
İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin

Arş. Gör. Ertuğrul UZUN*
Anadolu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Öz: On sekizinci yüzyıla kadar fizik yasaları ile insan davranışlarının standartlarını belirleyen hukukî, ahlâkî ya da başka bir tür normatif kural arasında açık bir sınır çizilmemişti. Bu, bilimdeki seküler çalışmalara vurgu yapan Rönesans'tan kaynaklanan felsefî hareketin bir ürünüdür. Bu atmosferde, doğal hukuktan pozitif hukuka geçiş Grotius, Hobbes ve Hume gibi felsefeciler tarafından gerçekleştirilmiştir. Bentham ise, pozitif hukuk düşüncesinde, insan davranışlarının acı ve haz ile yönlendirildiğini iddia eden ahlâk tartışmasını fayda ile bağlantılandırarak ve hukukun ancak, ahlâk, din ve bu gibi konulardan bağımsız bir şekilde otonom bir alan olarak ele alındığı takdirde doğru bir şekilde anlaşılabilceği temelinden yola çıkıp tüm doğal hukuk düşüncesini reddederek büyük bir ilerleme kaydetmiştir. Takipçisi Austin'in yapıtı, analitik hukuk teorisini temsil eden en iyi kitap olarak bilinmektedir. Analitik hukuk teorisi, bir hukuk sistemini belirli bir zamanda fiilen olduğu şekliyle ele alır ve temel kavramlarına ayırır. Bu yaklaşımda vurgu egemene ve onun buyruklarına yapılmaktadır.

Anahtar sözcükler: Analitik Hukuk Teorisi, Hukuki Pozitivizm, John Austin

ENGLISH ANALYTICAL JURISPRUDENCE and JOHN AUSTIN

Abstract: Until the eighteenth century no clear line was drawn between the physical laws and normative rules laying down legal, moral, or of any other kind, which laid down norms of human conduct. This is the outcome of philosophical movement stemming from the Renaissance emphasizing the secular studies of science. In this atmosphere, move to positive law from natural law is made by some philosophers like Grotius, Hobbes and Hume. Bentham have acquired a real progress in positive law idea linking his discussion of morals which claims that the behaviour of mankind was dominated by the influence of pain and pleasure, in terms of utility and rejecting of all natural law thinking, with the firm conviction that law could only be properly understood if it was treated as an autonomous field of study free from all issues of morals, religion, and the like. His follower Austin's work is known as the best book presenting analytical jurisprudence. Analytical jurisprudence takes a legal system as it actually exists at some particular time, and resolves it into its fundamental conceptions. In this approach the real emphasis is made on the sovereign and its commands.

Key words: Analytical Jurisprudence, Legal Positivism, John Austin

* Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yunus Emre Kampüsü, Tepebaşı, Eskişehir. Tel: 3350580-2206.
Elektronik Posta: eruguru@anadolu.edu.tr

1. GİRİŞ

Analitik hukuk teorisi¹, bir hukuk sistemini belirli bir zamanda var olduğu şekliyle ele almakta ve bu sistemin sahip olduğu temel kavramları çözümlenmektedir. Metodun 'analitik' olarak nitelenmesinin nedeni budur. Bu çözümlenmede ahlâk ve din kurallarına değil, bir egemen (devlet) tarafından yaratılmış hukuk kurallarına gönderme yapılır. Amaç, çıkış dönemindeki düşünsel eğilimin bir parçası olarak tüm insan eylemlerinin ve tüm olguların bilimsel bir çerçevede incelenmesidir. Bilimsel yöntem ve anlayışın karşılığı, gelişmekte olan pozitif (doğal) bilimlerin sahip olduğu niteliklerdir. Bu anlayış İngiliz hukuk düşüncesinde 19. yy'da hakim olmuş, aynı zamanda, Amerikan hukuk düşüncesinin oluşumuna da katkıda bulunmuştur. Bununla birlikte analitik hukuk teorisi, Kıta Avrupası'nda önemli bir taraftar kitlesi bulmamıştır (Keeton 1949: 11).

İngiliz analitik hukuk teorisi John Austin ismi ile özdeşleştirilmiştir². Hukuk felsefesi literatürü, analitik hukuk teorisini, "hukukî pozitivizm" başlığı altında incelemekte ve burada temel olarak Austin'in pozitivist görüşlerine yer vermekte, Austin'in hocası olan ve onun ortaya koyduğu düşüncelerin gerçek yaratıcısı Bentham ise "faydacılık" başlığı altında incelenmektedir. Kanımızca bu tarz bir inceleme bazı yönlerden sakıncalıdır. Öncelikle Bentham'ın pozitivist yönü gözden kaçmakta, diğer taraftan Austin'in faydacılığı, analitik hukuk teorisi satırları arasında kaybolmaktadır. Bentham ve Austin, hem faydacı hem de analitik hukuk teorisini olarak bir arada ele alınmalıdır. Bu çalışmada, İngiliz hukuk ve siyaset düşüncesinde analitik hukuk teorisinin başlangıç noktası Hobbes olarak belirlenecek, arkasından David Hume ve Jeremy Bentham'ın düşünceleri ele alınacaktır. Son olarak ise, John Austin'in hukuk teorisi, eseri *Lectures on Jurisprudence* (Hukuk Teorisi Dersleri) çerçevesinde incelenecek, belirttiğimiz nedenden dolayı, onun faydacılık savunmasına da yer verilecektir.

¹ Bu çalışmada, 'hukuk teorisi'ni, 'jurisprudence' in karşılığı olarak kullanıyorum. Bu, inceleme konumuzun orijinal ismi (*analytical jurisprudence*) açısından da uygun olacaktır. Bu noktada, ayrıntılı bir tartışmaya girmeksizin, İngilizce literatürde yapılan *jurisprudence*, *legal theory* ve *legal philosophy* (hukuk felsefesi) ayrımına değinmekte de fayda var. Cotterrell (1989: 2-3), *jurisprudence* kelimesinin "sadece doktrinel yorum ya da teknik açıklamaya hasredilmemiş, hukuk hakkındaki tüm genel entelektüel araştırma şekillerini kapsadığını" söylemektedir. Buna karşılık hukuk felsefesi, "hukuk ya da hukukla ilgili konular üzerine yapılan tüm felsefi düşüncü (gözleme dayanan toplumsal bilim teorisi dışındaki) kapsamaktadır". *Legal theory* ise "genel olarak, hukukun doğası, yasalar ya da hukukî kurumların sistematik teorik analizi" olarak kabul edilebilir. Ancak hukuk teorisi "genel bir kavram olarak adaletin doğasına, ahlâken tartışmalı olan belirli hukukî ya da yönetsel politikalara (ör. kürtaj) veya çağdaş ceza hukukun görevi olarak ahlâki ilkelerin ne kadar dayatılabileceği genel sorununa doğrudan işaret etmez". Dolayısıyla, *jurisprudence* kavramını, en geniş anlamıyla, hukukun genel çerçevede teorik incelemesi şeklinde ele aldığımız takdirde, *legal theory* ile eş anlamlı kabul etmek mümkün olacaktır (McLeod 1999: 3). Nitekim Freeman da (2001: 4), *jurisprudence*'in "hukukun ve hukuk sistemlerinin doğası, hukukun adalet ve ahlâkla ilişkisi ve hukukun toplumsal doğası hakkında genel teorik soruları içerdiğini" söylemektedir.

² Hukuk felsefesi tarihinde Austin'in kazanmış olduğu bu yerin, Bentham'ın hukuk teorisi hakkındaki eserlerinin ancak 1945 ve 1970'te yayınlanmış olmasına rağmen, Austin'in yapıtının 1832'de basılması olarak gösterilmektedir (McLeod 1999: 54). Sabine de (1969b: 63) Austin'in siyasal alandaki tek etkisinin egemenlik teorisine aşırı bir önem vermesi olduğunu söylemektedir. Ancak bununla birlikte Morrison (1997: 214), Austin ve Bentham arasındaki ilişkinin daha karmaşık olduğunu, Austin'in Bentham'a ait anayasal radikalizme ilk zamanlarda verdiği desteğin, zamanla zayıfladığını belirtmektedir...

2. DOĞAL HUKUKTAN POZİTİF HUKUKA GEÇİŞ

Analitik hukuk teorisi, hukukî pozitivizmin İngiliz ayağını oluşturur. Genel itibariyle hukukî pozitivizmin izlerini ilk çağlara dek sürmek olanaklı ise de, bu düşüncenin hız kazanması Rönesans'la birlikte bilim ve insan üzerine yapılan seküler çalışmalarla gerçekleşmiştir. Bilim yasalarına ulaşma konusunda gözlemi bir araç olarak kullanan ampirizmin yakaladığı başarı ve tüm insan eylemleri üzerindeki etkisi tartışma dışıdır. İngiltere'de de, bilimsel alandaki başarıyı olanaklı kılmış olan yöntemdeki gibi somut ve ampirik temelli spekülatif bir felsefe oluşturmaya yönelmiş güçlü bir akım ortaya çıkmıştır. Descartes'ın şüpheciliğinden esinlenen bu akım John Locke ve aralarında en önemli isim olarak David Hume'u gördüğümüz ardılları ile büyük bir ivme kazanmıştır. Bu akımın hukuk ve ahlâk felsefesi açısından getirisi büyük olmuştur. Canlı ya da cansız, insan ya da insan olmayan, tüm fiziksel varlıkların davranışlarını yönettiği kabul edilen fiziksel evrenin nedensellik ilkesine göre işleyen yasaları ile insan davranışı için konulmuş olan hukukî, ahlâkî ya da diğer türdeki normatif yasalar arasındaki sınırlar açık bir şekilde ortaya konmuştur. 18. yy'a değin bu ayırım net bir şekilde yapılmamıştır. Bu döneme kadar, dinsel bir temele sahip olan doğal hukuk görüşü, bu ayırımı bulanıklaştırmış ve bu iki tür arasında farklılık görülmemekle her ikisi için Tanrı'nın iradesine gönderme yapılmıştır (Lloyd 1991: 95-6). Hukuk ve siyaset düşüncesi tarihi içerisinde pozitif hukukun, diğer bir deyişle devlet eliyle belirlenmiş yasaların ortaya konmasında Thomas Hobbes'un belirgin bir yeri vardır³. Akal (1990: 108), Hobbes'un doğal hak kuramını parçalamasıyla, Batı'nın hep pozitif düşündüğünü, yani devleti düşündüğünü söyler:

Hobbes, güvenlik isteğine dayalı Sosyal Sözleşme'yle, Tabii Hukuk ve Tanrı'yla bağlantısı kesilmiş, soyut, yapay bir Devlet modeli oluşturur (Akal 1990: 107).

Hobbes'a göre, Tabii Yasalar bile, zorlayıcı güce ancak Sivil Hal'e geçildiğinde, Devlet kurulduğunda kavuşurlar. Bu aslında, yalnızca Devlet'in belirlediği yasalar vardır ya da bütün yasalar pozitifdir demekten başka bir şey değildir (Akal 1990: 109; benzer bir ifade Ağa-oğulları vd. 1994: 234).

Hobbes'un, bilim sınıflandırması içerisinde devlet bilimi (siyaset felsefesi) adıyla bir bilim dalı oluşturarak bu bilimin inceleme alanından dinsel unsurları çıkarması, aynı zamanda uygulamada da Kilisenin eylemlerine hukukîlik verenin egemen olduğunu söylemesi, onu izleyen analitik hukukçular için önemli bir çıkış noktası olmuştur. Hobbes'un egemenlik teorisi, Kiliseyi iktidara tabi kılma sürecini tamamlamıştır. Hobbes'a göre, hiçbir öğretisi, Kilisenin vermiş olduğu herhangi bir ceza, örneğin aforoz, egemen izin vermedikçe hukukî sayılmayacaktır (Sabine 1969a: 155). Doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında ortaya çıkabilecek bir aykırılıkta Hobbes, pozitif hukuka uyulması gerektiğini söyler (Güriz 1996: 197).

³ Toplumsal Sözleşme kuramının kötümser tarafını oluşturan önemli bir isim olan Hobbes'un yaşamı ya da genel olarak siyasal düşünceleri bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Hobbes'u (ve Hume'u) ele alırken, kısaca, bu düşünürlerin analitik hukuk teorisine etkileri çerçevesindeki görüşlerini aktaracağız

Hobbes'un analitik pozitivizme yapmış olduğu önemli bir etki de, rasyonel bir hükümete duyulan ihtiyacı net bir şekilde ortaya koymasında, itaate verdiği önemde ve hükümete –egemene- tanıdığı geniş yetkide bulunabilir. Hobbes'un egemenle ilgili yaptığı açılımlarda “*asıl amacı, merkezi otoriteyi bir iç savaşa meydan vermeyecek ölçüde mutlak bir erkle, egemenlikle donatmaktır*” (Ağaoğulları vd. 1994: 224). Hobbes'un egemen için belirlediği özellikler de, analitik hukuk teorisine damgasını vuracak olan John Austin'in tanımlamalarıyla büyük bir benzerlik taşımaktadır. Hobbes, egemenin mutlak olduğunu ve ondan daha üstün bir erkin olmadığını; erkinin sürekli olduğunu ve bölünemeyeceğini; yasalar yaptığını ve bu yasalarla bağlı olmadığını söylemiştir (ibid : 228-40).

David Hume ise iki araştırma alanının varlığına dikkat çekmiştir: 'olan' ve 'olması gereken'. 'Olan' araştırması, olgular arasında yapılmakta ve önermeleri doğru ya da yanlış olarak nitelendirilebilmektedir. 'Olmaması gereken' ise, ne olması gerektiğine ilişkindir. Hume, ne olması gerektiğinin, örneğin ahlâkî davranış kuralının, olgusal bir durumdan sonuç çıkarılarak ispat edilemeyeceğini söylemiştir. Hume'un tartışması temelde olgu ve ahlâkî yükümlülüğün birbirinden ayrılması ile ilgilidir (Lloyd 1991: 96).

Hume'un, olması gerekenin olandan çıkarılamayacağına ek olarak yaptığı ahlâk eleştirisi, doğal hukuk açısından yıkıcı etkilere sahip olmuştur. Doğal hukuk anlayışı, hakka, adalete ya da özgürlüğe ilişkin rasyonel ilkelerin zorunlu olduğunu gösterebileceğini iddia etmiştir. Oysa Hume'a göre akıl, bir davranış şeklinin doğruluğunu ya da iyiliğini gösteremez. Akıl, sadece istenen amaçlara nasıl ulaşılacağı konusunda kılavuzluk yapabilir (Sabine 1969a: 292). Böylece doğal hukuk, doğruluğu apaçık olan ya da akıl yoluyla kanıtlanabilen yüksek bir hukuk ya da adalet sistemi olarak görülemez. Ahlâk kurallarının temeli insan yaşamının amaçlarında, Hume'un deyimıyla 'tutkularda' aranmalıdır (Lloyd 1991: 97).

Hume'a göre, insanların iktidara olan itaati de insan dürtüsü ile açıklanmalıdır. Vatandaşların itaatının temeli, sözleşmeye değil ortak çıkar duygusuna dayanmaktadır. Aynı zamanda bu itaat, eğitimin zorladığı bir alışkanlığa da dayanmaktadır (Sabine 1996a: 295; Güriz 1996: 260).

3. BENTHAM VE FAYDACILIK

Hume'la birlikte en üst noktaya çıkmış olan İngiliz ampirisizmi ve Hume'un ahlâk ve doğal hukuk eleştirisi, Bentham tarafından miras alınmış ve geliştirilmiştir (Sabine 1969a: 294; Copleston 1993: 1-3). İsmi, faydacılık okulu ile özdeşleşmiştir. İngiliz hukuk ve siyaset hayatında köklü bir reform yapılması gerekliliğini, etrafına topladığı farklı felsefi görüşteki düşünürlerle birlikte güçlü bir şekilde savunmuştur⁴. Bu gruba, reform talepleri nedeniyle felsefi radikaller de denmiştir. Bu entelektüel grup, belki de Ada'da Kıta Avrupası'ndan en çok etkilenen gruptu. Bentham, 1828 yılında Cambridge ve Oxford'a alternatif olarak⁵ Londra Üniversitesi'nin (*University of London*, daha sonra *University College London –UCL*) kurulmasına da öncülük etmiştir⁶. Bu grubun içinde göze çarpan isimlerden birisi de J. Stuart Mill'dir.

Bentham, *Fragment on Government (Hükümet Üzerine Bir Parça)* (1776) adlı eserinde Hume'un *Treatise of Human Nature'da (İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme)* toplumsal sözleşme kuramını yerle bir etmesinin ve tüm erdemini yarar üzerine kurulu olduğunu

⁴ Bentham her yönüyle ilginç bir kişiliktir. 4 yaşında Latince öğrenmeye başlamıştır. Avukat olan babası, geleceğin adalet bakanı olacağını ümit ederek onu Queen's College of Oxford'a gönderir. Ancak Sir William Blackstone'un derslerini dinledikten sonra Bentham, hukuk uygulaması ile değil kuramı ile uğraşmaya ve mevcut hukuku eleştirerek geliştirmek için çalışmaya karar verir. Yaşamının son 40 yılını günde 10 ile 20 sayfa arasında yazarak geçirmiştir. Bentham ölümünden kısa bir süre önce yazdığı vasiyetinde, iskeletinin üzerine hangi elbisenin konulacağını ve hangi şekilde oturacağını da belirterek, cesedinin ve mumyalanmış başının saklanması ister. Böylece "kişisel dostlarım ve diğer öğrenciler ahlâk ve hukukta en büyük mutluluk sisteminin yaratıcısını anmak üzere ziyaret edebileceklerdir" (Bentham'ın vasiyetinden. Bkz. "Extract from Jeremy Bentham's Last Will and Testament" <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/will.htm> (03.04.02)). Bentham'ın iskeleti 1850 yılında University College London'a getirilir ve o günden beri sergilenmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. "About Bentham" <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/jb.htm> (03.04.02)). Bentham'ın eserlerinin büyük bir kısmına internet üzerinden ulaşılabilir. Bkz. "Bentham Texts Online" <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/wwwtexts.htm> (04.05.02).

⁵ Londra Üniversitesi açılmadan önce üniversite eğitimi ancak Anglikan Kilisesi üyelerine açıktı. Londra Üniversitesi'nin amaçlarından birisi de, üniversite eğitimi diğer kiliselerin mensuplarına ya da hiçbir dini inanca sahip olmayanlara da genişletmek olmuştur (McLeod 1999: 54).

⁶ Bununla birlikte, UCL'nin resmi web sayfasından ulaşılabilen 'Bentham Project' bölümünde, Bentham'ın üniversitenin kuruluşu ile ilgili aktif bir rolünün olmadığı, asıl kurucuların James Mill ve Henry Brougham olduğu belirtilmektedir. Bentham'ın –ulaşabildiğimiz kaynaklarda da bizzat gözlemlediğimiz- abartılmış payı, Henry Tonks tarafından UCL merkez kütüphanesindeki bir kubbede, üniversitenin mimarının, üniversitenin planlarını onaylaması için Bentham'a sunarken resmetmesiyle birlikte yayınlanmıştır. Ancak yine de Bentham'ın üniversitenin kurulmasında en azından fikir babalığı yönünde bir payı olduğu da yadsınmaz. Aynı zamanda Bentham, öğrencisi Austin'in üniversiteye alınmasını sağlayan kişi olmuştur. Bkz. "About Bentham"

göstermesinin kendi düşüncelerine ışık tutması nedeniyle, ona çok şey borçlu olduğunu söyler⁷. Bentham aynı zamanda Fransız Aydınlanmasından, özellikle de Helvétius'tan⁸ önemli ölçüde etkilenmiştir (Copleston 1993: 2; Sabine 1969a: 252-3). Hume'un düşünceleri ile olan sıkı bağlantısı ile birlikte Bentham'ı ondan ayıran temel özellik, Hume ahlâkın ve ahlâkî yargının ne olduğunun anlaşılması ile ilgilenirken, Bentham'ın, genel kabul görmüş ahlâkî, hukukî ve siyasal kurumları reformcu bir görüşle birlikte değerlendirmek için ölçütler geliştirmeye yönelmiş olmasıdır (Copleston 1993: 2).

Bentham ilk başta, temel olarak, hukukî alanda ve özellikle de ceza hukuku alanında bir reform yapılması ile ilgilenmekteydi. Aynı zamanda demokrasinden de çok hoşlanmıyordu. İnsanların kutsal bir yönetme haklarının olduğuna, saçma olarak nitelendirdiği doğal haklar düşüncesine duyduğundan daha fazla bir inanç taşımıyordu. Aydın bir despotizmle, tasarladığı reformlara ulaşabileceğini düşünüyordu (Copleston 1993: 4; Sabine 1969b: 55). Ancak yöneticilerin kendi çıkarları peşinde koştuklarını gözlemledikten sonra, siyasal bir reformun, diğer alanlarda yapılacak reform için bir ön şart olduğuna inanmaya başladı. Sonuç olarak, monarşinin ve Lordlar Kamarasının kaldırılmasını, İngiltere Kilisesinin lağvedilmesini ve bir sonraki aşama olarak da genel oy hakkı tanınmasını ve yıllık bir parlamento kurulmasını teklif etmiştir. Geleneksel olan hiçbir şeye saygı duymaması, bu siyasal radikalizmini kolaylaştırmıştır. Ancak düşüncelerinin her noktasında başvurduğu kaynak, fayda ilkesi oluyor, demokrasinin herhangi bir kutsal niteliğe sahip olduğuna inanmıyordu (Copleston 1993: 5).

Bentham, hayatının sonuna kadar dönemin önemli hukukçularından olan ve toplumsal sözleşmeyi savunan Sir William Blackstone (1723-1780) ve taraftarlarına sert eleştiriler yöneltmiştir. Blackstone'a göre, kökü geleneğe dayanan İngiliz hukuk yorumu, İngiliz yaşamının özü idi. *Common law* ilahi bir vahiy gibiydi: yavaş yavaş ortaya çıkıyordu ve hukuk tarihindeki en küçük ayrıntıya bile huşu ile yaklaşmak gerekiyordu (Watson 1992: 330). Blackstone'nun sık sık dile getirdiği deyim, Bentham'ın tepkisini çekmişti: '*her şey olması gerektiği gibidir*'. Bu, Bentham'a göre açıkça, "olan" yasalar ile yasaların ne olması gerektiğinin ayrımlanamaması idi (Suanzes 1999). Bentham *Fragment on Government*'in Önsözünde şöyle der:

Hukuk hakkında bir şeyler söyleyecek herkesin, iki farklı niteliğe sahip olduğu düşünülebilir: *Açıklayıcılık* ve *Denetleyicilik*. *Açıklayıcının* kapsamına, kendisinin varsaydığı şekliyle Hukukun ne olduğu girer; *Denetleyicinin* ise hukukun ne olması gerektiğine ilişkin düşünceleri. Dolayısıyla birincisi, öncelikle olayların gerçekleşmesinden sonra düşünce ileri sürme ya da araştırma yapmakla meşguldür; ikincisi ise, nedenleri tartışmakla uğraşır. *Açıklayıcı*, bu kapsamda kalarak, zihnin anlama, hatırlama ve hüküm verme özelliklerinden başkasını dikkate almaz; oysa ikincisi, kendileriyle konuları değerlendirme fırsatı bulduğu

⁷ Chapter I, paragraf 36 ve 52 numaralı not.

⁸ Faydacılık, tamamıyla Bentham'a ait bir görüş değildir. Helvétius'un Locke'un fikirlerini geliştirmesi sonucu ortaya koyduğu faydacı ahlâk kuramı ve bu kuramın toplumda gerçekleştirilecek bir reform için uygulanması teklifinden etkilenmiştir. Başka bir deyişle Bentham, fayda ilkesini keşfetmemiş, onu geliştirerek ahlâkî ve hukukî bir ilke olarak uygulamıştır (Copleston 1993: 4).

hazzetme ve hazzetmeme sezgileriyle duygusal ilişkiye girer. Değişik ülkelerdeki hukuklar birbirinden oldukça farklıdır: aynı zamanda, bir dereceye kadar, [hukuk] tüm ülkelerde aynıdır. Dolayısıyla Açıklayıcı, daima şu ya da bu ülkenin vatandaşıdır; Denetleyici ise, dünya vatandaşıdır, ya da öyle olmalıdır. Açıklayıcı, Yasakoyucunun ve onun altında çalışan Yargıcın ne yapmış olduğunu gösterecektir; Denetleyici Yasakoyucunun gelecekte ne yapması gerektiğine ilişkin önerilerde bulunacaktır [vurgular Bentham'a ait].

Bentham'a göre, Blackstone'un hukuk hakkındaki düşünceleri en iyi bir ifade ile açıklıyordu, yani yasaları olduğu şekliyle açıklıyordu; ancak kötümser bir deyişle, yorum arkasına gizlenmiş bir kurulu-düzen savunmasıydı. Bentham ise bu tarz bir yaklaşıma, hukukun bazı amaçlara etkin bir şekilde ulaşmak için var olan kurallar topluluğu olduğunu, zaman geçip de amacına hizmet etmediği takdirde değiştirilmesi gerektiğini söyleyerek karşı çıkmıştır. Bentham'a göre, hukuk teorisinin gerçek görevi eleştirmektir. Eleştiri için bir değer ölçütü gereklidir ve Bentham'ın belirlediği ölçüt elbette fayda ilkesidir. Böylece Bentham, tüm hukuk sisteminin yeniden gözden geçirilmesini, yeni bir kodifikasyonu teklif etmiştir (Sabine 1969b: 56). Bentham ve çevresindekilerin hukuk reformu konusundaki ısrarları boşuna değildir. Öncelikle bu düşünüş, yeni bir toplumsal idare tarzının gerekliliğine ilişkin, o dönemde ortaya çıkmaya başlamış genel entelektüel bir hareket ya da bilinci yansıtmaktadır. David Ricardo'nun ortaya koyduğu ekonomik teorisinin savunduğu reformlar (ticaretin, gıda ürünlerine konulan koruyucu gümrüklerden ve denizcilik kanunları sınırlamalarından kurtarılması) toprak sahiplerinin siyasal tekelinin yıkılması ile gerçekleştirilebilirdi. Feodal çağda aristokrasinin ya da toprak sahibi soyluların kuralları, toprağa bağlı olarak ve asillerin düzeni idare ettikleri ve herkesin çıkarını gözettikleri düşüncesi ile işliyordu. Soylular bir imtiyaza ve işlevsel bir role sahip oluyorlardı. Bununla birlikte aristokrat idare sadece toplumsal düzeni güvence altına alabilir ve gelenek ve siyasi coğrafya faktörlerinin de yardımıyla, örfün ve imtiyazın devamını gözetebilirdi. On sekizinci yüzyılın sonlarına doğru ise, toprak sahibi soyluların oluşturduğu kurallar, yeni toplumsal düzenin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiştir. (Morrison 1997: 215; Sabine 1969b: 55).

Bentham'ın her aşamada başvurduğu, ilk başlarda orta sınıf çıkarlarının ideolojisi sayılabilecek, fakat sonradan amacı "*bütün sınıfların çıkarlarını savunmak ve korumak olan bir ulusal topluluk felsefesi*" (Sabine 1969b: 53) haline dönüşen fayda ilkesi, "*en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğu*" şeklinde formüle edilmiştir. Bentham'ın faydacılığı temelde psikolojik hazcılık üzerine kurulmuştur. Doğası itibarıyla her insanın hazzı ulaşmak ve acıdan kaçınmak için eylemde bulunduğunu düşünen Bentham, Helvétius'un temsil ettiği Fransız faydacılığını sistemli bir şekilde İngiliz siyaset ve hukuk hayatına uyarlamıştır. Hume'un da savunduğu bu düşünceyi Bentham, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation* (1996: 11) adlı yapıtının başında açık bir şekilde ortaya koymuştur: "*Doğa, insanı iki egemen efendinin yönetimi altına sokmuştur, acı ve haz.(...) Yaptığımız, söylediğimiz, düşündüğümüz her şeyde bizi sadece onlar yönetir(...)*".

Ancak Bentham, haz ve acı ile neyi kastettiğini açıklamaz. Bu kavramların kapsamlarını keyfi ya da metafizik belirlemelerle sınırlandırmak istemez. Kastettiği, bu terimlerden toplumca ortaklaşa ne anlaşılıyorsa odur (Copleston 1993: 8). Bentham'a göre bir toplumun olanaklı en fazla sayıdaki üyesinin en büyük mutluluğu, fayda ilkesine göre toplumun mutluluğunu gösterir.

Bentham'a göre kanun koyucu, toplum mutluluğunu en yüksek dereceye çıkarmak için dört ilkeyi göz önünde tutmalıdır. Bunlar, geçim araçlarını temin etmek, toplumda refah yaratmak, eşitliği gerçekleştirmek ve güvenliği sağlamaktır (Güriz 1996: 267). Böylece hukuk, yasa koyucunun elinde evrensel bir araç olarak düşünülmektedir.

Bentham'ın hukukî pozitivizme geçiş konusunda yaptığı iki şeyin belirleyici olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, olan ve olması gereken ayrımının yapılması; ikincisi ise, hukukun gelişmekte olan diğer bilimler gibi hem amaçları hem de metotları bakımından bir bilim olarak ele alınmasıdır. Bentham, fayda temelli ahlâk tartışmasını ve tüm doğal hukuk düşüncesini reddedişini, hukukun ancak ahlâk, din vb. disiplinler gibi özerk bir çalışma alanı olarak ele alındığı takdirde doğru bir şekilde anlaşılabilceği iddiasıyla birleştirmiştir (Lloyd 1991: 100).

4. AUSTIN VE ANALİTİK HUKUK TEORİSİ

John Austin, analitik hukuk teorisinin kurucusu olarak tanınmakla birlikte hocası Bentham'ı takip etmiş⁹ ve onun ciltler dolusu eseri arasında dağınık bir şekilde bulunan hukuk teorisine ilişkin görüşlerini sistemleştirmiştir¹⁰. Austin, 1826 yılında yeni Londra Üniversitesi'ne Hukuk Teorisi ve Uluslararası Hukuk Profesörü olarak atanır. Austin o dönemlerde çok da önemli görülmeyen hukuk felsefesi alanında Londra Üniversitesi'ndeki ilk profesör olmuştur¹¹. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* isimli kitabını 1832 yılında yayımlamıştır. Bu kitabın ikinci basısı ölümünden iki yıl sonra 1861'de yapılmıştır. Karısı Sarah Austin, John Austin'in elyazmalarını düzenlemiş ve kendi eklediği notlarla birlikte *The Lectures on Jurisprudence or The*

⁹ Cotterrell (1989: 53), Austin'in, Bentham'ın entelektüel yetkinliğinden uzak olduğunu ve Bentham'ın düşüncelerinden farklılaştığı yerlerde, bunun, inatçı bir mantığı (ör. egemenin doğası) ya da katı bir realizmi (yargısal yasa yapımı tartışmasında) tercih etmesiyle ortaya çıktığını söyler.

¹⁰ Hart, Austin'in *The Province of Jurisprudence Determined* adlı yapıtının kendi edisyonunda gerçekleştiren baskısı (1954) için yazdığı sunuş yazısında, Austin'in İngiliz hukuk teorisinin gelişmesindeki etkisinin herhangi başka bir yazardan çok daha fazla olduğunu söylemektedir (aktaran: Morrison 1997: 218).

¹¹ Austin 4 yıllık bir süre için üniversitede ders vermiştir. Bu dersler için üniversiteden ücret almıyor, kursa kayıt yaptıran öğrencilerin ödediği parayla geçimini sağlıyordu. Ancak her geçen gün kursa katılan öğrencilerin sayısı azalmış, Austin de büyük bir hayal kırıklığına uğramıştır. Bu görevinden ayrılan Austin, daha sonra bazı hükümet görevlerinde bulunmuş, bir müddet Fransa'da yaşamıştır. Austin, kişisel özellikleri nedeniyle ne öğretim üyeliğinden önceki kısa avukatlık deneyiminde ne de verdiği derslerde çok başarılı olmuş; hayatının büyük bir kısmında karısı Sarah Austin'in çabalarıyla geçimini sağlamıştır (Morrison 1997: 213).

Philosophy of Positive Law [Hukuk Teorisi Dersleri ya da Pozitif Hukukun Felsefesi] başlığıyla 1863 yılında yayınlamıştır. Bu ikinci kitap, ilk kitaptaki altı dersi de içermektedir. Bununla birlikte Austin asıl olarak, 20. yüzyılın ilk yarısında Hart'ın, kendi hukuk kuramını oluştururken onun düşüncelerini genel çerçeve olarak kullanmasıyla¹² ün kazanmıştır (Bix 2001).

4.1. Austin'in Hukuk Anlayışının Temelleri

Austin (1940: 281), Hobbes'un güçlü ve rasyonel bir hükümetin gerekliliğini açıkça ortaya koymasına çok şey borçlu olduğunu söylemektedir. Bu hükümet, pozitif hukuku –egemenin buyruklarını- sivil toplumun gelişimi için bir çerçeve oluşturan ödevlerin ve yükümlülüklerin şekillendirilmesi ve yenilenmesi için bir araç olarak kullanmaktadır¹³.

İlk dönemlerinde Austin, aristokrasinin Parlamento'yu ile yargı, kilise ve ordu gibi diğer kurumları kendi çıkarlarını desteklemeleri için kullandığını ve bu çıkarların bir sınıfa ait olmalarından dolayı kötü olduğunu düşünüyordu. Bu uygulamanın sonucu olarak aristokrasi kendi çıkarlarının peşinde koşarken tüm toplum feda edilmiş ve insanlar sömürülmüştü. Austin'e göre, hem siyasî sistemin hem de hukuk sisteminin acil, köklü bir reforma ihtiyacı vardı.

Karısı Sarah'yla birlikte, vereceği dersleri hazırlamak için kısa bir süreliğine (2 yıl) Bonn'a taşınan Austin, bu dönemde Roma hukukunun rasyonel yapısından sadece etkilenmekle kalmaz, aynı zamanda Prusyalı seçkinlerin akıl yürütme tarzlarına ve yönettikleri halkın onlara olan itaatine de hayran kalır. Belki de Austin'in hayatında en mutlu olduğu bu dönem, siyasî düşüncelerinde, aydınlanmış seçkinler lehine çok önemli değişiklikler yaratmıştır. İflas etmiş olan "aristokrasinin iradesi" kuralı, pozitif bilginin emirlerine uyan "rasyonel hükümet" ile yer değiştirmiştir. Bu formül, Benthamcı çevrenin, yönetici seçkinlerin görüşlerini değiştirme projesinden ümit kesilmesinin ardından taraftarı olduğu genel çoğunluk kuralı düşüncesinin beslenmesine de yaramıştır (Morrison 1997: 215; Bix 2001). Yenilenmiş ulus devlet, daha geniş bir kitleye oy hakkı verecek

¹² Hart ünlü yapıtı *The Concept of Law*'un (1994 –ilk baskısı 1961) "*bir analitik hukuk teorisi denemesi*" olduğunu söylemektedir (s. vi). Her ne kadar yapıtı –Hart'ın deyişiyle– "*genel olarak Austin'in imperatif teorisi çizgisinde yapılanmış basit bir hukuk sisteminin eksiklikleri ile ilgili*" (s. vi) ise de, Hart'ın, Austin'in teorisinin eksik yanlarına çözümler getirerek bu teoriyi günümüz hukuk sistemlerine uyarladığını söylemek yanlış olmayacaktır (McLeod 1999: 54).

¹³ Bununla birlikte Austin (1940: 280) Hobbes'un iki önemli noktada yanıldığını söylemektedir: Bunlardan birincisi egemene itaat konusunda Hobbes'un dinsel dogmaya gereğinden fazla gönderme yapması; diğeri ise egemenliğin, bağımsız siyasal toplumun kaynağını kurgusal bir sözleşmede aramasıdır. Hobbes, oluşturduğu egemenlik teorisi içerisinde, kiliseyi egemenin itaati altına sokmuş, ancak dönemin İngiltere'sindeki inançlı Hıristiyanları devlete itaat konusunda ikna etmek için Leviathan'ın büyük kısmını yurttaş ile Hıristiyan arasında bir çelişkinin olmadığını göstermeye ayırmıştır (Ağaoğulları vd. 1994: 247-55). Ancak Austin de İlahi hukuk olarak tanımladığı Tanrı'nın hukukunu mutlak kabul etmekte ve pozitif yasaların bu İlahi yasalara uyması gerektiğini söylemektedir. Bkz aşağıda dipnot 15.

ve yetkilendirilmiş cebri –cezalandırma ve hapsetme yetkileriyle desteklenmiş buyrukları- geliştirmekte olan pozitif bilgi uyarınca kullanılmaktan çekinmeyecek, aydınlanmış ve rasyonel bir birlik haline gelecekti. Austin'in hukuk teorisi, yeni bir sosyal inancın, faydacılığın rehberliğinde bilgi, güç, buyruk ve itaati temel unsurlar olarak içeren yeni bir yapının temellerini atmıştır. Bu yapının –yeni sosyal düzenin- kaynağı, ne fiziksel olarak egemeni kuran bu seçkinlerin sübjektif irade ya da arzusu, ne de basit bir güç ilişkisidir. Austin objektif bir inanca sahiptir. Kitabının III. Ders'inde açıkça ortaya koyduğu gibi, pozitif bilginin sosyo-politik yapının altında yatan hakikatleri gösterebilecek özelliğe sahip olduğuna ve bu bilginin, en azından temellerinin, tüm topluma yayılmasında eğitimin taşıdığı önemli role inanmaktadır. Toplumsal gelişimin anahtarı, rasyonel hükümet ile eğitilmiş topluluğun birleşimi olacaktır (Morrison 1997: 214).

Austin'in ilk iddiası, insanın yanılabilir olduğudur. İnsanlar tek başlarına insan yaşamının hakikatine hakim olamazlar. Tam anlamıyla ahlâk ilkesine yönelmiş ideal bir hukuk ve ahlâk sisteminde dahi, kurallar bilinebilir fakat bu kuralların ardındaki mantık bir bütün halinde kavranamaz. Bilim, otoriteye duyulacak bir inancı gerekli kılar. Uzmanlar araştırır, bulduklarını analiz eder ve anlatırlar. Normal insanların bilimsel sonuçlara olan güvenleri, bilimde otoriteye sahip bilim adamlarının vardıkları sonuçlar nedeniyledir. Bu sonuçlara ulaşma yöntemlerinden haberdar olmayan halk, sonuçlara inanır ve davranışlarını bu sonuçlara göre ayarlar. Bu güven, otoriteye itaat, 'tamamen rasyoneldir'. Etikete ise böyle bir yapı bulunmaz. Etikete ilişkili olan bilimler (yasama, siyaset ve siyasal ekonomi) büyük ölçüde karışıklık içindedir; çünkü, etik araştırmasında bulunanlar, bilimsel tarafsızlık tutumunu edinmemişler, dolayısıyla da farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu durum, karşılaşılan olayı eleştirel ve araştırmacı bir şekilde ele almaya ne vakti ne de imkanı olan halkın çoğunu fikirlerin merhametine mahkûm etmiştir. Aynı zamanda pek çok hukukî ve ahlâkî yapı '*insan aklına değil yaban geleneğe dayanır*' ve etik hakikatin yayılması ve ilerlemesi yolunda büyük engeller vardır (1940: 125-7). Zamanla, sorunların özüne inen bilgi, uzman olan birkaç kişiyle sınırlanınca, halk yol gösterici ilkelere ulaşabilecektir. Halk '*bu ilkelere sahip olur ve bunları uygularsa, aklın sesine boyun eğecek ve safsataya ve yanılıya karşı silahlanmış olacaktır*' (1940: 128). Etik hakikatin yayılması sosyal çatışmayı hızlı bir şekilde azaltacak ve toplumsal işbirliğinin doğasını anlamının temelleri atılacaktır. Austin, yararlılık açısından talep edilen ancak hakkında pek çok '*yıkıcı önyargının*' bulunduğu özel mülkiyet kurumu örneğini ele alır. '*Cahil fakire göre, cömert mülkiyet kurumunu kaçınılmaz olarak izleyen eşitsizlik, bir haksızlıktır. Kendileri var güçleriyle çalışıp yokluk içinde yaşarken, diğerlerinin kollarını bile kıpırdatmadan onların emeği ile semirmeleri, fakirlerin ve cahillerin önyargılı gözlerinde korkunç bir durum gibi görünür: pek çok şeye mal olan ürünler, birkaç kişi tarafından alınmıştır ve bu Tanrı'nın lütfkâr amaçlarına aykırıdır*' (1940: 129). Bu önyargının pek çok etkisi vardır. İlk bakışta nedeni sefaletmiş gibi görünen, ancak esasında toplumsal olarak neyin olanaklı olduğunun yanlış anlaşılmasından kaynaklanan pek çok suça neden olur. En kötüsü, çektikleri acının asıl nedenlerine ve mümkün olan çözüm yollarına karşı insanların gözüne bir perde çeker. '*Kıtlık ve zorluk, doğanın cimriliğinden kay-*

naklanmaktadır, mülkiyet kurumunun sonucu olan eşitsizlikten değil. Austin daha sonra, insanın özel mülkiyet kurumuna ihtiyaç duyduğunu ve sermaye mekanizmasının özel mülkiyetin doğrudan sonucu olduğunu iddia eder. Fakirler, zorunlu olarak emeklerini bırakarak sermaye tarafından kullanılıyor ve *'sürekli angaryaya mahkum'* ediliyorlarsa da, Austin sürecin oluşturduğu karşılıklı bağımlılığı da kabul eder: *'Esasında işçiler, hukuken olmasa da, emeklerini kiralayan sermaye sahipleriyle birlikte mülkiyete sahiptirler'* (1940: 129).

Austin daha sonra dikkate değer bir iddiada bulunur: eğer fakirler siyasal ekonominin ilkelerini anlarlarsa, durumlarının doğasını ve pazarlık güçlerini değiştirebilir ve içinde buldukları şartları daha iyi hale getirebilirler. Bunu gerçekleştirecek olan, Austin'e göre, yine, kesinlikle hakikattir: *"Malthus'un ince zekasıyla keşfedilen doğru nüfus ilkesi uyarınca, sefaletlerinin ve fazla çalışmalarının nedenlerini ve çözümlerini aramak zorundadırlar"* (1940:130). Bilgilerini kullanarak, *'birkaç kişinin keyfi kurallarına olan bağlılıklarının iğrençliğinden'* kurtulacaklar, mülkiyete yaptıkları saldırıların esasında birikim yaratan bir kuruma yapılan saldırı olduğunu anlayacaklar, mülkiyetin güvence altına alınmasında ciddi çıkarları olduğunu görecekler ve *'eğer sayılarını emeklerine olan talebe göre ayarlarlarsa, bu yararlı kuruma hayır duaları ederek işverenleriyle birlikte bolluk içerisinde paylaşacaklardır'*.

Austin, pozitif bilgiye ulaşılabilene ve bu bilginin apaçık ortada olduğuna dair büyük bir inanç taşıyordu. Ona göre dünya, analizin konusuydu ve değişik bilimler onu şeffaf kılabilir, bu bilimlerin dili alttaki gerçeği gösterebilirdi. Austin'e göre *'bu bilimlerin inceleme konusu hakkında bir belirsizlik yoktur'*; karşılaşılan zorluklar dışsaldır, bu bilimlerde çalışanların tutumlarında bulunurlar. İlerleme, *'inatçı bir şekilde aynı tarzda'* çalışmaya devam edildiği takdirde mutlaka gerçekleşecektir (1940: 127).

Austin'in, Thomas Malthus'un siyasal ekonominin temeli olarak ortaya koyduğu *An Essay on The Principle of Population*'daki¹⁴ [*Nüfus İlkesi Üzerine Bir Deneme*] hakikate duyduğu güven, onun topluma ve bilime bakışını göstermesi açısından aydınlatıcıdır. İnsan gelişiminin gereksinimlerine iyimser bir bakışa kısmen bir cevap niteliği taşıyan bu eserde Malthus, nüfus konusuna kötümser bir anlayış getirmiştir. Kontrol edilmediği takdirde nüfus, gıda ürünleri aritmetik olarak çoğalırken, geometrik olarak artacaktır ki, bunun da yıkıcı sonuçları olacaktır. Malthus'un insan toplumunu yöneten temel yasalardan birini ortaya çıkardığını iddia ettiği bu 'bilimsel' vargı, bir teori olarak değil, politikayı yönlendirmesi gereken bir hakikat olarak görülmüştür. Şöyle der Malthus: *'Canlı doğanın tümüne hakim olmuş bu yasanın yükünden kaçılacak bir yol göremiyorum'*. Bu ilkeyle Malthus tüm ütöpik, radikal ve büyük toplumsal mühendislik projelerine saldırmıştır. Ona göre sınırlı ve dereceli bir reform tek gerçekçi yoldur. Bunun da ötesinde Malthus'a göre hukuk, kendisini toplumsal gelişmenin altında yatan kanunla aynı çizgiye ge-

¹⁴ Bu eserden yapılan alıntılar nakleden: Morrison 1997.

tirmelidir; hukukun içerisinde fakirlerin üremesini teşvik edecek herhangi bir şey bulunmamalıdır. Eğer hukuk yapısı fakirlerin yaşam şartlarını geliştirecek herhangi bir hüküm içerirse, bu, onların daha çok çocuk yapmaları ve bununla birlikte zenginlik yaratılmasının azalması sonucunu verecektir. Hukuk kuralları tercih edebilmeyi yasaklamamalı, fakat belirli tercihlerin olumsuz sonuçlarını açık hale getirecek şekilde düzenlenmelidir. Fakirleri, yaşamsal ihtiyaçlarını sağlamalarının güvence altına alınmadığı bir durumda çocuk yapmaktan uzaklaştırmak için hukuk, ilerideki evliliklerden doğacak hiçbir çocuğun fakirlikten kurtulma şansına sahip olmayacağını gösterir şekilde yapılmalıdır. Böylece: “eğer bir erkek, bir aileyi geçindirebilme ihtimali olmadan evlenecek ise, bunu yapmak için en ileri özgürlüğe sahip olmalıdır”. Bununla birlikte, aile reisleri, doğacak sonuçlarla yalnız başına bırakılmamalıdır: ‘Doğanın vereceği cezaya mahkum edilmelidirler, sefalet cezasına... Onu ve ailesini acı çekmeye mahkum etmiş, defalarca ikazda bulunmuş Tanrı’nın kanunları olan doğa kanunları, onlara öğretilmelidir’. Bu siyasi olarak güçlü olanın verdiği bir ceza değil, doğal toplumsal kanunların işleminin sonucudur; pozitif hukuk sadece aracı bir enstrümandır. Dahası, terk edilmiş ya da gayrimeşru çocuklar için de herhangi bir yardım yapılamaz: ‘Eğer ebeveynler çocuklarını terk ederlerse, bu suçtan sorumlu olmalıdırlar. Karşılaştırma yapmak gerekirse (...) çocuk, toplum için küçük bir değere sahiptir’. Aşağıdaki paragrafta da belirtildiği gibi, Malthus herhangi bir temel hak nosyonuna ve toplumsal yaşama hakkına düşmandır:

Paylaşılmış bir dünyaya gelmiş olan kimsenin, normalde dayanacağı ebeveynlerinden elde edeceği herhangi bir geliri yoksa ve toplum onun emeğini istemiyorsa, küçük bir parça yiyeceği bile talep etmeye hakkı yoktur ve esasında olduğu yerde bulunmaya bile hakkı yoktur. Doğanın kudret sofrasında onun için bir yer bulunmaz. Doğa ona gitmesini söyler ve o da onun emirlerini yerine getirmek zorundadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Austin’in bu düşünceleri ileri sürdüğü dönem, 1775’lerde başlayan Sanayi Devrimi’ne denk gelmektedir. Sanayi Devrimi’nin sonucu olarak kentlerde nüfus yığılması olmuş, işçi ve fakirlerin sayısı artmıştı. İşçiler çok kötü şartlar altında çalışıyorlardı ve buna karşın sendikaların da örgütlemesiyle işçi hareketleri ortaya çıkmıştı. Daha iyi koşullarda çalışma talebiyle hareket eden işçiler çoğunlukla şiddet yoluyla bastırılmaya çalışılıyordu. Austin’in özellikle mülkiyet kurumunu ele alış ve bunun toprak ve sermaye sahipleri lehine olmak üzere meşrulaştırmaya çalışması da, işte dönemin bu şartları içerisinde değerlendirilmek gerekir.

4.2. Austinci Hukuk Teorisi

Austin’in ortaya koymuş olduğu analitik hukuk teorisi, dört alanda kavramsal analiz yapılması ile ilgilenmiştir: Hukuk kavramının analizi, temel terimlerin tanımlanması, temel hukukî terimler arasındaki karşılıklı ilişkiler ile diğer hukukî olmayan kavramların analizi ve bu kavramlarla hukukî kavramların birbirlerinden ayrılması (Morrison 1997: 222).

Austin hukukun kaynağı olarak olaylara dayanan örf-adet hukukunun, kötü yapılmış yazılı hukuka göre daha zengin ve daha esnek olabileceğini kabul eder. Ancak iyi yapılmış yazılı hukuk, ilkeleri bulunan, bilimsel bir ifade olacaktır. Kanunlar, hukukun tarihsel gelişimi ve ulaşılabilecek amaç dikkate alınarak dikkatli bir şekilde hazırlanmalıdır. Austin, döneminin hukukçularını sert bir dille eleştirir ancak bunun nedeni olarak dağılmış olan, yazılı kanunlar şeklinde somutlaşmamış kuralları gösterir. Düzenli, tutarlı, bilimsel bir şekilde hazırlanmış kanunlar bulunduğu takdirde mesleği hukukçuluk olmayan diğer insanlar da hukuku anlayabileceklerdir. Bu durumda hukuk, avukatların elindeki para kazanma aracı olmayacak, satın alınmayacak, antik Roma'da olduğu gibi, şerefli bir iş olacak ve siyasal ağırlığa sahip bulunacaktır (Morrison 241-3).

Hukuk kavramının analizi, aynı zamanda hukuk teorisinin konusunun belirlenmesi amacıyla da hizmet etmektedir. Austin hukuk kavramının gerçekte hukuk olmayan, benzeyiş ve kıyas yolu ile hukuk alanına dahil edilen bazı konuları da kapsadığını, dolayısıyla hukuk biliminin asıl konusunun bunlarla karıştırıldığını söyler. (1940: 86). Siyasal gücün kullanılması, Austin'in düşüncesinde, *I. Dersin* hemen başında yaptığı tanımda da açıkladığı gibi, temeldir:

Hukuk teorisinin konusu pozitif hukuktur; basit ya da dar anlamda hukuk: siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı hukuk. (1940: 86)

İşte, hukuk teorisinin asıl konusunu oluşturan pozitif hukuku Austin, hukuk olduğu düşünülen ya da zannedilen diğer kurallardan ayırmaya çalışır. Austin en genel anlamıyla yasayı şu şekilde tanımlar:

(...) akıl sahibi bir varlık tarafından, üzerinde güç sahibi olduğu akıl sahibi bir varlığın hareketlerini yönlendirmek için konulmuş kural. (1940: 86)

Bu yasa tanımını altında, hukuk teorisinin konusunu oluşturan pozitif yasalarla birlikte, çeşitli yasalar da vardır:

- Tanrı tarafından, yarattığı insanlar için konulmuş yasalar –İlahi Hukuk ya da Tanrı'nın Hukuku,
- İnsanlar tarafından, insanlar için konulmuş yasalar. (1940: 86).

İnsanlar için insanlar tarafından konulmuş yasalar ise iki sınıfa ayrılır:

1. Pozitif yasalar: Bunlar siyaseten üstün olanlar tarafından konulmuş yasalarlardır. Bağımsız uluslarda, bağımsız siyasal toplumlarda bulunurlar. Onlara pozitif niteliği veren, toplumsal konum (*by position*) nedeniyle var olmalarıdır (1940: 87). Hukuk teorisinin konusunu oluşturan yasalar pozitif yasalarlardır.

2. Pozitif ahlâk kuralları: Siyaseten üstün olmayanlar tarafından konulmuş pozitif yasalar da vardır. Bunlar genellikle -ancak doğru olmayan bir şekilde- yasa olarak adlandırılır.

nılır. İnsan davranışıyla ilgili olarak belirsiz bir insan topluluğunun düşüncelerini ya da hislerini yansıtır. Austin bu yasalara örnek olarak, “Şeref yasaları”, “teamül kuralları” gibi isimler almış kuralları verir.

‘Pozitif ahlâk’ nitelemesindeki ‘pozitif’ kelimesi bu yasaları/kuralları Tanrı’nın yasalarından, ‘ahlâk’ kelimesi ise pozitif yasalardan ayırmaktadır (1940: 87). Pozitif nitelemesi kuralın beşerî bir kaynağı olduğunu gösterirken, ahlâkîlik iki tür beşerî yasanın kaynakları bakımından taşıdığı farka işaret eder (1940: 171). Bununla birlikte pozitif yasalar Tanrı’nın yasalarıyla sınımlanmalıdır.¹⁵

İlâhî, hukukî ve ahlâkî ödevlerin varlığının benimsenmesinden sonra, hukuk kurallarının ödev yüklemesi ve bu kuralların sınımlanması için Tanrı yasalarının bir ölçüt olması, esasen Austin’in karşı olduğu doğal hukuk görüşünü çağrıştırmaktadır. Bu noktada iki büyük sorun vardır. Birinci sorun, Tanrı kurallarıyla ya da ahlâk kurallarıyla çatışan bir pozitif yasanın varlığında, her birinin ödev yüklemesi nedeniyle tercihin nasıl yapılacağıdır. Diğer bir sorun ise Tanrı yasalarına ya da ahlâk kurallarına aykırı bir pozitif yasanın geçerli olup olmayacağıdır. Birinci sorun açısından ahlâkî bir çözüm önermemekle birlikte Austin, her iki sorun açısından da tercihini pozitif yasaların bağlayıcılığından yana kulla-

¹⁵ Austin’in, Hobbes’u dinsel dogmaya yaptığı gönderme nedeniyle eleştirirken, Tanrı yasalarını pozitif yasalar için bir ölçüt olarak kabul etmesi ilginç olmakla birlikte, bu kabulle neyin kastedildiği de konunun anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Austin, Tanrı’nın bir kısım yasalarının tartışma götürmeksizin kutsal metinlerde açığa kavuşturulmuş ancak diğer bir kısmının belli olmadığını söyler. Peki bu açığa çıkmamış yasalara nasıl ulaşılacaktır? Ön kabul, bu yasaların ulaşılabilir nitelikte olduğudur. Austin şöyle devam eder:

Austin’in, Hobbes’u dinsel dogmaya yaptığı gönderme nedeniyle eleştirirken, Tanrı yasalarını pozitif yasalar için bir ölçüt olarak kabul etmesi ilginç olmakla birlikte, bu kabulle neyin kastedildiği de konunun anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Austin, Tanrı’nın bir kısım yasalarının tartışma götürmeksizin kutsal metinlerde açığa kavuşturulmuş ancak diğer bir kısmının belli olmadığını söyler. Peki bu açığa çıkmamış yasalara nasıl ulaşılacaktır? Ön kabul, bu yasaların ulaşılabilir nitelikte olduğudur. Austin şöyle devam eder:

Tanrı’nın açığa çıkmamış yasaları, insan tarafından, Tanrı’nın iyi oluşundan ve insan eylemlerinin eğiliminden çıkarılmalıdır. Diğer bir deyişle, Tanrı’nın cömertliği, genel fayda ilkesi ile birlikte, onun açığa çıkmamış yasaları için tek yol gösterici ya da belirtidir (1940: 106).

(...) Tanrı bize gözleme, hatırlama, muhakeme etme özellikleri vermiştir ve bu özellikleri kullanarak eylemlerimizin eğilimini bulabiliriz. Eylemlerimizin eğilimlerini ve O’nun cömert amacını bilmekle, örtük buyruklarını da bilebiliriz.

Tanrı, yarattığı varlıkların en büyük mutluluğunu tasarlar. Çözümlemesi gereken sorun şudur: Bir grubun eylemleri genel olarak yapıldığı ya da yapılmadığı takdirde bunun genel mutluluk ya da iyi için olası etkisi ne olacaktır?

(...) Eğer davranışlarımız gerçekten genel fayda ilkesine göre ayarlanmışsa, İlahi yasa ve kurallara uygun olacaktır.

(...) Tek başına kötü gibi görünen, yararlı ya da zararsız, tek başına iyi gibi görünen de yıkıcı olabilir.

Örneğin, bir fakirin, zengin komşusundan bir şey çalması, tek başına düşünüldüğünde zararsız, hatta bir açıdan olumlu görülebilir. (...) Fakat bunu herkesin yaptığı düşünülürse sonucu çok kötü olacaktır (1940: 107).

Açık ve tartışmasız bir şekilde açığa çıkmış Tanrı yasalarına, bu yasaların yalın anlamlarını dikkate alarak uymak zorundayız. Eğer açığa çıkmamışlarsa, İlahi yasa koyucunun yasa ve emirlerinde amacı olan genel fayda ve iyi uyarınca davranmalıyız.

nır ve doğal hukukçulara kesinlikle katılmadığını belirtir¹⁶. Austin, Blackstone'un, *Commentaries* adlı eserinde dile getirdiği, "bağlayıcılık konusunda Tanrı yasalarının diğer tüm yasalara üstün olduğu; hiçbir insan yasasının Tanrı yasasıyla çelişmemesi gerektiği; [Tanrı yasalarına] karşı oldukları takdirde insan yasalarının geçerliliğinin olmadığı ve tüm geçerli yasaların güçlerini İlahî asıllarından aldıkları" yönündeki görüşü eleştirerek şöyle söyler:

[Blackstone bu sözüyle] tüm yasaların İlahî hukukla uygunluk içerisinde olmasını kastetmiş olabilir. Eğer kastettiği buysa, duraksamadan ona katılırım.(...) [İ]nsan yasakoyucuların, koydukları yasaları yapmak için İlahi yasalarla bağlı olduklarını, çünkü böyle yapmazlarsa Tanrı'nın kendilerini cezalandıracağını kastetmiş de olabilir. Buna da, eğer Tanrı'nın hukukunun belirtisi fayda ilkesi olacaksa, (...) tamamıyla katılırım. (...) Ancak Blackstone'a ait bu ifadenin anlamı, eğer bir anlamı varsa, sanki şöyleymiş gibi görünüyor: İlahi hukukla çatışan hiçbir insan yasası zorunluluk yükleyici ya da bağlayıcı değildir; diğer bir deyişle, İlahi hukukla çatışan bir yasa, yasa [vurgu Austin'e ait] değildir (...).

Şimdi, İlahi yasayla çatışan insan yasalarının bağlayıcı olmadığını, yani yasa olmadığını söylemek tamamen saçmadır. En yıkıcı yasalar, dolayısıyla Tanrı'nın isteğine aykırı olan yasalar, mahkemeler tarafından yasalar olarak uygulanmıştır ve halen de uygulanmaktadır. Zararsız hatta faydalı bir eylemin, egemen tarafından ölüm cezasıyla yasaklanmış olduğunu düşünün; eğer bu eylemi işlersem, yargılanır ve suçlu bulunurum. Bu cezaya, insan yasakoyucuların kötü sonuçları olmayan eylemleri yasaklamamalarını emretmiş olan Tanrı yasasına karşı olması nedeniyle itiraz edersem, Mahkeme yapmış olduğum muhakemenin etkisizliğini, geçerliliğini inkar ettiğim yasanın gereğini yerine getirerek, beni asmak suretiyle ortaya koyacaktır. Dünyanın yaratılmasından bugüne kadar, Tanrı hukukuna dayanan bir itiraz, yargı tarafından dinlenmemiştir (1940 214-5).

Tanrı'nın yasalarındansa -bu yasaların belirtisi olan fayda ilkesine göre şekillenmiş bile olsalar- insan yasalarına uyma gerekliliğinin asıl nedeni, Tanrının gerçek iradesinin ne olduğunun ya da fayda ilkesinin gereklerinin belirlenmesinin objektif bir şekilde gerçekleştirilememesidir:

(...) Tanrı'nın yasaları her zaman açık değildir. Tüm papazlar, en azından makul olanları, vahiy yoluyla bize iletilmiş bile olsalar hiçbir ödev şemasının tam ve açık olmadığını kabul edeceklerdir. İlahi iradenin belirtisi olarak fayda da açıkça yetersizdir. Birine kötü görünen, bir başkasına iyi görünebilir (1940: 215).

Bu tartışma bağlamında Austin, hukukun kaynağı olarak örf-adenin kabul edilmesine de karşı çıkmaktadır. Ona göre, örf-adet ya da ahlâk kuralları pozitif yasalarla örtüşebilir. Ahlâk ve Tanrı yasalarının pozitif yasalarla sık sık örtüşmesi, pozitif hukukun gerçek doğasının ve kaynağının hukuk teorisyenlerince yanlış anlaşılmasına neden olmuştur. Pozitif yasaların, pozitif ahlâka ya da Tanrı'nın hukukuna göre şekillendiği durumlarda, bu yasaların egemenin yarattığı bir şey olduğunu unutmaktadırlar. Örf-adet hukuku, yargıcın

¹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, pozitif hukuk kuralları ile Tanrı yasaları ya da diğer ahlâkî kurallar arasındaki tercihin, bunların ahlâkî değerleri bakımından değil, hukukî bağlayıcılık yönünden tartışma konusu yapılmış olmasıdır.

hukuk yaratmasıyla, daha önceden var olan örf ve adetler esas alınarak yaratılmıştır. Bir yargıç bir örfü, vermiş olduğu kararla egemenin yaptırımına bağlamadıkça, o, pozitif ahlâk kuralıdır; ancak bundan sonra pozitif yasa olabilir. Dolayısıyla örf-adet kuralları hukukun kaynağı olamaz (1940: 199).

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan sonra, Austin'in hukuk teorisinin konusu olarak kabul ettiği pozitif yasanın tanımını şu şekilde yapmak olanaklıdır:

YASA, BİR EGEMENİN YAPTIRIMLA DESTEKLENMİŞ BUYRUĞUDUR.

4.3. Analitik Hukuk Teorisinin Temel Kavramları

Gerek buraya kadar yaptığımız açıklamalar gerekse ulaştığımız bu yasa tanımında üç unsur göze çarpmakta ve daha geniş bir şekilde ele alınmayı hak etmektedir. Bu unsurlar, egemen, buyruk ve yaptırımdır. Her ne kadar aşağıda bu unsurları ayrı ayrı inceleyeceksek de, Austin'in kurguladığı teoride, kendisinin de belirttiği gibi, bu kavramlar temel olarak birbirlerinden ayrılmaz niteliktedir.

4.3.1. Egemen

Sadece Tanrı, insanlarla kurulacak mutlak bir güç ilişkisine sahiptir. Toplumsal ilişkiler karşılıklı ve akışkandır: *'bir taraftan bakıldığında üstün olarak görünen, diğer taraftan bakıldığında altta görülür'* (1873:99). Normal dönemlerde bir kral *'yönetilenlere üstündür: gücü iradesine uygun davranılmayı sağlamak için yeterlidir. Ancak yönetilen de aynı zamanda krala üstündür: kralın kudreti, halkın öfkesinden duyduğu korkuyla, kalabalığın içinde uyuklayan aktif direnme gücünün canlanmasıyla kontrol edilir'* (1873: 99). Bireylerin toplum içerisinde çok çeşitli rolleri ve işlevleri vardır: bir birey 'egemen bir topluluğun üyesi' olabilir ve yargıcı bağlayan kanunların yaratılmasından sorumlu olanlardan biri olarak yargıca üstün olabilir; fakat aynı zamanda bu birey, hukuka itaat ederek geçirdiği yaşamında, mahkemede yargıcın karşısına çıkmış bir 'vatandaş' da olabilir.

Egemen, bir toplumdaki tüm hukukun temel kaynağıdır ve egemenin olmadığı yerde hukuk da olamaz.

Her pozitif yasa, (...) egemen bir kişi ya da egemen kişiler grubu tarafından, bu kişi veya grubun egemen ya da üstün konumda olduğu bağımsız siyasal bir toplumun üye veya üyeleri için konulmuştur (1940: 177).

Esasen "egemenlik" kavramı Austin'den çok önce felsefî ve siyasî terminolojiye girmiş bulunuyordu. Bentham ve Austin'in bu kavrama getirmiş olduğu yenilik iki temel ilkeyle özetlenebilir (Raz 1997: 6-7):

1. Egemenliğin, ahlâktan ya da ahlâkî ilkelerden çıkarılmadığı ve bunlarla açıklanamadığı savunulmuştur. Egemenlik, toplumsal itaat alışkanlığı olgusuna dayanır..
2. Alışkanlık ve bireysel itaat kavramları, yani belirli bir kimseye ya da gruba itaat, egemenlik analizinde anahtar kavramlar olarak karşımıza çıkar..

Austin doğal (ilkel, en basit toplum) ve siyasal (hukukun işleyebileceği toplum) toplum arasında bir ayırım yapar:

Doğal bir toplum, doğal halde bulunan bir toplum ya da bağımsız fakat doğal olan bir toplum, birbirlerine karşılıklı ilişki bağlarıyla bağlı insanlardan oluşur, [bu insanlar] siyasal bir toplumun, egemen ya da bağımlı üyeleri değildir (1940: 225).

Bir toplum, üyelerinin çoğunluğu belirli ve ortak bir üstüne itaat alışkanlığı içerisinde bulunmadıkça siyasal bir toplum değildir (1940: 222).

Bentham da egemenlik kavramını tanımlarken siyasal bir toplumdaki bahsetmişti. Buna karşın Austin, “*Bay Bentham’ın değinmeyi unuttuğu*” negatif niteliği de ekler, yani bağımsız siyasal bir toplum olmayı (1940: 234). Austin’e göre egemenlik, nüfusun çoğunluğunun geleneksel olarak egemene itaat alışkanlığı içerisinde bulunduğu siyasal toplumda mümkündür; buna ek olarak egemen de bir başkasına itaat alışkanlığı içerisinde olmamalı, bağımsız olmalıdır. Dolayısıyla bağımsızlığı söz konusu olan toplum değil, toplumdaki egemen kişi veya gruptur:

Üyelerinin geneli ya da çoğunluğu belirli ve ortak bir üstüne geleneksel olarak itaat ederlerken, aynı zamanda bu belirli kişi ya da kişilerin oluşturduğu organ da belirli ve ortak bir üstüne geleneksel olarak itaat ediyor olmamalıdır (1940: 221).

Siyasal bir toplumdaki nüfus oldukça yüksekse de, “*bağımsız bir siyasal toplum iki kısma ayrılabilir: egemen ya da üstün olan üyelerinden oluşan bir parça ve sadece uyruk olan üyelerinin oluşturduğu diğer parça*”. Bu birleşim, tarihsel bir olgudur:

Mevcut çoğu toplumda egemen güçler, ya bütünü tek bir üyesi tarafından sahiplenilmiştir ya da üyelerinin birkaçı tarafından paylaşılmıştır: hatta hükümetlerin genel olarak desteklendiği pek çok toplumda bile, egemenlerin sayısı tüm siyasal topluluğun küçük bir kısmıdır. Kendisi tarafından yönetilen bağımsız siyasal bir toplum ya da tüm topluluğu içeren egemen bir organ imkansız değildir; ancak bu tip toplumların varlığı olmayacak bir şeydir (1940:237).

Austin açıklamasını şöyle sürdürür:

Bağımsız siyasal bir toplumun her üyesi yetişkin ve güvenilir bir zekâya sahip olsaydı, her üye egemenlik güçlerini kullanmaya doğal olarak ehil olacaktı; böyle kurulmuş bir toplum düşünürsek, etkin bir şekilde kendisi tarafından yönetilen, [her üyenin aynı zamanda yönetici olduğu] bir toplumun varlığını da düşünebiliriz. Ancak mevcut her toplumda, üyelerin çoğu, egemenlik güçlerini kullanmaya doğal olarak ehil değildirler; hatta hükümetinin popülaritesi en yüksek olan toplumda bile, sadece doğal olarak egemenlik güçlerini kullanmaya ehil olmayan üyeler egemen organın dışında bırakılmamışlardır. Eğer, doğal ehilsizlikten dolayı dışlananlara, böyle bir zorunluluk olmadan dışlananları (ör. kadınlar) da eklersek, görürüz ki, böyle bir toplumda bile üyelerin çoğunluğu hakimiyet altındadır. Sonuç olarak, bütünü idaresi mümkün olmasa da, mevcut her toplum, üyelerinin biri ya da bir ve tüm arasında bulunan birkaçı ile yönetilmektedir (1940: 237).

Siyasal ve bağımsız olan her toplumda egemen yetkileri bir tek kişi veya bir grup elinde tuttuğuna göre, her üstün hükümet Austin’e göre bir monarşi ya da aristokrasi (genel an-

lamıyla) olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷. Aristokrasinin ise üç görünümü vardır: Bunlar, oligarşi, özel anlamıyla aristokrasi ve demokrasidir.

Austin'e göre egemen, hukuken sınırlanamaz niteliktedir. Austin'in kurduğu çerçeve içinde egemenin hukukla bağlı olması mantıksız olacaktır, çünkü egemen en üst organdır ya da ulusun sahip olduğu gücün toplandığı yerdir. Monarkın ya da bir grup egemenin hukukî bir ödevle bağlı olduğunu söylemek, bunların hem egemen hem de egemen olmadığını söylemekle birdir. Siyasal toplum, egemenin gücü hukukî sınırlamalara tabi olsa bile hukukî despotizmden kaçamaz.

Egemenin yetkisinin *hukuken* [vurgu Austin'e ait] sınırlanamaz olması gerekir. Pozitif hukukça sınırlanmış yetki, terimlerde çelişki anlamına gelecektir. (...) Egemenlerin kendileri ya da kendilerinden sonra gelecekler için koymuş oldukları görüntüsünü veren yasalar, ancak kendileri ya da kendilerinden sonra gelecekler için yol gösterici olarak kabul ettikleri ya da onlara tavsiye ettikleri ilkeler ya da özdeyişler olarak düşünülebilirler. (1940:263-4)

Çünkü, egemenin herhangi bir şekilde kendisini bağladığı düşünülen bir kurala uymaması durumunda, çıkardığı buyruğun ya da yasanın anayasal olmadığı söylenebilirse de, bu yasanın hukuken geçersiz ya da hukukî olmayan olarak nitelendirilebilmesi olanaklı değildir (1940: 266).

Austin bu düşünceleriyle esasında 19. yüzyılın başlarında liberal düşünürlerin hepsinde ortak olan bir kaygıyı ifade ediyordu: toplumun dağılmasından duyulan korku ve güçlü bir hükümet ihtiyacı. Bentham ve Austin'e göre reformcu bir hükümet, güçlü olmalıydı¹⁸. Ancak Bentham anayasal sınırlamaların varlığından bahsederken, Austin'e göre,

¹⁷ Austin, "genel anlamıyla aristokrasi" deyimini, yöneticilerin -ya da yönetimde etkili olanların- geniş bir sınıftan oluştuğu durumlar için kullanmaktadır. Böyle bir durumda, aristokratik yönetimin üyeleri, aynı zamanda vatandaş statüsündedir.

Her monarşide, monark, tebası tarafından inanılan ve hissedilen düşünce ve duygulara alışkanlıkla riayet eder. Ancak neredeyse tüm monarşilerde [monark], topluluğun küçük bir bölümünü oluşturmasına rağmen etkili olan bir kısmın düşünce ve duygularına boyun eğmekte ya da bunların çıkarlarını dikkate almaktadır. [Söz konusu] askeri bir monarşiye ya da yönetimin temel aracı kılıçsa, bu etkili kısım genel olarak asker sınıfı ya da askerlerden seçilmiş bir organdır. Eğer yönetimin temel aracı kılıç değilse, bu etkili kısmı soylular ya da soylular[la birlikte], din adamları ve hukukçular oluşturur. Örneğin, Roma'da, prenslerin ya da imparatorların egemenliği altında bu etkili kısım, sürekli ordular ve daha özel olarak Praetor'un birliğinden ibaretti, aynen Türk imparatorluğunda bu kısmın Yeniçerilerden oluşması gibi. Fransa'da, kralların egemen olmasından sonra ve büyük devrimden önce bu etkili kesim kılıcın asaleti, seküler ve daimi memurlar ve parlamentoların ya da yüksek mahkemelerin üyelerince oluşturulmuştu. Bu nedenle sonuç olarak tam anlamıyla bir monarşinin bulunmadığını söyleyebiliriz: her üstün hükümet, [belli] bir grubun hükümetidir (...) (1940: 238).

"Özel anlamda aristokrasi" ise, aristokratik yöneticilerin sayısının az olduğu ve bunların hepsinin yönetici sıfatını taşıdığı durum için kullanılmaktadır.

¹⁸ Austin (1940: 280-1), Hobbes'un, iki noktadaki yanlıgısı dışında, Bentham'la birlikte devlet ve hukuk konusunda yeni ve değerli düşünceler ortaya koymuş başka birisini bilmediğini söyler ve sadece İngiltere'de değil, Fransa ve Almanya'da da "tiran savunusu" yapmakla haksız yere eleştirildiğinden yakınıdır. Ona göre Hobbes'un güçlü bir monarşiyi diğer yönetim biçimlerine tercih ettiği doğrudur ancak Hobbes'un tasarladığı monark, sınırlanamama ve itaat edilme temeline oturmaktadır. Bu, monarşiyi savunmak anlamına gelmez.

egemenlik üzerine konulacak haklar bildireleri gibi hukukî sınırlamalar ve kuvvetler ayrılığı kavramı sorunludur. Bunlar bazen uygulamada kendi kendilerini yıkarlar ve mantıken savunulamaz niteliktedirler. Bu, etkili anayasal sınırlamaların olmadığı anlamına gelmez. Gerçekte bu sınırlamalar karmaşık inançlar ve uygulamalar toplamıdır; kesin hukuk değildirler ve eleştirel ahlâkın görünümüdürler. Sonuç olarak Austin, anayasa hukukunun gerçek bir hukuk dalı olmadığını, pozitif ahlâk kurallarını içermesinden dolayı hukuk teorisinin konusunu oluşturmadığını söylemektedir (1940: 267-8).

Egemene verilen bu niteliklerin ardından, Austin'in güçler ayrılığı düşüncesinin karşısında durduğunu tahmin etmek zor olmayacaktır. Yasama, yürütme ve yargının değişik organlarda toplandığını öne süren görüşler karşısında –özellikle de Parlatentonun yasamayı, Kralın ise yürütmeyi üstlendiğini söyleyen Blackstone'u eleştirerek- kendi oluşturduğu egemen tanımı içerisinde güçler ayrılığından bahsetmenin saçma olduğunu söyler. Ayrıca Roma İmparatorluğu'nda meclislerin aynı zamanda yargısal görevleri olmasından ve dönemindeki yapılanma içerisinde Kralın bazı eylemlerinin hem yasamaya ilişkin hem de idareye ilişkin işlevleri olmasından dolayı, olguların böyle bir tezi desteklemediğini söyler (1940: 249-53).

Sonuç olarak, Austin'in tanımladığı egemenlik kavramının dört temel özelliğini şu şekilde belirleyebiliriz (Raz 1997: 8):

1. *Bağımlı değildir*, yani (a) egemene yasama yetkisi bir kanunla verilemez; ve (b) bu yasama yetkisi kanunla kaldırılamaz.
2. *Sınırsızdır*, yani (a) egemenin yasama yetkisi hukuken sınırlamaz, bu her hangi bir konuda kanun yapma yetkisidir; ve (b) egemen yasama yetkisini kullanırken herhangi bir hukukî yükümlülüğün muhatabı olamaz.
3. *Tektir*, yani her hukuk sistemi için (a) bir tane ve (b) ancak tek bir tane bağımsız ve sınırlanamaz yasama yetkisine sahip egemen bulunabilir.
4. *Bölünemezdir*: yasama yetkisi bir tek kişinin ya da bir grubun elindedir.

4.3.2. Buyruk

Hukuk teorisinin konusunu oluşturan her yasa ya da kural bir buyruktur, daha doğrusu, buyruğun özgün türleridir (1940: 88). Buyruk bir isteğin anamlanması, ifade edilmesidir. Ancak onu isteğin diğer belirimlerinden ayıran şey, buyruğun yöneldiği kişinin isteğe uymaması durumunda kötülüğe ya da zarara uğrama ihtimalidir. Bir buyruğun kendisine yöneltilmesi ile kişi, bu buyrukla bağılı hale gelir. Diğer bir deyişle itaat etme ödevini yüklenmiş olur. Buyruğa uymayan kimse, itaat etmemiş ya da yüklediği ödevi yerine getirmemiş olur. Dolayısıyla buyruk ve ödev karşılıklı bir ilişki içerisinde: Nerede bir ödev varsa, orada bir buyruk açığa çıkmıştır; nerede bir buyruk varsa, bir ödev yüklenmiştir (1940: 89).

İki tür buyruk vardır. Birinci türü, yasalar ya da kurallar oluşturur. İkinci tür ise belirli bir olay üzerine verilen buyruklardır ki, Austin bunlar için gündelik dilde herhangi bir kelime bulunmadığını, bu nedenle onları, istisnai ya da özel buyruklar olarak nitelendirdi-

ğini söylemektedir. Bu iki tür buyruk arasındaki fark birincisinin “*bir grubu, bir eylemi yapması ya da bir eylemden kaçınması için genel olarak bağlaması*”dır. Özel bir olay ya da belirli bir birey için verilmiş buyruklar yasa ya da kural olarak adlandırılmayacaktır (1940: 92). Eğer Parlamento belirli veya belirsiz bir süre için mısır ihracatını yasaklarsa, genel olması itibarıyla, bu buyruk bir kural ya da yasa olarak adlandırılabilir. Ancak limanda bulunan ve gemiye yüklenmiş mısırların olası bir kıtlık nedeniyle ihracatına izin verilmemesi durumunda ise, Parlamento’ya ait olmasına rağmen, bu buyruk yasa değildir (1940: 93). Yargıcın yasayı uygulaması (ya da uygulama esnasında dile getirdiği buyruk şeklindeki ifade) genel nitelik taşımadığı, artık belirli bir kimseye yöneldiği için buyruk olmayacaktır (1940: 94). Bununla birlikte böyle bir ayırımın saptanması da çoğu zaman kolay değildir (1940: 95).

4.3.3. Yaptırım

Buyruğa itaat edilmemesi ya da ödevin yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkması muhtemel kötülük, yaptırımdır (1940: 89). Yaptırımın şiddeti ya da gerçekleşme olasılığının oranı önemli değildir. Yaptırım ne kadar büyük olursa ve gerçekleşme olasılığı ne kadar yüksek olursa, buyruğa itaat olasılığının da o kadar büyük olacağı doğru olabilir. Ancak yaptırımın şiddeti ve gerçekleşme olasılığının yüksekliği, yaptırımı belirleyen unsurlar değildir. En küçük miktardaki, en küçük gerçekleşme olasılığına sahip zarar, yaptırımın varlığı için gerekli ve yeterlidir (1940: 90).

Austin, Locke ve Bentham’ın, mükâfatın da bir yaptırım olarak kabul edilebileceğini düşündüklerini belirttikten sonra “*Locke ve Bentham’a olan tüm saygıyla birlikte, terimin bu denli genişletilmesi bir karışıklıktır*” der. Ona göre mükâfat içeren bir ifade, bağlayıcı, ödev yükleyici değildir. Mükâfat ancak ikna edici, teşvik edici bir rol oynayabilir. Eğer yaptırımdan bahsedilecekse bu, cezalandırma, zarar verme şeklinde olmalıdır (1940: 91).

4.4. Uluslararası Hukuk

Austin, yaptırımdan yoksun kanunları eksik kanunlar, gerçek olmayan kanunlar olarak nitelendirirken, aynı anlayışı uluslararası hukuk alanı için de benimser. Onun hukuk anlayışı hiç kimseye itaat etmeyen bir egemeni, bu egemene itaat alışkanlığı içerisinde bulunan bireyleri ve egemenin yaptırımla desteklenmiş buyruklarını içerdiğinden, uluslararası hukuk ise bu şartları yerine getirmeyen bir düzeyde gerçekleştiği için, Austin uluslararası hukuku gerçek hukuk saymaz. Dolayısıyla uluslararası hukukun gerekleri de kanun olarak adlandırılmazlar. Uluslararası hukuktaki kurallar ancak uluslararası pozitif ahlâk olarak değerlendirilebilirler. Austin’in bu düşünceleriyle, Hobbes’la başlayan ve Kant ve Rousseau’yu da içine alan bir çizgiyi takip ettiği açıktır (Morrison 1997: 239). Hobbes, hukuku yaratacak ve uygulayacak üstün bir gücün yokluğu durumunda pozitif hukukun varlığından bahsedilemeyeceğini söylemiştir. Kant da, devletler ‘ortak dışsal bir sınırlamaya tabi olmadıkları’ için uluslararası hukuktan bahsetmenin anlamsızlığını tartışmıştı. Rousseau ise uluslararası hukukun çelişkiler ve belirsizliklerle dolu olduğunu, dolayısıyla gerçek bir hukuk olmadığını söylemişti.

Uluslararası hukukun varlığını iddia edenler, hukuku, sadece egemenin yaptırımlarla desteklenmiş buyruklarıyla açıklayanlar açısından, örf-adet hukukunun ve herhangi bir yaptırım olmaksızın devletlerin kendiliklerinden uydukları kuralların, böyle bir tanım içinde yer almadığını kabul etmekte, ancak bunun, devletlerin eylemlerini düzenleyen kuralların varolmadığı anlamına gelmediğini söylemektedirler. Austin bu düşünceye katılır, ancak ona göre bu kurallar sadece ‘pozitif ahlâk’tır (1940: 183). Bir devlet söz konusu kurallardan birini ihlal ettiğinde bunun bedelini ödemek durumunda kalabilir ve diğer devletlerin tepkisini çekebilir. Uluslararası hukukun gereklerinden birini yerine getirmeyen bir devlete karşı herhangi bir devletin herhangi bir araçla zarar vermesi, bu devleti, uluslararası düzlemde belirli olmayan bir organdan çıkmış olan bir buyruğun uygulayıcısı durumuna getirmez; çünkü bu devlet, sözde yasanın uygulanması için yetkilendirilmiş bir organ değildir. Uluslararası bir gücün yokluğunda bu kurallara hukuk demek, gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır (1940: 184).

4.5. Yargıcın Hukuk Yaratması

Austin “yargıcın hukuk yaratması”nı hukukun “bağımlı kaynağı” olarak kabul eder. Yargıcın hukuk yaratması mahkemelerin anlaşmazlıklarla ilgilenmeleri esnasında oluşur ki, mahkemelerin görevi de budur: Dava mutlaka bir karara bağlanmalıdır. Hukukun bu amacı anlaşmazlık konusu olayı düzenleyen yazılı bir yasanın bulunmadığı durumlarda bile gerçekleştirilmelidir. Mahkemenin amacı, hakkın gözetilmesi, anlaşmazlığın çözülmesidir, ancak bu amaç gerçekleştirilirken yeni bir kural da yaratılmış olur. Ancak yargıçlar bu yaratımı hukukun yorumlanmasının arkasına gizlerler.

Her ne kadar bu özel olay yeni bir kuralla karara bağlanıyorsa da, yargıcın meşru amacı, bu kuralın belirlenmesi değil, kuralın uygulanacağı özel olayın karara bağlanmasıdır, yasama faaliyetinin ortaya konmasından kaçınılır. (...) Eğer yeni kural hukuk olarak geçerli olursa, doğrudan değil, kararın emsal olması nedeniyle geçerli olur; yani hukukun bir önceki durumunun kanıtı olarak düşünülür ve artık yeni kural eski kural görünümüyle, yeni olaylara yasa olarak uygulanacaktır (1873: 548).

Ona göre, bağımlı yargıçların tam bir yasa yapma gücü olduğu takdirde, toplumun, davranışlarını yönlendirecek kurallar üzerinde hiç bir kontrolü bulunmayacaktır. Austin bunu sorumluluk sorunu olarak görür; yargıçlar “toplumun çoğunluğuna” karşı sorumlu olmalıdır. Bunun bir yolu, açık olduğu durumlarda pozitif hukukun uygulanması, diğeri ise yargıçların tayininin sadece kralın yetkisinde olmasından çıkarılarak, gerçek egemen ya da devlete hizmet etmelerinin sağlanmasıdır: “*tayin yetkisi, genel olarak toplumun çıkarlarıyla çatışmayan bir tarafa verilmelidir*” (1873: 665).

Austin “yargıcın hukuk yaratmasının keyfi” olduğu/olabileceği düşüncesine de karşı çıkar. Böyle bir keyfîlik hukukun değişken, belirsiz ve tutarsız olması sonucunu doğuracaktır. Yargıçlar tarafından keyfî karar verilmesi kontrol edilmelidir. Bunun için şunları teklif eder (1873: 668):

- (i) Temyiz Mahkemesinin alt derece mahkemelerinin kararlarını incelediği hiyerarşik yapıya sahip bir hukuk sisteminin varlığı,
- (ii) yargıçların, egemen yasa koyucunun bizzat kendisi bu olayla ilgilenmiş olsaydı ne yapacağı yolundaki düşüncesi tarafından yönlendirilmeleri yani, “*genel çıkarın tatmin edici bir şekilde dikkate alınması*”,
- (iii) sadece “meslek çıkarını” koruyan kurumların (örneğin Baronun) ve diğer hukukçuların düşüncelerinin etkisinin azaltılması.

Austin’e göre yargıçlara tanınan takdir yetkisi sınırlandırılmalı, karar alma sürecinin aşamaları belirlenmelidir. Birinci aşama, hukukun ne olduğunun belirlenmesidir. Eğer hukuk açık ise, yargıç bunu uygulamalıdır. Kelime anlamı açık olan fakat yasanın açık amacından uzak olan bir yasanın varlığı durumunda, yargıç yasanın ifade edilmiş olan anlamının dışına çıkabilir. Buradaki amaç, yasanın gerçek anlamını ve kapsamını etkin hale getirmektir. Ancak bu tip olaylarda yargıç, hukukun yorumlayıcı değil, hukukun hatalarını ya da eksikliklerini düzelteren bağıl yasa koyucudur. Bu süreç, mahkemenin keyfi bir hakem durumuna gelmesi riskini taşıyan tehlikeli bir süreçtir (1873: 651).

5. SONUÇ

İngiliz Analitik Hukuk teorisi, hukukî pozitivizmin İngiliz ayağını oluşturmaktadır. Modern dönemde temellerini, bilim ve insan üzerine yapılan seküler çalışmalardan almaktadır. Bu anlamda, hukukun kaynağını Tanrı’dan alarak pozitif yasalara veren Hobbes ve olgular dünyasını ‘olan’ ve ‘olması gereken’ şeklinde ikiye ayıran Hume, kendilerinden sonra gelecek Bentham ve Austin’e doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımında önemli bir miras bırakmıştır.

Fransız faydacısı Helvétius’tan da etkilenerek, ‘en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğu’ ilkesini, daha sonra kendi ismiyle birlikte anılacak Faydacılık adı altında geliştiren Bentham, döneminin İngiltere’indeki hukuk anlayışına ve özellikle toplumsal sözleşme kavramına karşı büyük bir mücadele vermiş, örf adet hukukunun ve doğal hukuk düşüncesinin temellerini, pozitif hukuku savunarak sarsmaya çalışmıştır. Ancak ne Bentham’ın ne de ardılı Austin’in, ahlâkî değeri bakımından pozitif hukuk kurallarını herhangi bir doğal hukuk ilkesine üstün tuttuğunu düşünmek yanlış olacaktır. Zira, her ikisinin de ısrarla üzerinde durduğu nokta, hukukun erdemli olup olmadığının, uygulanacak hukukun ne olduğunu belirlemede herhangi bir öneminin olmadığıdır. Bunu, Bentham’ın hukukun eleştirilmesi ile ilgili görüşlerinde ve Austin’in insan eliyle yapılmış yasaların Tanrı yasalarına uygun olması gerektiği tavsiyesinde görmek mümkündür. Ancak geçerli olan yasa, insan eliyle yapılmış, egemen tarafından konmuş olan yasadır.

Bentham’ın ciltler dolusu eserlerinin ve makalelerinin içerisinde dağınık bir şekilde bulunan analitik hukuk teorisi ilkelerini sistemli bir hale getirerek bu düşüncelerin sahibi olarak tanınan Austin, faydacılık temelinde savunduğu hukuk görüşünde, her ne kadar yasaların doğruluğunu ilahi yasalarla uygunluğa bağlamışsa da, geçerli, uygulanacak, devlet karşısında sorumlu olunacak yasalar bağlamında pozitif yasalara üstünlük vermiştir.

Austin'in yasa anlayışının temelinde, sınırsız, tek, bölünemez yetkiye sahip bir egemen vardır. Egemenin yasama yetkisi bizzat kendisinden kaynaklanmakta, bu yetki ona bir kanunla verilmediği gibi, bir kanunla da elinden alnamamaktadır. Bu nedenle yasama yetkisinde herhangi bir sınır öngörülemez. Egemen bir toplumda tektir; egemenlik yetkileri tek bir kimse veya organ tarafından kullanılmaktadır ki, bu görüşüyle Austin, kuvvetler ayrılığına da karşı çıkmaktadır.

Austin'e göre yasa, bir egemenin, yaptırımla desteklenmiş buyruğudur. Yaptırımdan yoksun bir yasa, gerçekte yasa değildir. Bu nedenle Austin, uluslararası hukuku, hem tek bir egemenden yoksun olması hem de kurallarının uygulanabilecek yaptırımlarla desteklenmemiş olması nedeniyle gerçek hukuk olarak kabul etmez.

KAYNAKÇA

"About Bentham", <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/jb.htm> (03.04.02).

Ağaoğulları Mehmet Ali; Cemal Bâli AKAL ve Levent KÖKER (1994) *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara: İmge Kitabevi.

Akal, Cemal Bâli (1990) *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul: Afa.

Austin, John (1940) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, C.I, Robert Campbell tarafından gözden geçirilmiş ve düzenlenmiş beşinci baskının (1885) yeniden basımı, Londra: John Murray.

_____ (1873) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, C.II, Robert Campbell tarafından gözden geçirilmiş ve düzenlenmiş dördüncü baskı, Londra: John Murray.

Bentham, Jeremy (1776) *Fragment on Government*,

<http://www.ecn.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm> (06.05.02).

_____ (1996) *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns ve H.L.A Hart edisyonu, Oxford: Clarendon Press.

"Bentham Texts Online", <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/wwwtexts.htm> (04.05.02).

Bix, Brian (2001) "John Austin", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/austin-john/#2> (19.02.02).

Copleston, Frederick, S.J. (1993) *A History of Philosophy*, New York: Doubleday.

Cotterrell Roger (1989) *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworths.

- “Extract from Jeremy Bentham’s Last Will and Testament”, <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/info/will.htm> (03.04.02).
- Freeman, M. D. (2001) *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell.
- Güriz, Adnan (1996) *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, İkinci Baskı, Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press.
- Keeton, G. W. (1949) *The Elementary Principles of Jurisprudence*, İkinci Baskı, Londra: Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.
- Lloyd Dennis (1991) *The Idea of Law*, Londra: Penguin Books.
- McLeod Ian (1999) *Legal Theory*, Londra: Macmillian.
- Morrison, Wayne (1997) *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, London: Cavendish Pub.
- Raz, Joseph (1997) *The Concept of a Legal System*, Oxford: Clarendon Press.
- Sabine, George (1969a) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, C. I, Çev. Harun Rızatape, Ankara: Türkiye Siyasi İlimler Derneği.
- _____. (1969b) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, C. II, Çev. Alp Öktem, Ankara: Türkiye Siyasi İlimler Derneği.
- Suanzes, Joaquin Varela (1999) “Sovereignty in British Legal Doctrine”, *E Law - Murdoch University Electronic Journal of Law*, Çev. Manuel Caldaza, Vol 6, No. 3, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n3/suanzes63.html> (19.02.02).
- Watson, J. Steven (1992) *The Reign of George III 1760-1815 - The Oxford History of England*, New York: Oxford University Press.