tavrı daha ziyade bir şüphecinin tavrıdır. Ricardo

Carraciolo'ya, DOXA için verdiği röportajda kendisine, hukuki argümantasyon kuramlarının tümdengelimci mantık kamtlamalarımknkinden farklı kanıtlama kriterleri yapılandırma çabaları hakkında ne düşündüğü sorulduğunda, şöyle cevap vermişti: “Öncelikle, ben hiçbir zaman tümdengelimci gerekçelendirme modelinin yargı kararlarını gerekçelendirmeye uygun tek model olduğunu ileri sürmedim. Ortaya attığım ve hala sürdürdüğüm iddiam, bunun uygun bir model olduğudur. Fakat bu, başka modeller ortaya konması ihtimalini ortadan kaldırmaz.”, “Öncül seçiminin rasyonel kontrolü için kriterler arama çabası çok takdire şayandır.” diye de eklemişti. “Argümantasyon kuramı, maalesef, şimdilik öncüller arasındaki hiyerarşi ilişkileri tesis etmeye imkân tanıyan ve bu şekilde en iyi öncüllerin seçilmesi için rasyonel kriterler ortaya koyan kurallar ihdas edememiştir.” Mantığın (standart mantığın) alternatif öncüller arasında seçim yapılmasında oynayabileceği rolü gösterdikten sonra, konuşmasını şöyle sonuçlandırmıştı: “Öyleyse, ben hala argumantasyon kuramının yargı kararlarının gerekçelendirilmesi problemi bağlamında ne kadar fayda sağlayacağı konusunda şüpheliyim.”[Carraciolo 1993, s. 508-9]

Yapılması gereken başka bir önemli açıklama, daha önce de söylediğim üzere, Eugenio Bulygin'in algısının kolay davalara odaklanmış olmasıdır fakat bu, terimin alışlagelmiş kullanımıyla, formalist bir algıya sahip olduğu anlamına gelmez. Bu algı formalist değildir çünkü ne çetin davaların varlığını reddeder ne de onlara kolay davalarımı gibi muamele etmeyi amaçlar. Bulygin - bir yargıç ister çetin davalarla ister basit, alışlageldik davalarla karşılaşm - ihtiyaç duyulan olan tek şeyin dedüktif mantık olduğunu söylemez. Dahası, yargıcın “trajik davalar” da “ne yaparsa yapsın yükümlülüklerinden birini yerine getirmeyi başaramayacağı” nı kabul eder: Yargıç ya uygun hukuk normunu uygulamayı buyuran yasal yükümlülüğüne ya da söz konusu normu uygulamamasını buyurduğunu düşündüğü ahlaki yükümlülüğüne riayet edecektir. [Bulygin 2004, p. 25].

4. Bulygin'in duruşunu anlamamız, yukarıda bahsedilen DOXA röportajında Caracciolo'nun “istikrarlı pozitivizm” adını verdiği ve bugün “dışlayıcı pozitivizm” olarak adlandırılan şeyin bir görünümü olan anlayışa bağlıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse, Bulygin'in sabit tuttuğu ve onun pozitivist hukuk anlayışını belirleyen şu üç tezdır: hukuk ve ahlak arasındaki kavramsal ayırım, etik alanda şüphecilik, ve bu iki tezin birbirinden ayrılmazlığı: “etik şüpheciliği terk etmek, hukuk ve ahlak arasındaki ayırımı terk etmektir.”; “ayırım tezi, ahlaki nesnellikle bağdaşmaz” [Caracciolo 1993, p.511] Başka bir deyişle, eğer ahlak alanında objektivist olunursa, eğer öncelikli bir ahlak bulunduğu düşünülürse, o zaman hukuka uymak için p yi yapmak ve ahlaka uymak için p'yi yapmaktan kaçınmak gerektiğini söylemek anlamsızlaşacak (çelişkili olacak) tır. Başka bir ifadeyle Bulygin genellikle “pratik aklın birliği tezi” adı verilen tezi, etik objektivizmin doğal sonucu olarak değerlendirecektir.

Bu çeşit bir hukuki pozitivizm mantıksal olarak Bulygin'in son yazılarının bazılarında açıkça ortaya koyduğu, bazılarında daha üstü kapalı olarak değindiği ve pek çok kere sözlü olarak ifade ettiği türden bir hukuk kuramına işaret etmez (ama bununla uyumlu olduğu söylenebilir). Ona göre hukuk kuramı kendini hukuk sisteminin analiziyle sınırlamalıdır: olaya yargısal açıdan bakacak olursak, kendini yargıcın önüne konan davayı nasıl çözeceği ile değil hukuku nasıl tanımlayacağımızla sınırlamalıdır, zira yargıcın önündeki nihai sorun her zaman ahlaki bir yön içerir [bkz. Bulygin 2004, p.23]. Bu nedenle hukuk kuramında ilgilendiği temel alan, davaların hukuki karara bağlanması (kayda değer şekilde) bir parçasını oluşturduğu hukuk uygulaması (*la parole*) değil, hukuk sistemidir (dille paralellik kurmak gerekirse: gramer, *la langue*). Hukuk uygulamasına ilişkin olarak Bulygin'in tavrı şöyledir: Bazı davalarda hukuk bir kararı tek bir ağızdan verir, ve hukuk kuramı bu davaların hangileri olduğunu belirleyebilir, belirlenmesine katkıda bulunabilir: yani yürürlükteki hukuku tanımlar; buna karşın bu kararı almamak için ahlaki nedenler olabilir, bu durumlarda bile kuram (ahlaki şüphecilik göz önüne alınırsa aslında hiçbir kuram), yargıç tarafından karar vermek için kullanılamaz. Hukuk, kararı belirlemediğinde (çetin davalarda), kuramın işlevi, söz konusu belirsizliğin nedenlerinin ne olduğunu (boşluklar, çelişkiler ya da Bulygin'in *Normative Systems*'da "tanıma boşluğu" adını verdiği durumlar) belirlemek için bu davaların bir tipolojisini oluşturmaktır.

5. Bulygin'inki gibi bir kuramın hukuki argümantasyona ne kadar yer verdiği (sadece yargı perspektifine ilişkin olarak) sorulacak olursa cevap açık ve basittir: Eğer bir dava çekişmesizse ve yargıç da durumu böyle kabul ediyorsa (dava basitse) dedüktif terimlerle yapılan bir kanıtlama kullanılır. Ama eğer dava çekişmesiz değilse, yargıç, öncülleri kanıtlamaya bağlı olan (özü itibarıyla mantık ve hukuk kuramı sınırları dışında kalan) ihtiyari bir işlem yapmak zorunda kalacaktır ve bununla (ki burada mantık sadece belli sınırlar kurmaya yarar- ve her zaman öncüllerin yek diğeriyle uyumlu olmasının kabul edilmesi şartıyla) geriye kalan yeniden bir dedüksiyon işlemidir. Bu, başka bir çalışmada, Bulygin'in, yorum sorununun semantik olduğunu öne sürmesini -ki bu yorumcunun bir belirsizlik problemini çözmek için yapması gerekenin tartışılan terim ya da terimlerin semantik kurallarını göstermek olduğu anlamına gelir-. Bu hukukta büyük önem taşıyan bir işlem olduğu halde, özgül olarak hukuki nitelik taşıyan bir şeyin yorumunda gerçekte hiçbir şey yoktur [Bulygin 1992]

Bu nedenle Bulygin'in yaklaşımı yukarıda değindiğim kitapta "argümantasyonun formel anlaşılması" adını verdiğim kapsama girer. Şekli algı, bir faaliyet olarak değil netice olarak argümantasyon üzerine odaklandığından, bu durum, (hukuki) argümantasyonun sadece bir önermeden diğerine geçen bir önermeler zinciri ve ya da bu geçişin neticesi olarak görüldüğü anlamına gelir. Buna, teorik ya da pratik bir sorunu çözmek için yapılan bir arayış, açıklama ve öncüllerin (sebeplerin) değerlendirilmesi eylemi ve başka birini ikna etmek

vs.yi amaçlayan bir insan etkileşimi olarak görülen argümantasyon dahil edilmez. Şekli algının yaptığı katkının (şemalar-şekiller-argümanlar üzerine yapılan çalışmalar) çok önemli olduğu su götürmez, fakat dışarıda bıraktığı şeyler de çok önemlidir (argümantasyonun maddi ve pragmatik yönleri). Söz gelimi bir yorum problemi üzerine düşünen bir hukukçu Eugenio Bulygin'inki gibi bir çalışmadan fazla faydalanamaz: hukukçu, uygulanmasıyla beraber ona sorunu çözme imkanı verecek bir "semantik kural" a ihtiyacı olduğunu bilecektir, ama şu da vardır ki zorluk, hemen her zaman, bu kuralın nasıl inşa edileceğine ilişkindir: bunu yapmak için hangi kriterleri kullanacağında ve bunları ne şekilde kullanacağımdadır. Hukuki argümantasyon teorileri tam da bu tür sorulara cevap arar. Mesela, kararların yargısal gerekçelendirilmesi konusunda, böyle bir gerekçelendirmenin sadece formel terimlerle değil, maddi ve pragmatik olarak da düşünülmesi gerektiğini, hakimın kararını gerekçelendirme zorunluluğunun sadece ikna etmeyi başaran (bunu başaramasalar bile) iyi sebepler öne sürmesiyle tatmin olacağını; formel mantığın gerekli bir bileşen olduğunu ancak yeterli olmadığını vb. başlangıç noktası olarak alırlar.

Tabii ki Eugenio Bulygin'in bunların hepsinden habersiz olduğunu öne sürmek istemiyorum. Tam tersine o, tam da bunun farkında olduğu için, bir hukuk kuramının yargıçların nasıl karar vermeleri ya da dahası kararlarını nasıl gerekçelendirmeleri gerektiği sorusuna bir cevap önermesi gerektiği düşüncesini reddeder. Onun hukuki argümantasyon kuramcılarıyla farklılığı tam da bu noktada yatar: Bu sonuncular, hukuk kararlarının gerekçelendirmesiyle ilgili bir teori geliştirmeye çabaladılar (genel olarak, formel –mantıksal öğeleri maddi ve pragmatik doğası olan diğerleriyle birleştirerek).Öte yandan, Bulygin, gerekçelendirmenin sadece bir yönünü alan bir kuram inşa etmeye uğraştı. Diğer teorilerin kapsamı, bu nedenle, farklıdır.

6. Gösterdiğim üzere, Eugenio Bulygin'in çalışmalarının iç tutarlılığıyla ilgili hiç bir kuşku yok. İçerdiği tüm öğelerin özellikle harmonik bir şekilde bir arada bulunduğunu düşünüyorum ve bana kalırsa, onu uç noktada gibi görünen (hiç kuşkusuz öyle olan) ama aynı zamanda başlangıç noktalarının zorunlu sonucu olan tezleri savunmaya bir anlamda bu istek yöneltiyor. Bu nedenle, ulaştığım sonuç, eserlerine ilişkin tartışılması gereken şeyin onun kuramının hukuk kuramı değil hukuk meta kuramı olduğudur. Benim Eugenio Bulyginle uyuşmazlığım bu son söylem düzeyinde ortaya çıkıyor-ve sanırım bu hep böyle oldu. Bu, tartışmanın çevrilmesi gereken yöndür. Hukuk kuramının Bulygin tarafından çizilen çerçevede yapılması gerektiğini kabul etmeyi gerektiren geçerli bir neden var mıdır? Nasıl bir hukuk kuramı inşa etmek peşindeyiz? Bu tür sorular sormanın bir anlamı var mıdır?

Bence vardır ve muhtelif teoriler arasında seçim yapmak için kriter bulunmadığını, herşeyin bir sübjektif tercih ve [Bulygin'in] aynı oyunlarda, herkesin en hoşuna gideni, ona en üst düzey tatminin yaşatanı vs. seçmesindeki gibi zevk meselesi olduğunu düşünenlerin uç konumunu paylaştığını sanmıyorum;

bir etik emotivizm olduğu gibi analitik hukuk felsefecilerinin bana en temel görünen soruyu tartışmamak için kaçtığı bir meta-teorik emotivizm de olduğunu söyleyebiliriz: Hangi hukuk kuramı?

Fakat, dediğim gibi, ben, Eugenio Bulygin'in konumunun kesin olarak bu olduğuna inanmıyorum. Teorinin pratik faydasının dikkate alınması gereken bir bileşen olduğunu inkar etmez, yine de ona göre- bence "ihtiyat"a ilişkin nedenler yüzünden- bir hukuk kuramcısı tehlikeli zeminlerden uzak durmalıdır ve bu sakıngan davranışın beraberinde getirdiği açıklık ve kesinliğin her türlü tehlikenin bulunduğu alanlara girme teşebbüsünde bulunanlarca aranan (varsayımsal) faydaya yeğlenir değerler olduğunu düşünür.

Bu tutumun bir örneği, bence, kendi algısının "ideolojik" bir pozitivistin-kine (Bergbohm ya da "başka bir ondokuzuncu yüzyıl pozitivist") ya da doğal hukukçunun-kine (Radbruch, Alexy ya da- eklenebilir-argümantasyon kuramının pek çok başka destekçisine) göre tercih edilebilir olduğunu gerekçelendirmek için ortaya koyduğu pratik örneğinde bulunabilir. Örnek, A, B ve C adındaki üç askerine bir mahkuma işkence yapma görevi veren bir subayla ilgilidir. İdeolojik pozitivist olan A'yı bir kenara bırakalım. Bulygin'i takip eden B adlı asker şöyle akıl yürütecektir: "Subayın emri hukuken geçerli ama ahlaka aykırıdır. Hukuk kurallarına uymak için ahlaki bir ödev bulunmadığından, emre itaatsizlik yüzünden cezalandırılacak olsam bile bu emre uymayacağım." C adlı asker sıra kendine geldiğinde şöyle akıl yürütecektir: "Subayın emri, ahlaka aykırı ve bu enedenle hukukun bir parçasını oluşturmaz. Bu bir hukuk kuralı olmadığına göre ona uymayabilirim." Bulygin, şu sonuca ulaşır: "İki asker de (...)emre itaatsizlik nedeniyle cezalandırılmak riskini taşır, fakat asker B hukuka ahlaki nedenlerle karşı geldiğini iddia edebilirken (emir, hukuken geçerli olduğu halde ahlaka aykırıydı.) asker C sadece semantik gerekçelere başvurabilir. O emir hukuk değildir. Ahlaki bir bakış açısından onun pozisyonu, tabii ki, asker B'ninkine oranla daha az avantajlıdır. Teorik bakış açısından, aynı, kötü bir öğretmenin öğretmen olduğunu teslim etmekte hiç bir avantaj olmadığını görmediğim gibi kötü hukukun hukuk olduğunu reddetmekte herhangi bir avantaj görmüyorum. Bu tür bir semantik kararın sonucu, öğretmeni kötü olduğu yahut bir hukuk normunu adaletsiz olduğu için eleştirmenin imkansız olduğudur." [Bulygin 2000, p. 25-26]

Fakat ben Bulygin'in bu noktada haklı olduğunu düşünmüyorum. Bulygin'inki gibi bir hukuki pozitivism tarafından yönlendirilen birinin "ahlaki bakış açısından" "daha avantajlı" bir konumda bulunurken, Radbruch ya da Alexy'nin takipçilerinden birinin sadece "semantik" gerekçeler ortaya koyabileceğini düşünmek bana yanlış gibi geliyor. B akıl yürütücüsü de C de bir öncülü ("emir ahlaka aykırıdır.") ve bir sonucu ("emre itaat edilmemelidir.") paylaşmaktadır ve diğer ikisinde ayrılmaktadır. Bu demektir ki, B'nin diğer öncülleri: B2 ("ahlaka aykırı emirler eğer x ve y gerekliliklerini yerine getirirlerse -ki bu emir yerine getirmektedir-geçerli hukuktur.) ve B3 ("hukuken geçerli fakat ah-

laka aykırı emirlere itaat edilmemelidir”) dir. Ve C’nin diğer öncülleri: C2 (“ahlaka aykırı emirler geçerli hukuk değildir”) ve C3 (“hukuken geçersiz emirlere uyulmaması gerekir) dir. Öyleyse B3 ve C3 pratik yargıları dile getirirler ve birini ya da diğerini tercih etmek ahlaki bakış açısından bir “avantaj” meydana getiriyor gibi görünmez. Bize kalan diğer ikisidir. İlk bakışta B2ye karşıt olarak C2’nin bir “semantik kural” a benzemesi mümkündür, ama ben bunun sadece görüntüde olduğunu düşünüyorum. Aslında B2, B2a’ya (“x ve y gerekliliklerini yerine getiren ahlaka aykırı emirler geçerli hukuktur.”) ve B2b’ye (“bu emir x ve y gerekliliklerini yerine getirir.”) bölünebilir. O zaman B2a’nın C2 (aslında C2 şöyle de ifade edilebilir: “eğer ahlaka aykırı emirler x ve y gerekliliklerini yerine getirseler bile, geçerli hukuk değildirler”) ile aynı (“semantik”) doğada olduğu görülür. O zaman aradaki tek farkın B2b olduğu görülür ama bu, “ahlaki bakış açısından” (aslında, gösterilenlere göre, B2b de C’nin argümanında bir öncül olarak görülebilir.) herhangi bir fark ifade edecekmiş gibi görünmez.

Hepsi bir araya geldiğinde, uç noktada adaletsiz (ya da ahlaka aykırı) bir hukuk normunun (ya da emrin) geçerli hukuk olmadığı (“Radbruch formülü” adı verilen) tezinin neden söz konusu normu eleştirmenin imkansızlığına yol açtığı açık değildir. Kritik yön, normun (ya da emrin) “uç noktada adaletsiz” ya da “ahlaka aykırı” olmasında yatar ve bu da iki tür akıl yürütenin de kabul ettiği bir düşüncedir (Radbruch ve Alexy’nin takipçilerinin ya da Bulygin’inki). Aradaki fark daha ziyade Bulygin’in takipçilerinin, teori açıkça “ahlaki görevlerimiz hatta bir yargıcın ahlaki görevleri konusunda hiç bir şey söyleyemediği” için tam olarak söz konusu yargıyı gerekçelendirememelerinde yatar [Bulygin 2004, p. 26].

Gerçekte, benim gördüğüm kadarıyla, eğer örnek yargısal bakışa çevrilirse (Yargıçların öldürmek için ateş etme emrine uyan askerlerin adam öldürme suçunu işleyip işlemediğine karar vermek zorunda olan “Berlin duvarı muhafızları” davalarında olan şey aşağı yukarı buydu.) Bulygin’in takipçileri için işler daha da kötüdür. İşler daha kötüdür çünkü askerlerin durumundan farklı olarak – ve genel itibarıyla bu durumdaki özel bireylerden farklı olarak- bizim yargı sistemlerimizde yargıçlar, kararlarında (yargısal olarak) akıl yürütmek zorundadır; öyle ki bir yargıç yargıç olarak akıl yürütmesini şu şekilde sonuçlandırmamalıdır: “hukuk benim p’yi yapmamı emrediyor ama p’yi yapmamalıyım”. Bunun her zaman olası olduğunu söylemiyorum ama bu ilişki için düzenleyici fikir olarak işlemesi gereken budur ve hukuk kuramının en önemli işlevlerinden biri- Eugenio Bulygin’in söylediğine karşıt olarak- yargıçların karar vermesine ve kararlarının gerekçelendirmelerine yardımcı olmaktır.

Öyleyse, örnek bizi aynı noktaya geri götürüyor. Hangi hukuk kuramı tercih edilebilir? Hukuk kuramının yapımını hangi kriterler yönlendirmelidir: titizlik ve açıklık mı yoksa pratik fayda mı? Bu ikisi gerçekten bağdaşmaz mıdır? Ben böyle düşünmüyorum çünkü, açıklık ve titizlik tam olarak bir kuramın aradığı araçlar olarak görülmelidir, amaç olarak değil.

III

1. Çok yakın zamana kadar, Latin ülkelerinde doğal hukuk her zaman muhafazakar tabiatlı konumlarla bağlantılandırılırken hukuki pozitivizmin savunusu, liberal ya da sosyal demokrat siyasi tavırla elele gitmişti. İki örnek verelim. Franco'nun İspanyasında, resmi hukuk ideolojisi doğal hukuktan ve hukuki pozitivizme olan bir eğilim rejim karşıtlığının hata kaldırmaz bir göstergesiydi. Arjantin'de altmışlı yıllardan itibaren gelişen analitik felsefe, nitelik itibarıyla kavramsal ya da metodolojik pozitivizmin savunusuyla ve genel terimlerle liberal sayılabilecek pozisyonlarla beraber yürüdü. 1976'da darbe olduğunda, diktatoryal iktidarın ideolojik destek aradığı yer, en köktenci katolik doğal hukuk kuramıydı. Diğer taraftan, bu tür bir siyasi bağlantı, uluslararası arenada hukuki pozitivizmin fikir babalarının -Kelsen, Ross, Hart- da ideolojik spektrumda gelişkin liberalizm ya da sosyal demokrasi arasında bulunmalarıyla gayet uyumludur.

2. Çok iyi bilindiği gibi, "hukuki pozitivizm" sıradışı belirsizlikte bir ifadedir. Latin yazarların nasıl pozitivistler olduğunu belirlemek için çok etkili olmuş olan (özellikle ilki, hala etkili olan) iki yaklaşımı hatırlamakta fayda vardır. Biri, üç hukuki pozitivizm düşüncesi arasında ayırım yapan Norberto Bobbio'nunkidir [1992]: 1) Bir hukuk yaklaşımı yahut hukuk çalışması yaklaşımı olarak, hukuki pozitivizm, hukukçunun ilgilenmesi gereken hukukun ikincisi değil ilki olduğu yargısıyla, gerçek ve ideal hukuk, olgu olarak ve değer olarak hukuk, olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayrımı açıkça belirtir. 2) Bir hukuk kuramı olarak, pozitivizmi zorlama kuramının, -hukuk normunun- buyruk kuramının savunusuyla bağlantılı bir devlet hukuku kuramı olarak; hukuk düzeninin değerlendirmesini uyumlu ve bütünlüklü bir tabiata sahip bir sistem olarak; hukukçu ya da yargıcın eylemini esasen bir mantık eylemi olarak tanımlar. 3) Bir ideoloji olarak, hukuksal pozitivizm hukuka, sadece varolduğu için pozitif bir değer atfeder, bu atfı şu iki argümantasyon çizgisinden biri vasıtasıyla yapılır- diye yazar Bobbio-: pozitif hukuk, sadece pozitif olması olgusu nedeniyle adildir; ya da hukuk, sadece varoluşuyla ve kurallarının ahlaki değerinden bağımsız olarak, barış ve kesinlik gibi arzu edilen hedeflere ulaşmaya hizmet eder.

Diğer bir, Gonzáles Vicén'e ait [1979] yaklaşım, hukuki pozitivizmi "tarihsel olgu" ya da "hukuki gerçekliği anlamının genel bir yolu" ve "hukuki pozitivizm kuramları" olarak ayırt etmeye bağlıdır; hukuki pozitivizmin hukuk algısı olarak, belli bir noktada bir topluluktaki insan ilişkilerini etkin olarak biçimlendiren gerçek ve bireyselleşmiş bir düzen olarak alınması bir şeydir; bu algıdan çıkan sorulara verilen değişik cevaplar ve bunların bir araya getirilmesi ayrı bir şeydir: tarihçi, normativist, realist pozitivizm.

Latin ülkelerinde hukuki pozitivizmi karakterize eden şey (aslında hukuk felsefecileri arasında) hukuki formalizmden (Bobbionun bir kuram olarak hukuki pozitivizmden anladığı) çok uzak ve altmışlılardan beri (Carriö'nün İspan-

yolca çevirisi 1963 tarihli) Latin dünyasında yaygın olan Hartçı hukuki pozitivizm versiyonuna çok yakın bir yaklaşım olarak hukuki pozitivizm ve hukukun normativist kuramıdır.

3. Son birkaç yıldır, hukuki pozitivizmle ilgili tartışmalar, Alexy'nin çalışmalarının da bir oranda etkisi olsa da, Anglo Sakson felsefesinin yaklaşımına (temelde Dworkin'in) yakından bağlıdır. Bu nedenle en son tartışmaların dışlayıcı pozitivizm, kapsayıcı pozitivizm ve aksiyolojik pozitivizm merkezinde olması şaşırtıcı değildir. Sentetik bir şekilde ifade etmek gerekirse [bkz. Moreso 2004], pozitivizmi karakterize eden, hukukun toplumsal kaynakları tezinin savunusu ve hukuk ve ahlakın ayrılmasıdır ki bunlar birlikte hukukun tanımının ahlaki kriterlere dayandırılmaması fikrinin savunusuna yol açar. Hukuki pozitivizmin bu temel düşüncesi, üç ayrı şekilde anlaşılabilir, bu nedenle üç tür hukuki pozitivizm vardır. Sert ya da dışlayıcı pozitivizm, hukuku ahlaki kriterlere *dayanamayacağı* şeklinde anlar; yumuşak ya da kapsayıcı pozitivizm, ahlaki kriterlere dayanmak *ihtiyacında olmadığını* ileri sürer, ki aslında orijine atıfta bulunan bu kriterlerle birlikte ahlaki tanımlama kriterleri ortaya koyan, karmaşık bir tanıma kuralı içeren gelişmiş hukuk sistemleri bu tür kriterlere dayanır; ve son olarak aksiyolojik ya da normativist pozitivizm bu tanımlamanın ahlaki kriterlere *dayanmaması gerektiğini* ortaya koyar.

4. Dışlayıcı hukuki pozitivizmle ilgili problem (bütün versiyonlarında: Eugenio Bulygin'in de bir tür dışlayıcı hukuki pozitivizmdir.) hukukun karar verme yolunu aydınlatışıyla ilgili genel kabul gören fikirlerle çarpıcı bir tezat halinde olmasıdır. Eğer mesela Raz örneğinde olduğu gibi, hukukun ahlaki kriterlere başvurmadan tanımlandığını düşünür, "bir normun hukuk normu olarak tanımlanması onun bir kişiye yahut ilgili kuruma atfedilmesine bağlıdır ve bu tür atıflar sadece olgusal değerlendirmelerde temellendirilebilir." [bkz. Raz 2001] Yine de hukukla ilgili (ya da hukukun ne olduğuyla ilgili) akıl yürütürken durum buysa, tam tersine bir olayı çözmek için, hukuka göre (ya da uyuşmazlıkların hukuka göre nasıl çözülmesi gerektiğine) akıl yürütürken, Raz'm fikrince, böyle yapmak için önemli ahlaki sebepler olduğu sürece hukuk kendisini hukuku uygulamaya geçiren kurumların belirlediği içerikten sapmak için yetkilendirir. Bu, hukukçuların genel inançlarıyla karşılaştırsak tabii ki tuhaf görünür. [Hukukçular] belli durumlarda, bir davayı çözmek için normalde ona uygulanabilecek hukuk kuralının bir tarafa bırakılmasını haklı çıkarmak üst tabiatla hukuki gerekçeler olabileceği düşüncesinde uzlaşırlar. Fakat, hukukçuların bizimki gibi hukuk sistemleriyle tamamen uyumsuz bulacakları şey, bunların yargıca, fikrince, ahlaken uygun bulduğu sürece hukuk sistemlerinin öngördüklerinin dışında takdir yetkisi vereceğidir.

5. Pek iyi bilindiği üzere, kapsayıcı hukuki pozitivizmin (Hart'ı Dworkin'in saldırısından korumak için bu fikri ilk ortaya atanın 1970 yılında, Arjantinli hukuk kuramcısı Genaro Carriö olduğunu hatırlamakta belki de fayda vardır [bkz. Carriö 1986]) temel fikri, eğer tanıma kuralı, ahlaki kriterler

içeriyorsa (ki bu Anayasal Devletlerin hukuk sistemlerinde olur); akıl yürütmenin, sadece *hukuka* uygun olarak akıl yürütmeyeyle iştigal ederken değil aynı zamanda *hukuk hakkında* akıl yürütürken de ahlaki öğeler içermesidir. Bizim fikrimize göre, bu tür hukuki pozitivizm iki tür eleştiriye imkan verir: öncelikle ayırt edici tezi- hukuk ve ahlakın ilişkisinin olumsal olduğu ve geçerlilik testinin, referansları ahlak içermeyen bir hukuk sisteminin, kavramsal olarak düşünülebilir olması- hukukçuların çok ilgisini çekiyor gibi değildir; zira bu mümkün olsa da, bu tür sistemlerle uğraşırken kendi sistemlerimizle, anayasal hukuk sistemleriyle ya da makul olarak beklentisi içinde olabileceğimiz sistemlerle uğraşılıyor değildir. İkincisi, tanımlayıcı ve genel bir hukuk kuramı yapılandırma arzusu (Dworkinle temel görüş farklılığının bulunabileceği *Postscript*'de Hart tarafından ısrar konusu olmuştur) da kısır bir arzu olarak görünür (ileride bunun hakkında daha fazla şey söylenecek).

6. Aksiyolojik ya da normatif normatif pozitivizme (altmışlar ve yetmişlerde Scarpelli tarafından savunulan ve İspanyolca konuşulan hukuk felsefesi çevrelerinde yakın zamanda Laporta, Hierro ve Atria'nın savunduğu) gelince, Moreso bu tür pozitivizmin temel argümantasyonu olarak görünen hususları başarıyla bir araya getirmiştir: 1) Ahlaki doğruluk kriterleri bakımından derin ihtilaf 2) eğer, insanların özerkliğine saygı göstermek istenirse, davranışları açık ve net normlar tarafından düzenlenmelidir. 3)eğer hukuk ahlaki kriterler kullanılarak tanımlanırsa (neye izin verildiği, yasaklandığı ya da neyin zorunlu tutulduğu), kesinlik değeri ve bu yolla insanların özerkliği kurban verilir. 4) Bu nedenle, hukuk ahlaka başvurmada tanımlanmalıdır. Öyleyse Moreso, yukarıdaki argümantasyonun iki zayıf noktasını gösterdiğinde haklıdır. Bir taraftan, ahlakta, söz konusu sorulara ilişkin olarak bir ihtilaf olduğu doğrudur ama bu, bu ihtilafın mutlak olduğunu göstermez. Diğer taraftan, Moreso, özerkliğin değerini en iyi muhafaza edenin açık ve net kurallar olduğunu ileri sürer fakat bunlar, "ahlaki fesih kabiliyeti"ni içermelidir ki bu da, -anayasal Devletlerde hukukun kural ve ilkelerden oluşmaktan vazgeçemeyeceğini ve bu sonuncuların kurallar üzerinde belli bir aksiyolojik üstünlüğü olduğunu söylemenin bir başka yoludur.

7. Bu versiyonların ikisinde de hukuki pozitivizmi tanımlayan iki karakteristik şunlar gibi görünüyor: 1) hukukun insan eylemleriyle yaratılan ve değiştirilen bir sosyal fenomen olduğu tezi (González Vicén'in "tarihsel olgu" olarak hukuki pozitivizm adını verdiği ve bugünlerde "hukukun sosyal kaynakları tezi" olarak bilinen tez) ve 2) hukuk ve ahlakın ayrı olduğu, bugünlerde genellikle -yumuşak ya da kapsayıcı pozitivizm anlamında- normun ahlaki değerinin, hukuki geçerliliğinin yeterli bir şartı olmadığı ve gerekli bir şartı olmayabileceği olarak anlaşılan tezi. Öyleyse, hukuki pozitivizmin zayıflığı iki tez de ya da tezlerden biri yanlış olduğu için ortaya çıkmaz: ikisi de açıkça doğrudur ve hukuk kuramını abartısız bir şekilde yaratanların sorgulamadığı bir tür anlaşma oluşturur. Hukuki pozitivizmin zayıflığı, bir taraftan bu şekilde anlaşıldı-

ğında, kuramın ehemmiyetsiz görünmesi ve diğer taraftan, tanımlayıcı olmaları da, 20. Yüzyılın temel manifestolarında yeralan bazı nitelikler eklenirse hukuki pozitivizmin bir hukuk kuramının ve anayasal devletin koşullarına uygun bir hukuk dogmatığının gelişmesine mani olacak bir engel haline gelmesidir.

8. Ehemmiyetsizliği göstermek zor değildir. Sadece bu şekliyle anlaşıldığında, 20. Yüzyılın büyük doğal hukukçularından hiçbirinin (Radbruch, Fuller ya da Finnis) bu teze bir itirazı olmayacağını düşünmek yeterlidir. Bu nedenle bu tez bugün bir kuramın ya da hukuk algısının ayırt edici özelliğini oluşturmaz zira [bu tez] belli bir geçerlilik duygusu olan herkes tarafından paylaşılır. Dahası, ikinci teze (hukuk ve ahlakın ayrılması) ilgili olarak eğer hukuki pozitivistlerce paylaşılan şey buysa, bu öyle minimal bir kuramdır ki ayırt edici bir hukuk kuramı duruşu oluşturmaz.

9. Hukuki pozitivizmle olan sorun 20. Yüzyılda hukuki pozitivizme atfedilebilecek bütün büyük kuramlardaki (Kelsen, Ross, Carriö ya da Alchourrön ve Bulygin) bazı genel algılarda yatar: Hukuk kuramının betimleyici algılanması ve normların başka birkaç talimat eylemi sonucunda ortaya çıkan davranış direktifleri olarak algılanması.

10. Betimleyici ve aksiyolojik olarak nötr bir kuram yapılandırma arzusu, pozitivist kuramın geçen yüzyılda genel pratik söylemiyle ve hukuk dogmatığıyla temel bir iletişimsizlik halinde kaldığı gerçeğiyle sıkı bağlantı halindedir. Bu şekilde algılanan bir hukuk kuramı ne gerekçelendirme söylemlerine ya da -siyaset felsefesinde bulunan- anayasal modellerimizin eleştirisine ne de amacı, yasakoyucu tarafından konulan ham normatif materyal ile uyumsuzlukları çözecek kurumların arasında aracılık etmek olan - hukuk dogmatığında bulunan- söylemlere katılabilir. Betimleyiciliğin kendi destekçileri dışında hukuk kuramının uyandırabileceği ilgiyi sınırlandırdığı söylenebilir.

11. Pozitivizmi genel olarak karakterize eden bir başka cepheise preskriptivizmdir; bu, hukuk normlarını neredeyse bütünüyle, davranış direktifleri ve bu davranış direktiflerinden pek çok diğer talimat edimleri olarak tasarlarmaktır. Normlarla ilgili, neredeyse tamamıyla talimat yönlerine önem vermek değer yönlerinin ihmal edilmesine ya da en azından bu yönün ikincil olduğunun düşünülmesine neden olur. Ve normları istisnasız başka talimat edimlerinin sonucu olarak görmek, bir talimat ediminden değil normatif otoritelerin önlerindeki normatif içerik karşısında bir tanıma ediminden kaynaklanan normların ihmal edilmesine yol açar. Bütün bunlar, 20. Yüzyılın pozitivist kuramlarının hukuki akıl yürütmenin en önemli yönlerini açıklamalarında ve anayasal hukuk düzeninin kabulüne neyin dahil olduğunu açıklamalarında sınırlar koyar.

12. Yukarıda değinilen yetersizliklere ek olarak pozitivizme anayasal devletlerdeki hukukun yeni gerçekliğini açıklayıp bu gerçeklikte iş görmekten alıkoyan son bir özellik vardır. Bu da pozitivizmin(bütün biçimleriyle) hukuka

(aynı zamanda) bir *sosyal pratik* değil sadece bir *sistem* olarak bakmasıdır. Bir sistem olarak hukuk, bazı normatif gereklilikleri karşılayan normatif tabiatlı bir ifadeler kümesi olarak değerlendirilebilir. Fakat hukuk aynı zamanda davaları hükme bağlayan, kararları gerekçelendiren, normlar üreten vs. karmaşık bir sosyal pratik olarak görülebilir (görülmelidir). Başka bir şekilde ifade edilirse, hukuk, sadece zaten kurulmuş olan (ve hukuk kuramcısı tarafından betimlenip sistematize edilmeyi bekleyen) bir gerçeklik değil hukuk kuramcısının katkıda bulunup geliştirebileceği kişinin katılabileceği bir aktivitedir.

IV

1. Eğer- sık sık yazıldığı gibi- hukuk “zaman içinde gerçekleşen büyük bir kolektif eylem”, bir sosyal pratikse, hukuk kuramı, bir şekilde o pratiğin bir parçası olmalıdır. Sonuç olarak hukuk kuramcısı ne pratikte varolan değerlerden bihaber olabilir ne de katılımını sadece bireysel anlamda değerlendirebilir. Kısacası çalışmamızı yönlendiren orijinallik arzusu değil bu pratiğin gelişmesi için diğerleriyle işbirliği içinde bir katılım olmalıdır.

2. Herhangi bir hukuk sistemi için geçerli olan genel bir hukuk kuramı yapmak, düşük değeri olan bir girişimdir. Dahası, standart hukuk kuramının, dominant Anglo Amerikan paradigması (pozitivist olsun olmasın) gerçekten genel olduğu açık değildir. Bu nedenle, hukuk kuramındaki küreselleşmenin “yerelliğin küreselleşmesi” adı verilen şey olduğu riski gerçek olduğundan, bugün var olan çeşitli kültür daireleriyle uyumlu söz gelimi “bölgesel” hukuk kuramları geliştirmek ilginç olabilir. Çok taraflılık sadece uluslararası siyasette arzulanan bir strateji gibi görünmemektedir.

3. Avrupadaki ve Amerikadaki Latin ülkeleri bu kültürel dairelerden birini oluşturur. Ekonomik, siyasi, bilimsel, teknolojik vs. gelişmelerindeki farka rağmen bu ülkeler hukuk sistemleri ve dilleri bakımından pek çok ortaklık sahibidir, zengin bir hukuk düşüncesi geleneğini paylaşırlar ve anayasal devlet, hepsinde hukuk ve hukuk kültürünün gelişmesi için düzenleyici bir ideal olarak iş görür. Bugün bu ülkelerin çoğunda hukuk felsefesi önemli bir akademik pozisyonudur ve bu da bu disiplin içinde yüksek “teknik” yetkinlikte bilim adamlarının çokluğunu açıklar. Peki hukuk kuramcılarının üretiminin büyük oranda diğer kültürel dairelerden gelen ve diğer dairelere özgü sorunlarla başa çıkmaya yönelik fikir ve kuramları üzerine yorum yapmakla sınırlanması nasıl açıklanabilir?

4. Üstteki, hukuk kuramında bölgeciliğe bir davet değildir, tamamen ve kökten yerel olanla gerçekten genel ya da evrensel değer sahibi olanı- ya da olabilecek olanı- ayırt etmeye bir davettir (en azından anayasal Devletin evrensiyle bağlantılı olarak). Bölgesel dairedaki hukuk kuramları yerel ve evrensel arasında yararlı bir aracılık yaparak hukuk kuramında daha dengeli bir küreselleşmeye katkıda bulunabilir.

5. Hukuk felsefesi bir retorik üslubu değildir, hukuk kuramcılarının eserlerinin hitap ettiği ve içlerinde bulunabilecek fikirleri kullanabilecek olan-

larla hiç ilgilenmemesi yanlış bir hukuk kuramı yapma yoludur. Sadece diğer hukuk felsefecilerine hitap eden eserler üretmek belki çok anlamsızdır, hatta, doğrudan seslendiklerinin kendi kültürel dairesi dışında üretilen her şeye yabancı gözyle bakan entelektüeller olması, daha da anlamsızdır.

6. Sıklıkla yukarıdakiyle ele ele giden bir hata, hukuk kuramının sadece alakalı sorunlarla ilgilenirse ve bu ilgi de geniş anlamıyla hukuk camiasının faydası ile örtüşürse değerli olacağını unutmaktır. Dış kaynaklı birkaç diğer faktör dışında Latin ülkelerinde hukuk felsefesinin tatminkar olmayan durumunun temel açıklamasının sorunlara ve sorunların yöneldiği kişilere odaklanmamanın temel sorunu oluşturduğunu düşünmek akıldışı olmazdı: yüksek bir teknik sofistikasyon (en azından pek çok durumda) ve bu ülkelerdeki hukuk kültürü ve uygulamasına etkinin sınırlılığı.

7. Ülkelerimizde, pragmatik olarak faydalı ve kültürel olarak tutarlı bir hukuk felsefesi modeli şu üç bileşenin bir araya gelmesi ile ortaya çıkabilir: analitik metod, ahlaki objektivizm ve sosyal yerleştirme [implantation]. Bunların her biri, bizim hukuk felsefecilerini genellikle sınıflandırdığımız üç büyük hukuk algısının birine özellikle bağlanabilir: hukuki pozitivizm, doğal hukuk ve eleştirel hukuk kuramı.

8. Hukuki pozitivizm ve analitik felsefe açıktır ki eşanlamlı terimler değildir, fakat aralarındaki yakın bağa istinaden, analitik metodun hukuki pozitivizmin hukuk kültürüne miras bırakabileceği en değerli yönlerden biri olduğunu söylemek akla yakındır. Bu metod kendini genellikle eğer ayırt edilmese çok da sert bir şekilde anlaşılmayacak bazı ayrımların kullanımı ve kabul edilmesiyle özdeşleştirir (mesela betimleyici ve şartlayıcı ifadeler, açıklama ve gerekçelendirme): şartlayıcı ve betimleyici ifadeler arasında “köprüler” olabilir ve bir kararı açıklamak, gerekçelendirilmesine önemli oranda katkıda bulunabilir.

9. Doğal hukuk ve ahlaki objektivizm ve pratik aklın birliği arasındaki ilişkiden de aynı şekilde söz edilebilir, fakat bu son iki tezi desteklemenin en iyi yolu doğal hukuka dönmek değil bir çeşit prosedüralizm ve ahlaki konstrüktivizme dönmektir. Her durumda, etik bilişdışıcılığı (ve açıkça bir betimleyici etik tutumu olarak anlaşılmasa da relativizmi) reddetmenin iki temel nedeni şunlardır: 1) hukuk uygulamasının önemli yönlerinin yeniden kurulmasına müsaade etmez (özellikle hukuki kararların gerekçelendirilmesinin) 2) kendini korutucudur. Alternatifi olarak (minimal) bir objektivizm, relativizme karşıt olarak ahlaki yargıların bir düzelme iddiası bulunduğunu ve absolutizme karşıt olarak ahlaki yargıların(yüksek mahkemelerinki gibi) nihai amaçlar (pratik akıl yürütmede)içerdiği ama bunların eleştiriye açık olması gerektiği ve sonuçta da yanlışlanabilir olduğu tezini savunur.

10. Hukukun eleştirel kuramlarının en değerli yönü hukuku (ve hukuk kuramını) topluma sokmak ve potansiyelini toplumu dönüştürmek için değerlendirmek üzerine odaklanır. Bu algı (ya da bunu bir anlayış biçimi) hukuk kuramının genellikle analizinin dışında bıraktığı bazı kategorileri dahil etme

(uyuşmazlık, iş, iktidar, sosyal gereklilik), hukukun ve hukuk kategorilerinin tarihsel doğasını kabul etme ve hukukun eşitlikçi olmayan ve ideolojik öğelerine (anayasal devletin hukuk sistemlerinin de) dikkat etme ihtiyacını ortaya koyar.

Bibliografya

Atienza M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006

Atienza M., Manero J. R., “Dejemos astrás el positivismo jurídico”, in: *El positivismo jurídico e examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca 2006

Bobbio N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México 1992

Bulygin E., “Sull’interpretazione”, *Analisi e diritto* 1992

Bulygin E., “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho en in error?” *Doxa* 2004, no. 27, pp.15-26

Carracciolo R., “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *Doxa* 1993, no.13

Carrió G. R., “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, in: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3 ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires 1986

González Vicén F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna 1979

Moreso J. J., “Legal positivism and Legal Adjudication”, paper of the Congreso on *The Future of Legal Positivism*, Alicante 2004

Raz J., “La autonomía del razonamiento jurídico”, in: *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona 2001