

Raymond Wacks

HUKUK FELSEFESİNE KISA BİR GİRİŞ

Çeviren: Engin Arıkan



Hukuk Poetikası

Birkaç bin yıl önce Platon'a, ki o, sanatçıları devletinden kovan filozof olarak da bilinir, *Yasalar* adlı eserinde "Biz kendimiz, elimizden geldiğince en güzel ve en üstün tragedyalar yazan ozanlarız: Nitekim, bizim tüm devlet düzenimiz en güzel ve en üstün yaşamın taklididir, bunun aslında en doğru tragedyaya olduğunu düşünüyoruz" dedirten ile bugün bizi "Hukuk Poetikası" adı altında bir gayrete memur kılan düşünce ve saik benzerdir.

Her türlüyle yaratıcı düşünce, bir yandan bize neyin içinde ne yaptığımızı, var olanı anlatırken bir yandan da ne yap(a)madığımızı ifade edip, var olanı anlamlandırarak, mevcut olmayanı düşleyerek sınırlarımız ile ip atlar. Kendisi de bir var olan olarak, var olana karşıdan bakmamızı sağlar. Hukuk da iyi veya kötü, doğru veya yanlış bir şekilde insanın anlam dünyasının bir unsuru olarak yine insana dair olanı düzenler, sınırlar çeker. Yaratıcı düşüncenin önde giden, yıkan ve yapan doğasına karşılık hukuk muhafaza etmeye yöneliktir. Yine de hukuk adını verdiğimiz bu tutucu çocuk, anlam dünyamızın bir ferdi olarak nihayetinde taklittir ve bu manada semboliktir.

Anlamın esas yaşam alanı bellekler olsa da, birikimlerin kolunmasında ve aktarılmasında bellek dışı kayıt alanlarına yani sembollere başvurulur ve bunların başında da yazılı eserler gelir. Bu minvalde, bir şekilde irtibatlandığımız düşünce geleneklerinde üretilmiş eserlerin tercümelerinin ve bizatihi bağrımızdan filizlenen eserlerin belleklerle kavuşturulmasına önem veriyoruz. Bu inşanın işçileri olarak umuyoruz ki gayretimiz iyiye giden yola taşlar döşer, dünyamızı güzelleştirir.

İÇİNDEKİLER

Sunuş	IX
Önsöz	XXIX
Giriş.....	XXXI
1. Doğal Hukuk	37
2. Hukuki Pozitivizm	61
3. Dworkin: Hukukun Ahlaki Bütünlüğü.....	87
4. Haklar ve Adalet	105
5. Hukuk ve Toplum	129
6. Eleştirel Hukuk Kuramı	147
7. Hukuku Anlamak: Çok Kısa Bir Son Söz	171
Kaynakça.....	173
Ek Okuma.....	179
Dizin	189

SUNUŞ

Hukuk Felsefesi Tartışmalarına Girebilmek

HUKUK felsefesine giriş niteliğinde bir kitabın hukuk felsefesi teriminden ne anlaşılması gerektiği sorusuyla başlaması âdettendir. Zira bugüne kadar hukuk felsefesinin herkes tarafından tartışmasız kabul edilen bir tanımı verilebilmiş değildir. Hukuk felsefesinin ne olduğu, hangi sorunlarla uğraştığı, ne tür konulardan oluştuğu, sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği, felsefenin diğer alanlarından nerede farklılaştığı, hukukun bizatihi kendisi ile felsefesi arasında nasıl bir ilişki kurulacağı ve nihayet hepsinden önemlisi bir hukukçunun hukuk felsefesine ne zaman ve niçin ihtiyaç duyacağı gibi soruların tek ve basit bir cevabı yoktur. Bu alanda diğer hiçbir felsefe dalında görülmeyen bir uzlaşmazlık, bir kargaşa ve belirsizlik hâkimdir. Nitekim siyaset felsefesi denilince hemen herkesin zihninde aşağı yukarı aynı şey canlanır. Keza ahlâk felsefesinin sorunlarının neler olduğu da büyük ölçüde tartışmadan uzaktır. Buna karşılık bir hukuk felsefesi kitabının hangi başlıklara yer vermesi gerektiği konusunda neredeyse her yazarın farklı bir düşüncesi vardır. Hatta bu disipline ne isim verilmesi gerektiği bile yazardan yazara değişir. Örneğin İngilizce konuşulan ülkelerde hukuk felsefesi bazen “legal theory,” bazen “legal philosophy” veya “philosophy of law”, bazen de “jurisprudence” ismiyle anılır. Hele bunlara “hukuk bilimi”, “hukuk metodolojisi” ve biraz modası geçmiş de olsa

bazı hukuk çevrelerinde hâlâ kullanılan “hukuk genel kuramı” veya “genel hukuk kuramı” terimleri de eklenirse işlerin iyice karıştığı görülür. Sonuç itibariyle şöyle ilginç bir manzara ortaya çıkmaktadır: Hukuku konu alan herhangi bir felsefi etkinlik (düşünme, kitap yazma, tartışma vb.), daha baştan büyük bir engelle, hatta imkânsızlıkla karşı karşıya kalmaktadır. Zira ne üzerinde düşünülecek, konuşulacak, yazılacak ve tartışılacak şeyin nasıl tespit edileceği ne de bu düşünme, konuşma, yazma ve tartışma girişiminin ne tür bir etkinlik olduğu konusunda bir uzlaşma vardır. İşte bu sebeple son yıllarda yazılan hukuk felsefesi kitaplarının çoğunda hukuk felsefesi teriminin bizatihi kendisi sorunsallaştırılmakta, bu terimden ne anlaşılabileceği gerektiği açıklığa kavuşturulmaktadır.¹

Bütün bu terim çeşitliliğine, kavram kargaşasına, zaman zaman ortaya çıkan gereksiz kuru teknik tartışmalara rağmen herhalde hiçbir makûl itirazla karşılaşmayacak bir gerçek vardır ki o da hukuk felsefesinin aslında felsefenin bir dalı olduğudur.

Hukuk felsefesinin, felsefenin bir dalı olduğunu kabul etmekle sorun yine de tam anlamıyla çözülmüş sayılmaz. Zira yine hemen hemen herkesin bildiği üzere felsefenin nasıl tanımlanacağı konusunda da en az hukuk felsefesindeki gibi, hatta belki daha fazla uzlaşmazlığın olduğu, felsefe tarihine bakıldığında rahatlıkla görülebilir. Dolayısıyla hukuk felsefesinin ne olduğunu anlayabilmek için öncelikle felsefeye dair belirli bir fikir edinmek gerektiği açıktır.

Peki, hukuk felsefesine de dayanak oluşturacak nitelikte bir felsefe tanımını nasıl olabilir?

1 Son yıllarda görülen bu eğilim, “jurisprudence”, “legal theory”, “legal philosophy” ve “legal science” gibi İngilizce konuşulan ülkelerde kullanılan “hukuk felsefesi” ve ilgili diğer terimlerin ne anlama geldiği, aralarında ne tür bir ilişkinin bulunduğu gibi sorulara özgülenmiş, münferit bir akademik çalışmada çok daha belirgin hale gelmiştir. *Jurisprudence or Legal Science? A Debate About the Nature of Legal Theory* (Oxford and Portland, Oregon, 2005) başlığını taşıyan ve Sean Coyle ile George Pavlakos’un editörlüğünü üstlendiği bu çalışma, Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk çevrelerinden gelen farklı akademisyenlerin konuyla ilgili felsefi yazılarından oluşmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi kendi tarihi boyunca felsefe, çok farklı şekillerde tanımlanmıştır. Neredeyse her filozof, felsefeyi yeni baştan tanımlama ihtiyacı duymuştur. Buna karşılık felsefenin öncelikle kavramlar aracılığıyla gerçekleştirilen sistematik bir kuramsal düşünme etkinliği olduğu konusunda herhangi bir itiraz ileri sürülemez herhalde. Fakat kavramlarla sadece felsefe alanında karşılaşılmaz. Her kuramsal düşünme etkinliğinin sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi için başvurması gereken temel araçların başında kavramın geldiği inkâr edilemez. Demek ki felsefeyi, sadece kavramsal bir düşünme etkinliği şeklinde tanımlamak yetmez; diğer kavramsal düşünme biçimlerinden, özellikle de bilimden ayırt etmek gerekir.

Kavramsal, sistematik ve kuramsal düşünme deyince kuşkusuz insanın aklına hemen bilim gelir. Tıpkı felsefe gibi bilim de kavramlara ihtiyaç duyar ve yine felsefeye benzer şekilde bulgularını, açıklamalarını, iddiaların belirli bir kuram çerçevesinde dile getirir. Nitekim diğer zihin etkinlikleri (örneğin sanat ve din) bir yana felsefenin en çok karıştırıldığı alan da bilimdir.

Bu arada kuramsal derken, hiçbir fayda gözetmeyen, sonuçları itibariyle değil de bizatihi kendi içinde değer taşıyan, salt kendisi için gerçekleştirilen bir düşünme etkinliğinin kastedildiği belirtilmelidir.

Bu yazıda hukuk felsefesinden ne anlaşılması gerektiği konusu ele alındığından felsefenin, diğer zihin etkinlikleriyle arasındaki ilişki üzerinde uzun uzadıya durmak yersizdir. Fakat en sorunlu konulardan biri olması sebebiyle felsefe ile bilim arasındaki ilişki üzerinde bir kaç söz söylenebilir.

Evet, bilim de tıpkı felsefe gibi kavramlarla iş görür ve bu işleyiş sistematiktir; üstüne üstlük yine felsefede görüldüğü gibi kuramlar ortaya koyar. Fakat bilimin bütün bu işleyiş düzeninde kullandığı temel yöntem deney ve gözlemdir. Deney veya gözlemle doğruluğu veya yanlışlığı gösterilemeyen hiçbir ifade geçerli kabul edilemez. Ayrıca her ne kadar kavramlara başvursa da bilimin araştırma ko-

nusu olgulardır. Yani, deney ve gözlemle bilgisi elde edilen nesnelerdir. Buna karşılık felsefenin üzerinde çalıştığı şey, olgular değil kavramlardır. Felsefe için kavram tali değil, asli niteliğe sahiptir. Keza yine bilimden farklı olarak felsefe deney ve gözleme başvurmaz. Deney ve gözlem, felsefe için en fazla birer veri kaynağıdır; yoksa bizi doğruya ulaştırmada başvurulması mutlak zorunlu temel yöntem değildir. Felsefenin ortaya attığı bir iddianın veya dile getirdiği herhangi bir önermenin doğruluğu, mantıksal çıkarıma dayalı bir akıl yürütmeyle sağlanır. Buna felsefi temellendirme de denilebilir. Sonuç itibariyle düşünce tarihinde çoğu zaman bir arada karşımıza çıksa ve sürekli birbirini desteklese de felsefe ve bilim, akıl yürütme tarzları, dayandıkları zemin ve başvurdukları yöntem bakımından iki farklı düşünme etkinliğidir.

Diğer kavramsal düşünme biçimlerinden (özellikle de bilimden), ayrıca sanat ve din gibi diğer zihin etkinliklerinden felsefeyi farklı kılacak ve aynı zamanda hukuk felsefesine de zemin hazırlayacak geçici bir felsefe tanımı şu olabilir: Felsefe, kavramlarla iş gören, mantıksal akıl yürütmelerle doğruya varmayı amaçlayan genel ve sistematik bir düşünme biçimidir.²

Her ne kadar yukarıdaki gibi tanımlanabilse de felsefenin aslında ne tür bir düşünme biçimi olduğu, sorduğu sorulardan daha iyi anlaşılır. Herhangi bir düşünme çabasını felsefi kılan, sorduğu soruların niteliği, diğer bir deyişle soru sorma biçimidir. Felsefenin sorduğu sorular, doğrudan gözlemlenemeyen, dış dünyada gösterilemeyen konulara yöneliktir; bu tür konuları anlamayı amaçlar. Bu yönüyle felsefenin soruları, "...nin anlamı nedir?"e indirgenebilir. Gündelik hayatta sorulan diğer soru biçimlerinden farkını ortaya koymak üzere felsefenin sorularına "sorun" veya "mesele" de denile-

2 Felsefenin nasıl tanımlanacağı meselesi için bkz. Arda Denkel, *Düşünceler ve Gerekçeler (Felsefe Yazıları) 1*, İstanbul, Göçebe Yayınları, 1997, s. 9-31.

bilir; felsefenin cevabını aradığı sorular, aslında çözümünü araştırılan sorunlar veya meselelerdir.³

Felsefe, kavramlarla gerçekleştirilen bir düşünme biçimiye şayet, “Nedir?”li sorular da belirli kavramlara yönelecektir. Bu açıdan felsefenin, kavramların anlamını sorgulayan bir etkinlik olduğu da rahatlıkla söylenebilir. Felsefenin, anlamını sorguladığı kavramlar ise öncelikle insanı çevreleyen dış dünyaya, birlikte yaşadığı diğer insanlara, kendisine ve nihayet evrene ve Tanrı’ya dairdir. Dolayısıyla felsefeyi, doğa, insan, toplum ve Tanrı gibi konularda girilen sorgulama etkinliği şeklinde de tanımlayabiliriz.

Biraz daha yakından bakıldığında felsefenin yukarıda belirtilen konularda sorduğu soruların, “varlık”, “bilgi” ve “değer” gibi üç temel alanla ilgili olduğu görülür. Felsefe, bir şeyin var olup olmadığını, şayet var olduğu kabul ediliyorsa ne tür bir varlık olduğunu, bu var olma durumunun bilinip bilinemeyeceğini, biliniyorsa nasıl bilinebileceğini ve bu var olma durumunun ne anlama geldiğini, belirli bir amaç taşıyıp taşımadığını ve nihayet bu sorular ve cevaplarının, insanın gündelik kararlarını, eylemlerini, tutum ve davranışlarını nasıl etkileyeceğini, kısaca hayatını ne ölçüde belirleyeceğini, yani insan hayatının bir değere hizmet edip etmediğini sorar.

Felsefe, işte bu ve benzeri soruları, belirli kavramlar eşliğinde, mantıksal akıl yürütmelere başvurarak doğru bir şekilde cevaplama-ya ve verdiği bütün cevapları bir kuram çerçevesinde ifade etmeye çalışan sistematik bir düşünme biçimidir.

[...]

3 Felsefeyi sorularından hareketle anlamaya çalışan bu tür bir yaklaşım için bkz. Nermi Uygur, *Felsefenin Çağrısı*, 6. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2012; Ş. Teoman Duralı, *Sorun Nedir?*, İstanbul, Dergah Yayınları, 2006.

Felsefeye dair yukarıdaki açıklamalar hukuk felsefesine de uyarlanabilir. Tıpkı felsefenin diğer alanları gibi hukuk felsefesinin konusunu da “Nedir?”li sorular oluşturur. Bu anlamda hukuk felsefesi şüphesiz ilk önce “Hukuk nedir?” sorusuyla başlamalıdır. “Hukuk nedir?” sorusu, felsefi terimlerle ifade edilirse “varlık” sorusudur, yani *ontolojik* bir sorudur; hukukun varlığını sorunsallaştırmayı amaçlar. Dolayısıyla hemen arkasından hukukun ne tür bir varlık olduğu sorusu gelir. Hukukun ne tür bir varlık olduğu sorusu, yukarıda da belirtildiği üzere “Hukukun anlamı nedir?” şeklinde de ifade edilebilir. Hukukun anlamını sorgulamak, aynı zamanda hukukun doğası veya özü hakkında düşünmeyi gerektirir. Bu durumda “Hukuk nedir?” sorusu, “Hukukun doğası nedir?” veya “Hukukun özü nedir?” şeklinde de sorulabilir. Hukukun anlamı, doğası veya özü hakkındaki bu sorular, aslında hukuk kavramının zorunlu unsurlarını tespit etmeye yöneliktir. Nitekim bir şeyin doğası veya özü dediğimizde zorunlu unsurlarının toplamını kastederiz. Zorunlu unsurlardan kastedilense bir şeye, o şey niteliğini kazandıran, diğer bir deyişle o şeyi o şey olarak kavramamızı sağlayacak unsurlardır. Bir şeyi, o şey olarak kavrayabilmek için öncelikle tanımlamamız gerekir. Dolayısıyla bir kavramın zorunlu unsurları, o kavrama ait “efradını cami, ağyarını mani” bir tanım için olmazsa olmaz unsurlarıdır. Demek ki bir şeye hukuk niteliğinin atfedilebilmesi, yani o şeyin hukuk olarak kavranabilmesi, kısaca tam ve mükemmel bir tanımının yapılabilmesi için zorunlu unsurlarının tespit edilmesi gerekir. Hukuk felsefesinin ilk ve en zor görevi de işte bu unsurların tespitidir.⁴

“Hukuk nedir?” sorusunu cevaplamak ilk bakışta kolay gibi görünür. Zira hukuk denilince akla hemen norm gelir. Fakat normun ve normatif düşüncenin ne olduğu o kadar da kolay cevaplandırıla-

4 Bu ve benzeri sorular çerçevesinde hukuk felsefesinin doğasına yönelik sorgulayıcı bir çalışma için bkz. Robert Alexy, “The Nature of Legal Philosophy”, *Jurisprudence or Legal Science? A Debate About the Nature of Legal Theory*, Sean Coyle, George Pavlakos (eds.), Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, s. 51-62.

mayabilir. Üstelik hukukun salt normdan oluşup oluşmadığı, yani hukuku hukuk kılan unsurun normatiflik olup olmadığı da kolayca cevaplanabilecek sorular değildir. Örneğin bir hukuk normunu kimin koyduğu veya kimin, nasıl uyguladığı veyahut da bu normun diğer normlardan (örneğin ahlâk normlarından) nerede farklılaştığı gibi sorular sorulmaya başlandığı andan itibaren, artık felsefi anlamda bir *sorundan* bahsedilmesi gerektiği söylenebilir. Böylece “Hukuk nedir?” sorusunun, “buyruktur”, “mahkeme kararıdır” veya “değerdir” şeklinde de cevaplanabileceği görülür. Dikkat edilirse cevaplar çeşitlendikçe hukukun *neliği* daha bir sorunsallaşmaktadır.

“Hukuk nedir?” sorusu bir kere cevaplanınca hemen arkasından bir dizi başka soru ve sorun sökün ediverir: “Hukuku nasıl bilebiliriz?” Bu soruyla asıl sorulmak istenen şudur: “Bir normatif ifadeyi *hukuki* kılan nedir?”. “Bir normun hukuk normu sayılabilmesi için gerekli koşullar nelerdir?” şeklinde de sorulabilecek bu soru, “Neyin hukuki olduğunu salt mantıksal akıl yürütmeye dayanarak bilebilir miyiz, yoksa bu soruyu cevaplayabilmek için mutlaka ampirik bilgiye mi başvurmalıyız?” sorularını da beraberinde getirir. Dahası, “Hukuk kuralları, bir mantıksal sistemin zorunlu parçaları mıdır, yoksa nedensellik ilişkisine dayalı doğal veya toplumsal süreçlerin bir ürünü müdür?” sorularının da kaynağını oluşturur. Kısaca hukuki bilginin doğası, niteliği ve kökeni hakkında bir sorgulamayı gerektiren bu tür sorular, bilgi sorularıdır; felsefi terminolojide ise *epistemolojik* sorular şeklinde isimlendirilir. Dolayısıyla bu sorulara verilecek cevaplar, hukuki önermelerin *doğruluk* değeri alıp alamayacağı sorusunun nasıl cevaplanacağını da belirleyecektir. Hukuk felsefesinde bir hukuki önermenin doğruluk değeri alıp almayacağı, *hukuki geçerlilik* terimiyle ifade edilir. Bu anlamda hukuki geçerlilik, yukarıda da belirtildiği gibi bir normun ne zaman hukuk normu sayılacağı, yani hangi koşullarda hukuken geçerli kabul edileceği, kısaca normatif bir hukuki önermeye doğruluk değeri atfetmede

başvurulacak ölçütlerin nasıl belirleneceği sorunudur. Hukuki geçerlilik sorunu, hâkimlerin herhangi bir davada, somut olaya uygun hukuk normunu tespit ederken ne tür bir düşünme ve karar sürecinden geçtiğini, bu süreçte hangi mantık kurallarını kullandığını, nasıl bir akıl yürütme yöntemine başvurduğu gibi konuları da kapsayan hukuki akıl yürütme genel başlığı altında ele alınabilir.

Demek ki hukuk felsefesinin “Hukukun doğası veya özü nedir?” şeklinde özetlenebilecek ontolojik nitelikte sorularının yanı sıra “Hukuku nasıl bilebiliriz?”e indirgenebilecek ve hukuki akıl yürütmeye ilişkin sorgulamalardan oluşan epistemolojik nitelikte soruları da vardır. Dikkat edilirse bu iki soruya verilecek cevaplar birbiriyle yakından ilişkilidir. Örneğin “Hukuk nedir?” sorusuna “normdur” şeklinde bir cevap verilirse “Hukuku nasıl bilebiliriz?” sorusuna verilecek cevap da ister istemez “akıl yoluyla bilebiliriz” şeklinde olacaktır. Zira “norm”, gözle görülebilir elle tutulabilir, yani deney ve gözlemle bilgisine ulaşılabilecek bir şey değildir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuk felsefesi, bu tür soruları cevaplarken varlık felsefesi (ontoloji) ve bilgi felsefesinden (epistemoloji) destek alır.

Nihayet varlık ve bilgi sorularının yanı sıra hukuk felsefesinin ilgilendiği diğer bir soru grubu da hukuk ile ahlâk arasındaki ilişkinin niteliği hakkındadır. Burada “Hukukun belirli bir ahlâki amacı var mıdır?”, “İyi hukuk – kötü hukuk ayrımından bahsedilebilir mi, eğer bahsedilebilirse hangi hukukun iyi, hangisinin kötü olduğunu nasıl bilebiliriz, bu konuda nasıl bir ölçüte başvurabiliriz?”, “Her pozitif hukuk sisteminin, uymak zorunda olduğu bir takım genel, evrensel ve akli ahlâk ilkeleri var mıdır?”, “Hukuk ile adalet arasında nasıl bir ilişki vardır?”, “Adil olmayan bir hukuk sistemi, hakiki anlamda bir hukuk mudur?”, “Hukuk, meşruiyetini nereden alır?”, “Hukuka itaat yükümlülüğü var mıdır?” gibi sorular ele alınır. Merkezinde iyi ve adalet gibi temel ahlâki değerlerin yer aldığı ve aslında “Hukukun değeri nedir?” sorusuna indirgenebilecek bu sorular, felsefi terimler-

le ifade edilirse *aksiyolojik* sorulardır. Dolayısıyla hukuk felsefesinin, siyaset felsefesi ve ahlâk felsefesi (etik) gibi alanlarla paylaştığı ortak konuların başında bu sorular yer alır.

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle hukuka yönelik herhangi bir kuramsal araştırmanın hukuk felsefesi niteliğini taşıyabilmesi için, “Hukuk nedir?” sorusunu merkeze alarak hukukun doğasını veya özünü anlamaya yönelik “Hukuk ne tür bir varlıktır?”, “Hukuk kavramının zorunlu unsurları nelerdir?” “Hukuku nasıl bilebiliriz?”, “Hukuki geçerlilik ne demektir?”, “Hukuki önermelerin doğruluğundan bahsedebilir miyiz?”, “Hukukun kendine özgü bir akıl yürütmesi var mıdır? Eğer varsa özellikleri nelerdir ve başta pratik akıl yürütme olmak üzere diğer akıl yürütme biçimleriyle ilişkisi nedir?”, “Hukukun, başta ahlâk olmak üzere diğer normatif düzenlerden farkı nedir?”, “Hukukun ahlâki bir amacı var mıdır?”, “İyi hukuk nasıl olmalıdır?” sonrasında “Adalet ile hukuk arasındaki ilişki nedir?” gibi hukukun varlığına, bilgisine ve değerine ilişkin sorular sormak suretiyle hukukun anlamını sorgulayan mantıksal akıl yürütmele- re dayalı, sistematik ve eleştirel bir düşünme biçimine sahip olması gerektiği söylenebilir. Hukuku konu alan herhangi bir kuramsal etkinlik de ancak yukarıdaki niteliklere sahip bir düşünme sürecinin eşlik etmesi koşuluyla felsefileşir. Böylece hukuk felsefesinin temel sorunları etrafında gerçekleştirilecek ileri seviyedeki tartışmalar için taraflara sağlıklı bir zemin de sunulmuş olur.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuka yönelik tek kuramsal araştırma ve düşünme biçimi hukuk felsefesi değildir. Nitekim bu yazının ilk cümlelerinde belirtildiği gibi hukuk fakültesi öğrencileri de dâhil hukukla ilgilenen hemen hemen herkesin en fazla zorluk çektiği konu da hukuka yönelik bu kuramsal araştırma ve düşünme biçimleri arasındaki farklardır. Dolayısıyla burada hukuk felsefesi dışındaki bu araştırma ve düşünme biçimlerinden de kısaca bahsetmekte fayda vardır.

[...]

Avukat, hâkim veya savcı gibi hukukun uygulama alanında iş gören, yani hukuka salt pratik amaçlarla, mesleki kaygılarla yaklaşan bir kişinin karşılaşacağı sorular çoğunlukla şunlardır: “Somut bir vakada kişinin gerçekleştirdiği eylem, Ceza Kanunu’nda yer alan suçlardan hangisine girer?”, “Kişi suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirirken kasıtlı mı, yoksa taksirle mi hareket etmiştir?”, “Kişinin suç oluşturan eylemi herhangi bir sebeple yarıda kalmışsa bu, eksik teşebbüs mü, yoksa tam teşebbüs mü sayılır?”, “TBMM’nin çıkardığı bir kanun Anayasa’ya uygun mudur?”, “İdarenin şu veya bu eylemi kusurlu mudur, kusurluysa bu eyleme karşı hangi dava yollarına ve nasıl başvurulur?”, “Evlenme için kanunda öngörülen yaşın altındaki kilerin evlenmeleri hangi koşullarda geçerlidir?”, “Bir kişinin, başkasına yönelik sarf ettiği hakaret içerikli konuşmalar ne zaman hakaret suçu, ne zaman sövme suçun oluşturur?”, “Peki, hakaret suçuna karşı talep edilen maddi ve manevi tazminatın miktarı nasıl belirlenir?”, “Bir kişi ne zaman tüccar unvanını kazanır?”, “Bir işletme ne zaman ticari işletme sayılır?”

Dikkat edilirse bu tür soruların, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk veya ticaret hukuku gibi belirli bir hukuk dalını ilgilendirdiği görülür. Bu ve benzeri sorularla karşılaşan bir avukatın yapması gereken, öncelikle ilgili kanunlara bakmaktır. Kanunlarda aradığını bulamazsa en fazla, söz konusu hukuk dallarına ait konuların ele alındığı kitapların sayfalarını karıştırmaktır. Bir avukatın, hâkimin veya savcının önündeki olaya ilişkin bir sorunu çözerken başvurduğu kaynaklar, anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk veya ticaret hukuku gibi farklı hukuk dallarında yazılan işte bu kitaplardır. Çoğu zaman bu kitaplar bir hukuk uygulayıcısının sorununu çözmede yeterlidir.

Daha çok bir hukuk uygulamacısının meslek hayatında karşılaşabileceği sorunları çözmesine yönelik bu tür bir kuramsal araştır-

ma ve düşünme etkinliğine “dogmatik hukuk öğretisi” veya “dogmatik hukuk bilimi” ismi verilir. Yine rahatlıkla görüleceği üzere bu tür bir araştırma ve düşünme etkinliğinin konusunu, belirli bir ülkede yürürlükte olan hukuk kuralları, kısaca o ülkenin pozitif hukuku oluşturur. Avukat, hâkim veya savcının, herhangi bir somut olaya uygun hukuk kuralını bulup, doğru bir şekilde uygulayabilmesini kolaylaştırmayı amaçlayan “dogmatik hukuk bilimi”, hukukun norm boyutunu merkeze alır ve bir hukuk sistemine ait normların salt mantıksal akıl yürütmeyele tespit edilmesinden ibarettir.

Bazen, belirli bir somut olaya hangi hukuk kuralının uygulanacağına tespitinde bir takım güçlüklerle karşılaşılır. Uygulanacak kural, aynı hukuk sistemi içerisindeki diğer bir kural veya kurallarla çelişebilir. Söz konusu kuralın yürürlükte olup olmadığı veya yürürlükten kalkıp kalmadığı ilk bakışta anlaşılamayabilir. Keza yine somut olaya uygulanacak açık bir kural bulunamayabilir veya aynı olaya birden fazla kural uygulanabilir. İşte bu tür durumlarda salt kanunlara veya ilgili hukuk dalına ait kitaplara bakılarak sorunun çözülmesi mümkün değildir; daha farklı bir araştırmaya girişmek, farklı bir düşünme biçimine başvurmak gerekir. Tek bir hukuk dalıyla sınırlı kalınmamalı, ilgili hukuk sisteminin (yani pozitif hukukun) bütününe bakılmalıdır. Hatta sadece belirli bir ülkenin pozitif hukukunu değil, başka ülkelerin pozitif hukuklarını da dikkate alma, bu farklı hukuk sistemlerini karşılaştırma ihtiyacı doğabilir. Tek bir hukuk dalıyla sınırlı kalmayan, o ülkenin hukuk sisteminin tamamını dikkate alan, bunun yanı sıra başka pozitif hukukları da göz önünde bulunduran, kısaca pozitif hukuka ilişkin genel bir bakış açısı geliştirmeyi amaçlayan bu araştırma biçimine “genel hukuk kuramı” denilir. Burada araştırmacı, tıpkı dogmatik hukuk bilimindeki gibi yine pozitif hukuk içerisinde iş görür. Araştırma konusu yine *norm*dur. Keza yine salt *mantıksal akıl yürütmeye* başvurarak çalışır. Fakat dogmatik hukuk biliminden farklı olarak, kendisini tek bir

hukuk sistemiyle ve bu hukuk sistemine ait normların uygulanacağı somut olaylarla sınırlandırmaz. Normun bizatihi kendisi hakkında düşünür. Farklı norm türleri arasındaki ilişkileri, bu ilişkilerde geçerli olan ilkeleri araştırır. Somut olayın çözümünde başvurulacak farklı yorum yöntemlerini inceler. Karşılaştırmalı hukukun verilerinden istifade etmek suretiyle şu an yürürlükte olan bütün pozitif hukuklar arasındaki benzerlikleri ve ortaklıkları tespit ederek temel bir takım ilkelere varmaya çalışır. Bu anlamda dogmatik hukuk bilimi, fizik, kimya, biyoloji gibi belirli bir bilim dalına; genel hukuk kuramı ise fizik, kimya veya biyoloji biliminin genel ilkelerini ve yöntem sorunlarını araştıran genel fizik kuramı, genel kimya kuramı veya genel biyoloji kuramına benzetilebilir.

Genel hukuk kuramı (veya hukuk genel kuramı), Avusturyalı ünlü hukuk felsefecisi Hans Kelsen (1881-1973) tarafından geliştirilen “saf hukuk kuramı”nın etkisiyle XX. yüzyılın ilk yarısında daha çok Kıta Avrupası hukukçuları arasında kabul gören, fakat günümüzde pek ilgi çekmeyen, dolayısıyla üzerinde çok çalışılmayan, bu yüzden de bağımsız bir akademik disiplin niteliği kazanamamış bir araştırma alanıdır. Ülkemizdeki en önemli temsilcisi ise Kemal Gözler’dir.⁵

Hukuka yönelik kuramsal araştırmalar, pozitif hukuktan kaynaklanan sorunların çözümünü amaçlayan dogmatik hukuk bilimi ve genel hukuk kuramıyla sınırlı değildir şüphesiz. Öyle sorular ve sorunlar vardır ki hukukun uygulanmasından kaynaklansın veya kaynaklanmasın, salt pozitif hukuka bakarak çözülemez. Bu sorunların çözümü herhangi bir pratik amaca matuf değildir. Bu tür

5 Kemal Gözler’in *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (Ankara, US-A Yayıncılık, 1998) isimli kitabı, genel hukuk kuramı alanında yazılan kitapların yetkin bir örneğini oluşturur ve bu konuda büyük bir kırsırlığın yaşandığı Türk hukuk literatürüne katkıları yadsınamaz. Keza Yasemin Işıktay’ın yazdığı *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması* (2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004) da bu alan için örnek gösterilebilir.

sorular, yürürlükte olan veya olmayan bütün pozitif hukuklar için geçerli olduğu kadar, pozitif hukukların ötesinde veya dışında da anlam ifade eder. Hatta ne kadar pozitif hukuklardan bağımsızlaşırsa o ölçüde önem kazanır. Burada artık tek bir hukuk sisteminden veya mevcut bütün hukuk sistemlerinden, yani kısaca pozitif hukuktan değil, hukukun bizatihi kendisinden, *hukuk kavramından* bahsetmeye başlarız. Hukuk kavramından bahsetmek ise yukarıda da belirtildiği gibi “Hukukun anlamı nedir?” sorusunu gündeme getirir. İşte hukuk kavramına, hukukun anlamına yönelen bu tür bir araştırma ve düşünme biçimi felsefi niteliği haizdir. Bu tür bir araştırma ve düşünme etkinliği “hukuk felsefesi” ismini hak eder.

Dogmatik hukuk bilimi ve genel hukuk kuramından farklı olarak hukuk felsefesinin konusunu, normlar değil kavramlar oluşturur. Şüphesiz hukuk normu da hukuk felsefesinin konuları arasında yer alır. Fakat burada hukuk normu, bir hukuk sistemini oluşturan unsurlardan biri olarak değil, normatif düşünceye temel teşkil eden bir kavram olarak ele alınır. Üstelik hukuk felsefesinin konuları arasında normun yanı sıra hukuki geçerlilik, zor kullanma, buyruk, hak, adalet vb. başka kavramlar da yer alır. Hukuk felsefesinin bütün bu kavramları ele alırken başvurduğu yöntem ise felsefenin diğer alanlarında da görüldüğü gibi mantıksal akıl yürütmeye dayalı *temellendirmedir*. Yukarıda verilen tanım hatırlanacak olursa felsefe, mantıksal akıl yürütmeye dayanarak iddialarının doğruluğunu ispatlamaya çalışan sistematik bir düşünme biçimidir ki felsefi temellendirmeden kastedilen de işte bu doğruluktur. Dolayısıyla bir felsefe dalı olan hukuk felsefesi de kavramlarını ele alırken bu tür bir temellendirmeye başvurmak zorundadır.

Dogmatik hukuk bilimi ve genel hukuk kuramı, hukukun normatif niteliğini açığa çıkarırken hukuk felsefesi kavramsal yönü üzerinde durur. Fakat hukukun bir de toplumsal yönü vardır. Hukuk, aynı zamanda toplumsal bir olgudur. Tarihsel ve toplumsal koşulla-

rın bir ürünüdür. Dolayısıyla hukuka yönelik kuramsal bir araştırma hukukun bu yönünü de dikkate almak zorundadır. Bu yönüyle hukukun, tarih-toplum-kültür araştırmalarının konusu olduğu söylenebilir. Tarihsel, toplumsal ve kültürel yönünü merkeze alarak hukuka yönelen bu kuramsal araştırmaların başında “hukuk tarihi”, “hukuk sosyolojisi” ve “hukuk antropolojisi” gelir. Bu araştırma türlerinin konusu biraz önce de belirtildiği gibi toplumsal bir *olgu* olarak hukuktur. Yani burada araştırmanın kalkış noktası, ne dogmatik hukuk bilimi ve genel hukuk kuramındaki gibi norm ne de hukuk felsefesindeki gibi kavramdır; hukukun olgusal yönüdür, kısaca *olgudur*. Dolayısıyla bu araştırmaların yöntemi de salt mantıksal akıl yürütme veya felsefi temellendirme değil, diğer bilimsel araştırmalardaki gibi *deney* ve *gözlem*dir. Nitekim hukuk hakkındaki bilimsellik iddialarının en güçlü dile getirildiği alan da bu araştırmalardır.

Hukuka yönelik kuramsal çalışmalar son yıllarda oldukça çeşitlenmiş, birbirinden farklı disiplinler ortaya çıkmış, bu disiplinler kendi içlerinde alt disiplinlere ayrılmış, böylece ortaya muazzam genişlikte bir araştırma sahası çıkmıştır. Bu geniş araştırma sahasının en önemli özelliklerinden biri ise disiplinler arası çalışmalara imkân tanınmasıdır. Günümüzde artık “hukuk ve toplum çalışmaları”, “feminist hukuk kuramı”, “hukuk ve edebiyat çalışmaları”, “eleştirel hukuk çalışmaları”, “postmodern hukuk kuramı”ndan bahsedilmekte, dogmatik hukuk bilimi, genel hukuk kuramı ve hukuk felsefesinden ziyade bu tür araştırmalara daha fazla ilgi duyulmaktadır. Dolayısıyla bütün bu araştırma alanlarını da kapsayacak şekilde hukuka yönelik her türlü kuramsal çalışmayı kısaca “hukuk kuramı” başlığı altında ele almak pekâlâ mümkündür. Nitekim hukuka yönelik felsefi düşüncenin son derece teknik hale geldiği ve uzmanlaştığı Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson ülkelerinde hukuk felsefesi alanında yazılan kitaplarda, hem doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve hukuki realizm gibi klasik hukuk felsefesi akımlarının, hem de yukarıda

belirtilen yeni araştırma alanlarının bir arada ele alındığı, bütün bu farklı kuramsal yaklaşımları tek bir başlık altında toplayacak şekilde İngilizce “*legal theory*” veya “*jurisprudence*” kelimeleriyle karşılanan *hukuk kuramı* teriminin tercih edildiği görülmektedir.

[...]

Burada son olarak Raymond Wacks’ın *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* isimli kitabı hakkında da bir kaç söz söylemek gerekir.

Hukuk felsefesi hakkında giriş niteliğinde bir kitap yazılırken iki farklı yöntem kullanılabilir. Bu yöntemlerden ilkinde hukukçu olsun veya olmasın hukuk üzerine düşünen belli başlı felsefecilerin görüşleri, belirli bir sistematik takip edilmek suretiyle incelenir. Eğer bu felsefeciler, kendi aralarında farklı okullar oluşturusaydı bu okullar ayrı ayrı ele alınır ve genel özellikleri belirtilir. Gerek okullar şeklinde incelensin gerekse tek tek ele alınsın hukuk felsefecilerinin görüşlerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlayan tarihsel ve toplumsal koşullar üzerinde durulur. Böylece hukuk felsefesinin tarihi gelişimi hakkında okuyucuda belirli bir fikrin doğması amaçlanır. Hukuk felsefesi tarihi olarak da isimlendirilebilecek bu yöntem, hem Türkiye’de hem de dünyanın pek çok ülkesinde bugün en yaygın kullanılan yöntemdir.

Bu yöntemle yazılan kitaplara bakıldığında Platon’dan başlamak üzere sırasıyla Eski Yunan, Roma İmparatorluğu, Ortaçağ, Yeniçağ, Aydınlanma ve sonrası dönemlerinden çeşitli filozof veya düşünürler seçilip hukuk hakkındaki görüşleri ele alındığı, ardından çağdaş hukuk felsefesinden (çoğu zaman Anglo-Sakson hukuk çevresinden) seçilen örnekler üzerinde durulduğu görülmektedir. Yine aynı yöntemle yazılan diğer bir kısım kitapta ise hemen hemen aynı isimler öne çıkmakta, fakat bu filozof veya düşünürlerin görüşleri okullara ayrılarak incelenmektedir. Burada izlenen sıra, tarihsel açıdan daha eski olduğu düşünüldüğünden önce “doğal hukuk okulu,” ardından “pozitivist hukuk kuramı” ve nihayet “hukuki realizm”

şeklinde. Son olarak da “eleştirel hukuk çalışmaları” başlığı altında nispeten daha yakın dönemlerde geliştirilen farklı görüşlere değinilir. Bu yöntemle yazılan hukuk felsefesine giriş kitaplarının bir kısmında ise söz konusu okulların ortaya çıkmasında rol oynayan tarihsel, toplumsal, ekonomik ve siyasal koşullar da incelenir. Bu tür bir incelemenin de eşlik ettiği söz konusu hukuk felsefesi tarihi çalışmaları, bir yandan hukuk düşüncesinin geçirdiği evreleri gösterir, diğer yandan da farklı hukuk sistemlerinin temelinde yer alan düşünsel ve kültürel unsurları anlamamızı sağlar. Bu yönüyle de birer kültür tarihi araştırması sayılırlar. Hayli zengin bir tarih bilgisine, felsefe tarihine ilişkin bütüncül bir bakış açısına ihtiyaç duyulan bu tür çalışmaların sayısı hem ülkemizde, hem de dünyada maalesef çok değildir.⁶

Bir hukuk felsefesine giriş kitabı yazılırken başvurulacak ikinci yöntem ise hukuk felsefesinin temel sorunlarını ele alıp tamamen analitik bir yaklaşımla incelemektir. Burada tek tek filozof veya düşünürlerden ziyade bazı hukuki kavramlar üzerinde durulur, bu kavramlarla ilişkili temel felsefi sorunlar tespit edilir; filozof veya düşünürlerin görüşleri, bu kavramlar ve sorunlar bağlamında tartışılır. Aslında burada okuyucu, hakiki anlamda felsefi bir düşünmeye davet edilir. Okuyucuya hukuk hakkında felsefi bir bakış açısıyla düşünme, hukuki sorunlara felsefi bir akıl yürütmeye yaklaşma becerisi kazandırılmaya çalışılır.

Bu yönetime başvurularak hazırlanan giriş kitaplarında öncelikle

6 Roger Cotterrell'in *Politics of Jurisprudence (A Critical Introduction to Legal Philosophy)* (2nd ed., Oxford University Press, 2009) isimli kitabı kısmen bu tür bir yöntemle yazılmıştır. Hukuk sosyologu kimliğinin de etkisiyle Cotterrell, bu kitapta Anglo-Sakson hukuk çevresinde geliştirilen hukuk felsefesi kuramlarını, İngiltere'nin ve ABD'nin geçirdiği siyasi dönüşümler ve rejim değişiklikleri çerçevesinde ele almaktadır. Her ne kadar sadece siyasi koşulları dikkate alıp, ekonomik, toplumsal, dinsel ve kültürel koşulların etkisine değinmese de modern hukuk felsefesi kuramlarının tarihselliğini göstermesi açısından dikkate değerdir. Bu yönüyle alışıldık hukuk felsefesi kitaplarından farklı bir yaklaşım sergilemektedir.

hukuk felsefesinin yukarıda belirtilen varlık, bilgi ve değer alanına ilişkin temel sorunları tanıtır. Norm, normatif düşünce, buyruk, zor kullanma, müeyyide, hukuki geçerlilik, hukuki meşruiyet, hak ve adalet gibi bir takım hukuki kavramlara ilişkin sorunlar tartışılır. Bu sorunlar hakkında ileri sürülen farklı çözümlerden bahsedilir. Sorunlardan ve kavramlardan hareket ederek yazılan ve “problematik hukuk felsefesi” terimiyle ifade edilen bu tür çalışmalar, tek tek filozof veya düşünürlerin veyahut da farklı okulların görüşlerini merkeze alarak hazırlanan hukuk felsefesi kitaplarına kıyasla çok daha yoğun ve derinliklidir. Hayli gelişmiş bir felsefi akıl yürütme becerisini, titiz ve dikkatli bir okuma ve düşünme sürecini gerektirir. Hem yazarından, hem de okuyucusundan büyük bir sabır ve özveri ister. Hukuk felsefesinin yüksek derecede teknikleşip uzmanlaştığı Avrupa ve ABD gibi yerlerde örneklerine rastladığımız bu türden çalışmalar ne yazık ki ülkemizde yok gibidir.⁷

Raymond Wacks’ın söz konusu kitabına gelince öncelikle şunu belirtmek gerekir: Yukarıda bahsedilen hukuk felsefesine giriş kitaplarından farklı olarak Wacks’ın bu çalışmasının akademik bir nitelik taşımadığı, hukuk uygulayıcılarına ve hukukçu olmayanlara hukuk felsefesini tanıtmayı amaçladığı söylenebilir. Biraz da bu akademik yükten uzak durmanın getirdiği rahatlıkla kitabın serbest bir yöntemle yazıldığı görülmektedir. Wacks, hem doğal hukuk okulu, hukuki pozitivizm, hukuki realizm gibi belli başlı hukuk felsefesi okullarını ele almakta, hem de hak ve adalet gibi temel hukuki kavramlar hakkındaki felsefi tartışmalardan bahsetmektedir. Bu noktada ne söz konusu hukuk felsefesi okullarının temel görüşlerini tüketmeyi, ne de hukuk felsefesinin bütün sorunlarını incelemeyi hedeflemektedir. Buna rağmen konusunu, gereksiz ayrıntılara girmeden, fakat

7 Bu tür bir yöntemle yazılan hukuk felsefesi kitaplarına en güzel örnek Richard A. Posner’ın *The Problems of Jurisprudence* (4th ed., Harvard University Press, 1994) isimli çalışmasıdır.

hiçbir temel noktayı da es geçmeyecek şekilde, gayet kolay anlaşılır yalın bir dille aktarabilen, bu arada basite de kaçmamaya özen gösteren, yani kısaca amacını gerçekleştiren bir giriş çalışması olduğu söylenebilir.

Her ne kadar örneklerini neredeyse tamamen Anglo-Sakson hukuk sisteminden seçmesi; Max Weber ve Karl Marx gibi, bir hukuk felsefesi kitabından çok bir hukuk sosyolojisi kitabında yer alması daha uygunmuş gibi duran isimlere yer vermesi; Jacques Lacan, Michel Foucault ve Jacques Derrida gibi günümüzün en tartışmalı, en zorlu ve hukuk felsefesi içerisindeki yerinin tespiti pek de kolay görünmeyen filozof ve düşünürlere ayrılmış bölümlerin çok tatminkâr olmaması; postmodern hukuk kuramı, feminist hukuk kuramı ve eleştirel ırk çalışmaları başlıklı alt bölümlerin ise fazla yüzeysel kalması, başarısını gölgede bırakıyormuş gibi gözükse de Wacks'ın bu çalışmasının, hukuka yönelik geniş bir kuramsal araştırma sahasını en azından temel tartışma konuları itibariyle tanıtmayı başaran derli toplu, bütünlüklü bir giriş kitabı olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir.

Bu yazıyı bitirmeden önce, dikkat çekici son bir nokta üzerinde daha durmak gerekir. *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* isimli bu kitabın hukuk fakültelerinde hukuk felsefesi derslerinde kullanılmak üzere yazılmadığı yine yazarın kendi ifadelerinden anlaşılmaktadır. Wacks, hukuk felsefesine giriş niteliğindeki asıl kitabının *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* olduğunu söylemektedir. Burada okuyucunun aklına, yazarın niye bu kitabının değil de diğerinin çevrildiği sorusunun gelmesi gayet normaldir. Aynı yazar tarafından biri hukuk fakültelerinde okutulmak, diğeri hukukçu olmayan sıradan okuyuculara hukuk felsefesini tanıtmak olmak üzere iki farklı hukuk felsefesi kitabının yazılması hakikaten düşündürücüdür. Bu durumda Türkçe hukuk felsefesi ders kitapları ile Wacks'ın sıradan okuyucu için yazdığı bu kitabı karşılaştırmanın,

hayli ilginç sonuçlar vereceği söylenebilir. Nitekim bırakın hukuk felsefesini, genel bir felsefe bilgisi ve kültürünün bile çok düşük düzeyde seyrettiği ülkemizde, Wacks'in bu kısa ama yoğun çalışması, hukuk fakültesi öğrencilerinin, hukuka, pratik kaygılar dışında da *yaklaşılabileceğini*, daha da önemlisi bir hukukçunun bu tür kaygılardan uzak şekilde hukuka *yaklaşması gerektiğini* görmesi açısından çok daha faydalı olacaktır. Böylece çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarına girebilmenin, hatta bu tartışmalara Türkçe katkı sağlayacak nitelikli çalışmalara imza atabilmenin önündeki ilk ve en önemli engelin, yani hukuk felsefesinin ne anlama geldiği, ne işe yaradığı konusundaki belirsizliğin aşılmasının yolu da açılacaktır.

Yrd. Doç. Dr. Sercan Güler

ÖNSÖZ

KISA ve öz olmak, genellikle hukuk ve onun uygulayıcıları ile bağdaştırılmayan bir erdemdir. Hukuk literatürü de, hacimli ve uzun olmaktan pek kaçınmaz. Hukuk kitapları ağırdır; hukuk felsefesi ciltleri de kalın ve büyük olmaya meyillidir. Belki de bu kaçınılmaz bir kusurdur. Gerçekten de, benim en son ders kitabım olan *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* [Hukuk Bilimini Anlamak: Hukuk Kuramına bir Giriş], tartıda 600 gram çekiyor ve neredeyse 400 sayfa uzunluğunda.

Ancak bu seri [Oxford Yayınları, kısa bir giriş serisi], yazarlarını (kitabın konusunu aşırı basitleştirmeden) yazılarını inceltmek, sıkıştırmak ve kısaltmak zorunda bırakıyor. Hukuk felsefesinin esaslarını damıtmak (her ne kadar tamamen don kişotvari olmadığını umsam da) pek tabii ki iddialı bir iş. Bu ince kitabın amacı, genel okur için hukuk felsefesinin merkezi sorularına cevap ararken kullanılabileceği canlı ve erişilebilir bir kılavuz sunmaktır. Bu kılavuz ona, çoğunlukla tarif edilmesi kolay olmayan hukuk kavramını ve onun evrensel adalet, haklar ve ahlak soruları ile olan ilişkisini aydınlatma arayışında yardımcı olacaktır.

Tüm taslak metni okuyan, çeşitli faydalı yorum ve önerilerde bulunan University College London hukuk felsefesi profesörü Stephen Guest'e şükranlarımı borç bilirim. Ancak tabii ki, bu sayfalarda benim işlediğim kabahatler için, müşterek davalı olarak o da itham edilmemelidir.

Her zamanki gibi, Oxford Üniversitesi yayınları kadrosu ile birlikte çalışmak bir keyifti. Marsha Fillion, James Thompson, Deborah Protheroe ve Jane Robson'a özellikle minnettarım.

Sevgisi, teşviki ve desteği için, sözü kanun olan eşim Penelope'ye de büyük bir gönül borcum var.

Raymond Wacks

GİRİŞ

HUKUK nadiren gündemden düşer. Sık sık tartışmaları tetikler. Hukukçular ve siyasetçiler, hukukun üstünlüğünün erdemlerini göklere çıkarırken; reformcular, onun kusurlarından yakınır ve şüpheciler, onun iddia edilen adalet ile olan denkliğini sorgular. Ancak hepsi, hukuku bir toplumsal değişim aracı olarak kabul ederler. Ve pek azı, hukukun toplumsal, ahlaki ve ekonomik hayatımızdaki merkezi rolünden şüphe eder.

Peki, bu hukuk denilen şey nedir? Doğa ile uyumlu olan evrensel bir ahlak ilkeleri dizisinden mi ibarettir (1. bölüme bakınız)? Veya çoğunlukla insan yapımı olan, geçerli kurallar, emirler veya normlar derlemesi midir? (2. bölüm) Hukukun bireysel hakları korumak (3. bölüm), adalete (4. bölüm) veya ekonomik, siyasi ve cinsel eşitliğe erişmek (6. bölüm) gibi belirli bir amacı var mıdır? Hukuk, toplumsal bağlamından ayrılabilir mi (5. bölüm)?

Bunlar, hukukun işlevini ve kavramın anlamını açığa çıkarmaya çalışan biri için pusuda bekleyen sadece birkaç sorudur. Bu sorular, hukuk felsefesi peyzajının cömert sınırları içine işlemiştir. Bu engin arazinin haritasını çıkarmak ürkütücü bir iştir. Önümüzdeki sayfalarda, bu topografyanın ancak en önemli özelliklerini tespit etmeyi umabilirim. Bu maksatla, önde gelen hukuk kuramları üstüne vurgu yaptım; çünkü bunlar, klasik ve çağdaş hukuk felsefesi görüşlerine en uygun girişi temin ediyor.

Bu yaklaşım, hiçbir şekilde hukuk felsefesi alanının, pek çoğuna rahat vermeyen, kavramsal ve tanımsal problemleri aydınlatmayı amaçlayan stratejiyi değersizleştirme niyetinde değildir. Gerçekten de 4. bölüm, bu problemlerin en önemli ve zor olanlarından ikisine ayrılmıştır: Haklar ve adalet. Hukukçuların karşılaştığı başka kültürel meselelerin içinde ‘emsal karar ilkesi’ (bu ilke doğrultusunda mahkemeler, kendilerinden yüksek mahkemelerin kararlarını takip etmekle yükümlüdür), hukuka itaat etme ahlaki ödevinin olup olmadığı sorusu, hukuki kişilik kavramı, illiyet ve sorumluluğun karmaşıklıkları ve çeşitli cezalandırma kuramları vardır. Hepsinin hukuk kuramının geniş alanı içinde bir yeri vardır. Bunlardan bazıları takip eden bölümlerde dolaylı olarak dikkate alınacak olsa da; bunlar bu sayfaların mütevazı hedeflerinin ötesinde yer alır.

Bu kitap, *hukuk felsefesine* çok kısa bir giriş vaat etse de; bu ifadeyi hukuk kuramı ve hukuk bilimi [*jurisprudence*] yerine de kullanıyorum. Ancak kelimenin tam anlamı itibariyle ‘hukuk bilimi’, hukukun en yüksek seviyede soyutlanmasındaki kavramsal analiz ile ilgilenir (örneğin, bir hakkın veya bir ödevin doğası hakkındaki sorular, hukuki akıl yürütme gibi şeyler ile ilgilenir ve genellikle maddi hukuk disiplinlerinin içinde anılır). ‘Hukuk kuramı’ ise, genellikle profesyonel hukukçuların anladığı hukukun sınırlarının ötesindeki kavramsal sorgulamaları ifade etmek için kullanılır (örneğin, hukuki egemenliğe Marksist yaklaşım gibi). Hukuk felsefesi, isminin de belirttiği gibi, normal olarak felsefe disiplininin duruş noktasından ilerler (örneğin, ahlak ve siyaset felsefecilerinin aklını meşgul edebilecek, özgürlük veya otorite kavramları gibi problemleri çözme-ye çalışır). Ama çağdaş yazarlar bu ayrımlara fazla ilgi göstermeme eğilimindedirler; modern hukuk felsefesi arazisinin etrafında az sayıda çit vardır.

Hukuk kuramı, hukukun uygulama sahasından oldukça farklıdır. Bununla birlikte, düzenli bir televizyon fenomeni haline gelmiş

sansasyonel (gerçek veya kurgulanmış) ceza davaları bile hukuk felsefecilerini tipik olarak heyecanlandıran hukukun özelliklerini kapsar. Hukuk felsefecileri; hukuki sorumluluk, cezanın meşruluk temelleri, zarar kavramı, hukukun işlevi, usul hukuku ve bunun gibi daha birçok garip sorunsalı ortaya koyar. Hukuk felsefesi kolayca görülebileceği üzere, nadiren soyut veya pratik olmayan bir uğraştır.

Hiçbir toplum, o toplumun tutarlı bir hukuk ve hukuk doktrini anlayışı olmaksızın esaslı bir şekilde anlaşılamaz veya açıklanamaz. Bunları açıklayan ve tespit eden hukukun toplumsal, ahlaki ve kültürel temelleri ile bunları hem ortaya koyan hem de izah eden kuramlar, hukukun 'siyah harflerinden' daha az önemli değildir. Hukuk kuramının büyüklüğü içindeki birçok konu arasında hukukun tanımı da vardır. Hukukun doğasını keşfetmeye başlayabilmemizden önce, bu sıkça ifade edilmesi güç bulunan kavrama ne anlam verdiğimizizi açıklamamız gerektiği makul görünmektedir. Hukuk ve hukuk sistemi analizimize, konuştuğumuz şey hakkında ortak bir anlayış olmaksızın başlayamayız. Betimleyici ve normatif hukuk kuramının ayırdına varmak yapıcı bir ilk adım olacaktır.

Betimleyici hukuk kuramı; hukukun ne olduğunu, nedenini ve sonuçlarını açıklamayı amaçlar. Normatif hukuk kuramları ise diğer yandan, hukukun ne olması gerektiği ile meşguldür. Bir başka ifadeyle, betimleyici hukuk kuramları olgularla, normatif kuramlar ise değerlerle ilgilidir. Betimleyici hukuk kuramının üç temel çeşidi vardır. Birincisi, 'dogmatik yaklaşım', belli bir hukuk dogmatizmini aydınlatmak için bir kuram ileri sürer. Örneğin ifade özgürlüğü; özgür ifadenin sınırları üzerine verilen mahkeme kararları ile meşrulaştırılabilir. Dogmatik hukuk kuramı 'Bu davalar bazı altta yatan kuramlarla aydınlatılabilir mi?' gibi sorulara yanıt bulmayı amaçlar. İkinci olarak, betimleyici hukuk kuramı 'açıklayıcı' olabilir; hukukun neden olduğu gibi olduğunu açıklamaya çalışır. Marksist

hukuk kuramı örneğin, bu anlamda açıklayıcıdır; çünkü hukukun egemen sınıfın menfaatlerini ifade eden bir tarifini sunar (5. bölüme bakınız). Betimleyici hukuk kuramının bir üçüncü biçimi, belli bir hukuk kuralları dizisinden çıkacak muhtemel sonuçlarla ilgilenir. Örneğin, hukukun ekonomik analizi (4. bölüme bakınız), motorlu araç imalatçılarının kusursuz sorumluluk rejimi uygulanmasının muhtemel maliyetlerini ölçebilir.

Buna karşılık, normatif hukuk kuramı değerlerle ilgilidir. Örneğin bir normatif kuram, tüketicileri korumak için motorlu araç imalatçılarının kusursuz sorumluluk rejiminin benimsenmesinin gerekip gerekmediğini saptamaya çalışır. Bunu yapmak haklı veya adil olur mu? Normatif hukuk kuramları bu nedenle ahlak ve siyaset kuramları ile ilişkilendirilme eğilimindedirler. Hukukun değerlendirilmesi arayışında, normatif hukuk kuramları 'ideal' veya 'gayrı ideal' olabilirler. İdeal kuramlar, eğer politik olarak gerçekleştirilebilirse, olabilecek en iyi hukuk sistemini yaratan hukuk kuralları ile ilgilidir. Gayrı ideal kuramlar, bu kuralların icra edilmesinin zorluğu gibi hukuk kurallarının seçiminde bir sınırlamalar grubunun var olduğunun kabulünden hareketle kendi analizini kurar.

Ama bu iki hukuk felsefesi kategorisi arasında kesin hatları olan bir ayrım yoktur. Normatif bir kuram, etkisini arttırmak için betimleyici bir kurama dayanabilir. Bu nedenle, faydacı normatif kuramı (4. bölüme bakınız), belli bir kural uygulamasının sonuçlarının betimleyici açıklamasını yapmadan ayakta tutmak zordur. Bir faydacı, X kuralının olabilecek en fazla mutluluğu (Y sonucunu) yaratıp yaratmadığını bu sonuçların bir betimlemesi olmadan nasıl bilebilir? Benzer şekilde, betimleyici bir kuram, diyelim ki, bir hukuk reformunun başarı olasılığı hakkındaki tahminleri ile bu reforma hayat veren normatif hukuk kuramını frenleyebilir.

Normatif ve betimleyici kuramların, melez hukuk felsefesi türleri elde etmek için nasıl aşılanabileceği de görülecektir (3. bölümde).

Ronald Dworkin'in 'bütünlük olarak hukuk' kuramında örneğin, betimleyici dogmatik kuram ile normatif kuramın amaçlarının bir alaşımı vardır. Bir hukuk kuramının hukuki malzemeye hem 'uyması' hem de onu 'meşrulaştırması' gerektiği iddiasında bulunmuştur. Bu şekilde, yorumlayıcı bir anlayış olarak onun hukuk kuramının, betimleyici dogmatik kuramın normatif kuram ile bütünleşmesine olanak verdiği gözükmektedir.

Sıkıntılı, insafsız bir dünyada yaşıyoruz. Muhtemelen her zaman da böyle olmuştur. Kötülük ve adaletsizliğin karşısında hukukun gerçek doğası ve işlevi üzerine düşünüp taşınırken, anlaşılması güç aşırı basitleştirmelere ve retoriğe alçalmak zor değil. Analitik açıklık ve hukukun esas doğası, adalet ve hukuk kavramlarının anlamları üzerine titiz hukuk felsefesi tartışmaları elzemdir. Hukuk kuramı, hayat tarzımızı ayakta tutan değer ve idealleri savunma ve tanımlamada belirleyici bir rol oynamaktadır.

Bölüm 1

Doğal Hukuk

‘Bu hiç doğru değil,’ ‘Bu doğal değil.’ Belli bir uygulamaya veya eyleme karşı başvurulmuş bu tarzda yargıları kaç kere duymuşsunuzdur? Bunlar ne anlama gelir? Kürtaj ahlaka aykırı olarak veya eşcinsel evlilik kabul edilemez olarak ilan edildiğinde, bu kınamanın temeli nedir? Doğru ve yanlışın, iyi ve kötünün objektif olarak doğrulanabilir bir ölçümü var mıdır? Eğer varsa, hangi yolla ona erişebiliriz?

Ahlaki sorunlar hayatımızın her tarafına yayılmıştır. Bunlar, siyasi ve bunun sonucu olarak hukuki tartışmanın malzemesidir. Dahası, Birleşmiş Milletlerin kuruluşundan beri, özellikle insan hakları alanında uluslararası ilişkilerin etik eğilimi artan bir çeşitlilikte uluslararası bildiri ve anlaşmalarda vücut bulmuştur. Bunların birçoğunun dayandığı doğal hukuk varsayımı; aklımızı kullandığımızda keşfedebileceğimiz bir ahlaki hakikatler manzumesinin var olduğudur.

Etik sorunlar, elbette, Aristoteles’ten beri ahlak felsefecilerini meşgul etmiştir. Doğal hukuk kuramının yeniden canlanması, yüz-yıllar sonrasında bile bu sorunları çözmeye yaklaşmadığımızı göstermektedir.

Önde gelen bir doğal hukukçuya göre ‘doğal hukukun en iyi tanımı’ şudur ki: Doğal hukuk, hukuk ile ahlak arasındaki kesişim noktasına bir isim verir. John Finnis, geniş çapta beğeni toplayan *Natural Law*

and Natural Rights [Doğal Hukuk ve Doğal Haklar] kitabında, hukukun ne olduğunu açıklamaya çalışırken neyin 'iyi' olduğuna dair ister istemez varsayımlarda bulunduğumuzu iddia eder:

Çoğu zaman, toplumsal bir kurum çeşidi olarak hukukun değerlendirmesinin -şayet buna girişilecekse-; değerden bağımsız bir betimlemeden ve olguda var olduğu haliyle bu kurumun analizinden sonra bu değerlendirilmenin yapılmasının gerektiği varsayılmıştır. Ama modern hukuk felsefesinin gelişimi ve sosyal bilimler metodolojisine yönelik çalışmaları dikkate aldığımızda görülür ki; bir kuramcı, insanlar için neyin gerçekten iyi olduğu ile pratik makullüğün gerçekten ne gerektirdiğinin değerlendirilmesi ve anlaşılması işine dâhil olmadan, toplumsal olguların kuramsal bir betimlemesini ve analizini veremez.

Bu, bir doğal hukuk analizi için sağlam bir temeldir. Bu açıklama; neyin *iyi* olduğunu seçerken, aklımızı neyin *var olduğunu* belirlerken kullandığımız zamandan farklı bir şekilde kullandığımızı ileri sürer. Başka bir deyişle, eğer doğal hukuk projesinin doğasını ve etkisini anlayacaksak, onun farklı bir mantık kullandığının farkında olmamız gerekir.

Roma hukukçusu Cicero, Stoa felsefesinden yararlanarak, kullanışlı olacak şekilde doğal hukuk felsefesinin üç ana unsurunu belirlemiştir:

Gerçek hukuk, Doğa ile mutabık olan haklı akıldır; evrensel bir şekilde uygulanır, değişmez ve ebedidir (...) bu hukuku başkalaştırmaya çalışmak bir günahtır; herhangi bir parçasını bozmak da caiz değildir ve onu tamamen kaldırmak mümkün

değildir (...) [Tanrı] bu hukukun yazarı, ilan edeni ve uygulayıcı hâkimidir.

Bu açıklama, doğal hukukun evrenselliğinin, değişmezliğinin, 'yüksek' bir hukuk olarak konumunun ve akıl tarafından keşfedilebilir olmasının (o bu anlamda 'doğal'dır) altını çizer. Klasik doğal hukuk doktrini hem devrimi hem de gericiliği meşrulaştırmak için kullanılmıştır. MÖ 6. yüzyılda Yunanlar, insanların yaptığı kanunları, bu kanunların önemini her şeyi kontrol eden kaderin gücüne borçlu olmalarıyla betimlemişlerdir. Bu muhafazakâr görüş, statü-konun en insafsız taraflarını bile meşrulaştırmak için kolayca kullanılmıştır. Ancak MÖ 5. yüzyıldan itibaren, doğanın hukuku ile insanın hukuku arasında bir çatışma olabileceği kabul edilmiştir.

Aristoteles doğal hukuka; doğal adalet ile konvansiyonel adalet arasındaki ayırmadan daha az ilgi göstermiştir. Özellikle 'doğal'ın, akılla uyum anlamında olduğu doğal hukuk kavramına ilgi gösterenler, yukarıda değinildiği gibi, Yunan Stoacılarıdır. Stoacı görüş, ilk olarak Romalılar tarafından benimsenen, (Cicero'nun ifade ettiği gibi) en azından teoride, 'akla' uygun olmayan kanunların geçersiz sayılabileceğini kabul eden yaklaşımın habercisi olmuştur.

Katolik Kilisesi, bugün anladığımız şekliyle tam bir doğal hukuk felsefesini dile getirmiştir. Daha beşinci yüzyılda, Aziz Augustinus 'Adalet olmadan Devletler nedir ki; büyümüş haydut çetelerinden başka?' diye sormuştur. Ancak doğal hukukun öncü ifadesi, domnikan rahibi Aziz Thomas Aquinas'ın (1225-1274) yazılarında bulunur. Temel eseri *Summa Theologica*, bu konu hakkındaki Hıristiyan doktrinin en kapsamlı açıklamasını içerir. Kendi oluşturduğu hukukun dört kategorisi arasında ayırım yapar: Ebedi hukuk (sadece Tanrıya has olan ilahi akıl), doğal hukuk (ebedi hukukun akıl sahibi varlıklara katılması; akıl tarafından keşfedilebilir olan), ilahi hukuk (kutsal yazılarda açığa çıkan hukuk) ve insan hukuku (akıl tarafından desteklenen ve genel iyi için konulan hukuk).

On üçüncü yüzyılda Avrupa, şehir devletlerine tanıklık etmiştir. Papanın bu devletler üzerindeki otoritesi ve seküler iktidarın teolojik konumlar tarafından kullanılması talebi azalmıştır. Aziz Augustin zamanında yalnızca İncil'deki vaizi teyit etmişti: "Sezar'ın hakkı Sezar'a...". Ancak Aquinas, Aristoteles'in felsefesini seküler otorite ile Hristiyan otoriteyi uzlaştırmak için kullanmıştır. Düşünür, Hristiyanlığın Yunanlıların ulaşamadığı bir insanlık gelişimi seviyesinde olduğunu söylemiştir. Kaderimizde içinde yaşayacağımız yer olan *Polis* bu nedenle Hristiyan'dır. Ona göre doğal hukuk, ilahi takdirin sadece bir unsurudur: doğal hukuk, ebedi hukuka (tüm yaratılışı düzenleyen akılcı plana) bir "iştirak"tır. İnsanoğlu doğal hukuku "teslim aldığı" zaman, doğal hukukun içeriği insan eyleminin akılcı veya akılcı olmayan şekilde yargılanmasına imkân veren pratik akılcılık ilkelerini ortaya çıkarır. Aquinas için doğal hukukun bu içeriği onu "hukuk" olarak betimlemeyi haklı hale getirir. Düşünür, hukuku toplumun menfaatlerini koruyan bir kişi tarafından ilan edilen davranış kuralları olarak tanımlar. Tanrının akla uygun şekilde özgürce hareket etme imkânına sahip akılcı varlıklar yaratma kararı, bizim bu ilkelere olan ilişigimizi kurucu "hukuk" haline getirir.

Aquinas iddia eder ki doğal hukukun öğretileri bizi bağlar çünkü akılcı varlıklar olarak biz onlar tarafından doğaya yönlendiriliriz; onlar bize iyiyi ve belli özel iyileri gösterir. Dahası, bu ilkeler doğamızdan ötürü bilgimiz dâhilindedir. Bu bilgiyi doğal hukukun bizi gerçekleştirmemize teşvik ettiği çeşitli iyilere ulaşmaya dair içkin ülkümüzde teşhir ederiz. Pratik bilginin özünü anlayabiliriz. Ancak bu anlayışın kesin pratik sonuçlarını öngörmek çoğu zaman zor olabilir. Aquinas da kabul eder ki, tutkularımız ve kötü niyetimiz de bunların uygulanmasını engelleyebilir.

Aquinas'ın doğal hukuk izahatının kalbinde yalın bir düşünce olan iyiliğin yapılması ve kötülükten sakınılması gerektiği fikri yatar.

Nesnel ahlaki gerçeğin ilahi bağlamı düşünüldüğünde, Aquinas iyiyi aramaya dair devamlı bir ödevimiz olduğunu savunur. Sezgisel olarak neyin iyi olduğunu biliriz: hayat, bilgi, üreme, toplum ve akılcı eylem bunlardandır. Düşünür için iyi, haklıdan önceliklidir. Bir eylemin haklı olup olmadığı, onun belli bir iyiyi gerçekleştirmesinden veya belli bir iyi olmasından daha önemsizdir. Yazara göre bizler de iyilere dair bu ilkeler ve iyileri gerçekleştirecek pratik araçlar hakkında akıl yürütmeye muktedirizdir.

Bir eylemin temelden kusurlu olduğunun nasıl farkına varırız? Basit bir ölçüt yoktur: Söz konusu eylemlerin konusunu, amacını ve altında gerçekleştikleri koşulları incelememiz gerekir. Örneğin Aquinas belli eylemlerin sadece niyetleri nedeniyle kusurlu olabileceğini söyler. İyiye karşı bir eylem, örneğin bir kimse cinayet işlediği, bir yalan söylediği veya dine küfrettiği zaman gerçekleşmiş olur. Aquinas her ne kadar evrensel, mutlak ve ebedi doğru davranış ilkeleri sunmasa da, doğal hukuka göre her zaman masum birini öldürmenin, yalan söylemenin, dine küfür etmenin, zina ve sodomi yapmanın yanlış olduğunu ve bunların bir doğal hukuk meselesi olarak yanlış teşkil ettiklerini ileri sürer.

Aquinas'ın kuramının bir yönü, özel olarak ilgi ve ihtilaf çekmiştir. O, doğal veya ilahi hukuka uygun olmayan bir hukukun, hukuk bile olmayacağını söyler. Bu genellikle, *lex iniusta non est lex* (adil olmayan hukuk, hukuk değildir) olarak ifade edilir. Ancak günümüzün bilim adamları, Aquinas'ın kendisinin hiçbir zaman bu beyanı yapmadığını, sadece Aziz Augustinus'tan alıntı yaptığını savunurlar. Platon, Aristoteles ve Cicero da benzer düşünceleri dile getirmişlerdir. Ancak bu önerme, doğal hukukun gereksinimleri ile çatışan kanunların ahlaki olarak bağlayıcı olma gücünü kaybedeceğini ifade etmek ister görünen Aquinas ile ve sosyal bilimlerin metodolojisine yönelik çalışmaları dikkate aldığımızda görülür ki; ilişkilendirilmiştir.

Başka bir deyişle, adil olmayan (akılcı olmayan veya genel iyiye karşı olan) kanunlar düzenleyerek otoritesini kötüye kullanan bir yönetim, itaat edilme hakkını yitirir çünkü ahlaki otoriteden yoksundur. Böyle bir kanuna Aquinas ‘hukukun yozlaşması’ der. Ancak bir kimşenin her durumda adil olmayan bir kanuna itaat etmemesinin meşru olduğu görüşünü de destekliyor gözükmemektedir. Çünkü Aquinas, her ne kadar eğer bir hükümdar adil olmayan kanunlar düzenlerse ‘tebaasının onlara uymakla yükümlü olmadığını’ söylese de, ihtiyatlı bir şekilde ‘belki, bir kepaazeliği önleme meselesi olan belli özel durumlar (mesela başkalarına karşı yozlaştırıcı bir emsal teşkil edebilecek olanlar) veya toplumsal kargaşa halleri dışında’ diye istisnalar ekler. Bu istisnalar, hukuka karşı itaatsizliği meşrulaştırmaya çalışan, bazen de Aquinas adına yapılan radikal iddialardan uzaktır.

17. yüzyıl itibariyle Avrupa’da, hukukun tüm branşlarının sunumu, başta uluslararası devletler hukuku olmak üzere, sözde doğal hukukun üzerinde temellendirilmişti. Hugo de Groot (1583-1645) veya genellikle kullanıldığı ismiyle Grotius, çoğunlukla doğal hukukun sekülerleştirilmesi ile ilişkilendirilmiştir. Nüfuz sahibi eseri, *De Jure Belli ac Pacis*’te, Tanrı var olmasa bile doğal hukukun aynı içeriğe sahip olacağını iddia eder. Bu, uluslararası devletler hukuku disiplininin gelişimi için önemli bir temel olarak kendini göstermiştir. Muhtemelen Grotius belli şeylerin -Tanrı onları yargılasa da yargılamasa da- ‘özünde’ yanlış olduğunu söylemek istemişti. Grotius’un kendi analogisini kullanırsak, Tanrı bile iki kere ikiyi dörde eşit yapmamaya meydan veremez!

Doğal hukuk, İngiltere’de 18. yüzyılda, Sir William Blackstone’un *Commentaries on the Laws of England*’ında [İngiltere’nin Kanunları Üzerine Yorumlar] bir onay damgası almıştır. Blackstone (1723-1780) büyük eserine, İngiliz hukukunun otoritesini doğal hukuktan elde ettiğini ilan ederek başlar. Ancak her ne kadar pozitif hukukun bu ilahi

kaynağına başvursa ve hatta onu doğal hukukla çatışan yürürlükteki kanunları geçersiz hale getirmeye muktedir görse de; onun hukuk anlayışı aslında doğal hukuk kuramı kaynaklı değildir. Ancak yine de, Blackstone'un pozitif hukukun üstünü doğal hukuk kaynaklı bir meşrulukla örtme girişimi, Jeremy Bentham'ın eleştirisini almıştır. Bentham doğal hukuku, diğer bazı hususların yanında, 'saf bir fantezi eseri' olarak betimlemiştir (2. bölüme bakınız).

Aquinas, epeyce muhafazakâr bir doğal hukuk görüşü ile ilişkilendirilmiştir. Ancak doğal hukuk ilkeleri, hukukun bireylerin doğal haklarını ihlal ettiği ileri sürülerek, devrimleri (özellikle Amerikan ve Fransız devrimlerini) meşrulaştırmak için de kullanılmıştır. Bu şekilde, Britanya koloni yönetimine karşı yapılan Amerikan devrimi, tüm Amerikalıların doğal haklarına yapılan bir başvuruya dayanmıştı; 1776 Bağımsızlık Bildirgesi'nin afili sözleriyle: Yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışı. Bildirgenin ifade ettiği şekliyle: "Biz şu gerçekleri aşikâr olarak görüyoruz: Tüm insanlar eşit olarak yaratılmıştır ve onlara Yaratanları tarafından belli devredilemez haklar bahşedilmiştir." Benzer olarak, insanoğlunun belli 'doğal haklar'ına atıfta bulunan Fransız 26 Ağustos 1789 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*'de [İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi] ilham verici duygulara yer vermiştir.

Doğal hukuk, siyasi hak ve ödevleri bir toplum sözleşmesi üzerinden tasarlayan birçok sözleşmecî kuram biçiminde de kullanılmıştır. Bu, hukuktaki dar anlamıyla bir sözleşme değildir; ama bir kimsenin ancak kendi rızasıyla başka birinin siyasi gücüne tabi olabileceği fikrini ifade etmektedir. John Rawls'un adalet kuramı başta olmak üzere bu yaklaşım, liberal düşüncede etkili olmayı sürdürmektedir (4. bölüme bakınız).

Doğal Haklar: Hobbes, Locke ve Rousseau

Her ne kadar Thomas Hobbes (1588-1679) genellikle hayatın 'yalnız, fakir, çirkin, vahşi ve kısa' olduğu özdeyişi ile hatırlansa da; aslında bu kötü durum, ünlü eseri *Leviathan*'da insanın toplum sözleşmesinden önceki, yani doğa durumundaki halidir. Doğal hukuk, bize kendimizi korumamızın gerekliliğini öğretir: Hukuk ve devletin, eğer düzen ve güvenliği koruyacak isek gerekli olduğunu iddia eder. Bu yüzden toplum sözleşmesi altında, doğal özgürlüğümüzü düzenli bir toplum yaratmak için teslim etmemiz gerekir. Hobbes'un felsefesi, düzeni adaletin üstüne koyması dolayısıyla biraz otoriterdir. Bilhassa kuramı, (gerçekten de kendisinin itiraf ettiği hedefi) devlete (kötücül olanlara bile) karşı devrimlerin meşruluğunu yıkmayı amaçlar.

Hobbes'a göre yaptığımız her eylem, görünürde iyi veya özgecil olsa bile, aslında kendimize hizmet eder. Dolayısıyla, hayır işlerine yaptığım bağış bile aslında, gücümünden keyif almam için bir araçtır. İnsan eyleminin (ahlak dâhil) doğru bir tarifinin, bu esaslı bencilliğimizi kabul etmesi gerektiğini iddia eder. Hobbes, *Leviathan*'da, herhangi bir devlet kurulmadan önce, doğa halinde nasıl davranacağımızı düşünür. Zihinsel ve fiziksel olarak esasen eşit olduğumuzu teslim eder: en zayıf bile -uygun olarak silahlanırsa- en güçlüyü öldürme gücüne sahiptir. İddia eder ki bu eşitlik, düzensizlik meydana getirir.

Hobbes ileri sürer ki, üç ana nedenden dolayı kavga etmeye meyilliyizdir: rekabet (sınırlı maddi mülk kaynakları için), güvensizlik ve şan (güçlü itibarımızı korumak için hasım kalmaya devam ederiz). Anlaşmazlığa olan meylimizin bir sonucu olarak; Hobbes, hiçbir ahlakın olmadığı, herkesin sürekli korku içinde yaşadığı ve herkesin herkese karşı ebedi bir savaşta olduğu bir doğa halinde olduğumuz sonucuna varır.

Bu savaş hali sona erene kadar, herkesin her şeye bir hakkı vardır; bir başkasının hakkına bile. Hobbes iddia eder ki, yalnız insani kişisel çıkar ve toplumsal anlaşma düşüncesinden bile bir kimse, doğal hukukçuların sadece doğada değişmez şekilde sabit olduğunu varsaydıkları türde kanunları aynen türetebilir. Doğa halinin korunçuluğundan kaçınmak için Hobbes, barışın ilk doğa kanunu olduğu sonucuna varır.

İkinci doğa kanunu ise, barışa ulaşmamız için karşılıklı olarak belli hakları (mesela başka bir kişinin yaşamını alma hakkı gibi) elden çıkarmamızdır. Bu karşılıklı hakların devri bir sözleşmedir ve ahlaki ödevin temelidir. Hobbes, sadece bu sözleşmenin sonuçlanmasının barışı güvence altına alacağı yanılgısına düşmez. Böylesine anlaşmalara bağlı kalınması gerekir. Bu düşünce, Hobbes'un üçüncü doğa kanunudur.

Hobbes kişisel çıkardan dolayı sözleşmeleri ihlal etmemizin muhtemel olduğunu kabul eder. Eğer fark edilmekten sakınabileceğimi düşünürsem, ben sizden mal çalmama sözümü bozabilirim. Ve siz bunun farkındasınız. Karşılıklı borçlarımızın bu çöküşünü önlemenin tek kesin yolu, sözleşmelerimizi ihlal ettiğimiz durumda bizi cezalandıracak siyasi bir egemene sınırsız gücün teslim edilmesidir. Yaptırım gücüne sahip bir otorite kurma konusunda anlaşmaya bizi yönelten de yine sadece bencil (doğa halini sonlandıran) bir nedendir. Ancak sadece böyle bir egemenin varlığında doğru ve yanlışın nesnel bir tespitine ulaşabileceğimizi iddia eder.

Hobbes, ilk üç doğa kanununu, dördüncü kanun (sözleşmelere uyanlara karşı minnettarlık göstermek) gibi başka bir takım önemli kanunlarla da destekler. Ahlakın, toplum sözleşmesi sonucunda ulaşılan bu doğa kanunlarından ibaret olduğu sonucuna varır. Bu düşünce, klasik doğal hukuk öğretisinin savunduğu doğal haklar yorumundan oldukça farklıdır. Ancak onun anlayışı, her kişinin

kendi hayatını koruma hakkına dayanan, modern bir doğal haklar görüşü olarak adlandırılabilir.

John Locke (1632-1704), toplum sözleşmesinden önceki hayatı Hobbes'un betimlediği kâbusun tam tersi bir şekilde resmetmiştir. Locke yalnız önemli bir eksiklik dışında toplum sözleşmesinden önce hayatın cennet olduğunu ileri sürer: Bu doğa halinde mülkiyet yetersiz şekilde korunuyordu. Locke'a göre (özellikle *Sivil Yönetim Üzerine İki İnceleme*'de), bu pürüz olmasaydı cennete benzeyecek olan bu doğa halindeki insan, bir toplum sözleşmesi altında bu sorunu düzeltmek için özgürlüğünden kısmen feragat etmiştir. Aquinas'ın temel önermelerini hatırlatacak şekilde Locke'un kuramı, insanın hakları ve Tanrı'ya olan ödevlerinin bir izahatına dayanır. Bu izahat, toplum sözleşmesinin işleyişi ve maddelerinin açıklanması için karmaşık bir girişimdir. Devrimcidir (Locke halkın tiranlığı devirme hakkını kabul eder) ve ünlü mülkiyet hakkı vurgusunu yapar: Tanrı maliktir ve biz yararlanalım diye dünyayı bize vermiştir; bu yüzden çalışan kişinin maddi nesneler ile emeğini 'karıştırarak', yarattığı şey üzerinde hak elde etmesi istisnası dışında mülkiyet hakkı olamaz.

Locke'un özel mülkiyet anlayışı, Amerikan anayasasını şekillendirenleri güçlü bir şekilde etkilemiştir. Bu nedenle, modern kapitalizmin öncüsü olarak hem övülmüş hem de yerilmiştir.

Onun görüşüne göre toplum sözleşmesi; doğal olan yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakları ile kişisel haklardan faydalanılmasını (mutluluk arayışını) muhafaza etmiş; genel iyiyi sivil toplumda vücuda getirmiştir. Hobbes'ta, doğal haklar önce gelip doğal hukuk bunlardan türerken; Locke doğal hakları doğal hukuktan (yani akıldan) türetir. Hobbes, her kişinin her şeye doğal bir hakkı olduğu görüşündedir; oysa Locke'a göre, özgürlüğe olan doğal hakkımız, doğanın kanunu ile sınırlandırılmıştır ve bundan hareketle birbirimizin yaşam, sağlık, özgürlük ve mülkiyetine zarar vermememiz

gerekir. Locke sınırlandırılmış bir devlet biçimi savunur: Yönetim kollarına uygulanacak denge ve kontrol ile yasama erkindeki hakiki temsil; ona göre devleti asgariye indirecek ve bireysel özgürlüğü azami seviyeye çıkaracaktır.

Doğal hukuk, Jean-Jacques Rousseau'nun (1712-1778) kuramındaki toplum sözleşmesinde daha önemsiz bir rol oynamaktadır. Hobbes ve Locke'tan daha metafizik olan Rousseau'nun toplum sözleşmesi (onun *Toplum Sözleşmesi*'nde), birey ve topluluk arasında bir anlaşmadır. Bununla birey, Rousseau'nun deyişiyle 'genel irade'nin bir parçası haline gelir. Rousseau'nun görüşünde, ortadan kaldırılamayan belli doğal haklar vardır; ancak 'genel irade'ye topyekûn yasama gücü yetkisi verildiğinden, kanun, bu hakları yasal bir şekilde ihlal edebilir.

Rousseau'nun genel irade anlayışı onun egemenlik anlayışı ile ilişkilidir. Ona göre egemenlik sadece meşru siyasi iktidar değildir; aynı zamanda onun kamu yararı amacıyla kullanılmasıdır. Bu nedenle genel iyi halkın menfaatlerini korur. Ancak gayesi "genel"dir. Yani genel irade; kurallar, toplumsal sınıflar ve hatta bir monarşi bile kurabilir ancak hiçbir zaman kurallara, sınıflardaki üyelere veya hükümdarlara tabi olan kişileri özel olarak belirleyemez. Böyle bir şey yapmak onun özündeki tasarıma ters düşer. Öyle ki genel irade toplumun iyisini, kendi güruhunun veya belli güruhların arzularını halkın genel ihtiyaçlarının üstüne koyan bir bireysel istekler toplamından ziyade *bir bütün olarak* ele alır.

Kötü bir şöhreti olan "insan özgür olmaya mecbur bırakılmalıdır" deyişi bireylerin halk egemenliği oluşturmak için özgür iradelerini teslim etmeleri olarak anlaşılmalıdır. Dahası, bölünmez ve devredilmez "genel irade" toplum için neyin iyi olduğuna karar verdiğinden dolayı bir birey bencilliğe kapılması durumunda o kişi toplumun emirlerine riayet etmeye mecbur edilmelidir.

Rousseau'nun kuramında ortadan kaldırılamayan belli doğal hak-

lar mevcuttur ancak hukuk, “genel irade”yi mutlak yasama otoritesi ile yetkilendirerek bu hakları ihlal edebilir. Devlet “genel irade”yi temsil ettiği sürece neredeyse her şeyi yapabilir. Bu nedenle Rousseau her ne kadar katılımcı demokrasiye bağlı olsa da yasama erkine neredeyse sınırsız bir güç vermeyi istemektedir çünkü yasama “genel irade”yi temsil eder. Bu nedenle o bir paradokstur: bir demokrat ama aynı zamanda bir totaliter.

Ancak bununla beraber Rousseau’nun görüşüne göre genel irade hatasız bir ölçüt olduğu için ancak toplumun bir bütün olarak menfaatine olduğu zaman müdahalede bulunur. Bu nedenle iddia edilebilir ki, onun görünüşteki totaliter yaklaşımı eşitlik ve özgürlüğe verdiği önem ile yumuşamaktadır. Egemenin meşru müdahalesi, bu nedenle ancak özgürlük ve eşitliğin arttırılması için gerekli olması durumunda olumlu yorumlanmalıdır, onların azaltılması durumunda değil. Devletin mutlak gücü ile bireysel haklar arasındaki denge, kesitsel ve sınıfsal menfaatlere karşı toplumu koruyan bir toplum sözleşmesine dayanır.

Doğal Hukukun Düşüşü ve Yükselişi

Doğal hukuk kuramının özellikle 19. yüzyılda azalan etkisi, iki rakibin ortaya çıkmasından kaynaklanır. İlk olarak, sonraki bölümde göreceğimiz şekliyle hukuki pozitivizm ile ilişkilendirilmiş düşünceler, doğal hukuk düşüncesine dirençli bir muhalefet oluşturmuştur. İkinci olarak, ahlaki akıl yürütmede hiçbir akılcı çözüm bulunamayacağı fikri (etikteki adıyla gayrı bilişselcilik), doğal hukuk hakkında derin bir şüphecilik doğurmuştur: Eğer nesnel olarak neyin doğru veya yanlış olduğunu bilemezsek, doğal hukuk ilkeleri öznel bir kanaatten fazlası olamaz. Dolayısıyla bu ilkeler ne doğru ne de yanlış olabilir.

David Hume (1711-1776), eseri *Treatise of Human Nature*’de

[İnsan Doğasının İncelemesi], ilk olarak ahlak kuramcılarının bir 'olan'dan, bir 'olması gereken' türetmeyi amaçladıklarını gözlemlemiştir. Ancak sadece doğada var olan belli bir gidişattan dolayı hukukun belli bir şekil alması gerektiği sonucuna varamayız. Bundan hareketle aşağıdaki uslamlama bu argümana göre yanlıştır:

Tüm hayvanlar ürerler (büyük önerme)

İnsanlar hayvandırlar (küçük önerme)

Bu nedenle insanlar *üremelidirler* (sonuç).

Hume, dünya veya insan doğası hakkındaki olguların, neyin yapılması veya yapılmaması *gerektiğinin* belirlenmesi için kullanılamayacağını göstermeye çalıştı. Bazı çağdaş doğal hukukçular, her ne kadar yukarıdaki uslamlamanın yanlışığını kabul etseler de, aşağıda göreceğimiz gibi klasik doğal hukukun bu şekilde bir 'olan'dan bir 'olması gereken' türetmeye kalkıştığını reddederler.

20. yüzyıl, doğal hukuk kuramında bir rönesansa tanık oldu. Bu durum; savaş sonrası insan haklarının tanınması ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Delhi Bildirgesi gibi belgelerde bu hakların ifade edilmesi ile ortadadır (4. bölüme bakınız). Doğal hukuk, anayasal anlamda sıradan kanunları geçersizleştiren bir 'yüksek hukuk' olarak değil ama pozitif hukuku tartacak temel bir ölçüt olarak ortaya çıkmıştır.

Nazi devlet adamlarını yargılayan Nürnberg Savaş Suçları Mahkemeleri doğal hukuk ülkülerini yeniden canlandırmıştır. Bu mahkemelerde, belli eylemlerin pozitif hukukun hükümlerini ihlal etmese dahi 'insanlığa karşı suç' teşkil edeceği ilkesi uygulanmıştır. Hâkimler açık bir şekilde doğal hukuk kuramına başvurmamışlardır; ancak kararları, kanunun neyin doğru olduğunun tek belirleyicisi olmak zorunda olmadığı ilkesinin önemli bir kabulünü temsil eder.

Başka kayda değer bir gelişme de, insan veya vatandaşlık hakları

için çeşitli yargı alanlarında anayasal korumaların yasalaştırılmasıdır (örneğin Amerikan Haklar Bildirgesi ve bunun Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından yorumlanması gibi). 4. bölüme bakınız.

Hukuk kuramı da, doğal hukuk kuramının ülküsünü ileriye götürmüştür. Lon Fuller'ın 'hukukun iç ahlakı' (aşağıya bakınız), H. L. A. Hart'ın 'doğal hukukun asgari içeriği' (2. bölüme bakınız) ve en önemlisi John Finnis (aşağıya bakınız) gibi çağdaş doğal hukukçuların eserleri bu canlanmada büyük bir rol oynamıştır.

Lon Fuller: 'Hukukun İç Ahlakı'

Amerikan hukukçu Lon L. Fuller (1902-78), hukuku bir 'iç ahlaka' sahip olarak gören, seküler, tanınmış bir doğal hukuk yaklaşımı geliştirmiştir. Bundan kastettiği, bir hukuk sisteminin, 'insan davranışını kuralların idaresine tabi kılma' şeklinde bir özel amacı olduğudur. Bundan şu sonuç çıkar; bu amaca yönelik bir kuruluştaki hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ vardır.

Fuller, Kral Rex'in 'ahlak' masalını ve hukuk yapmayı başaramamasının sekiz şeklini anlatır. İşler kötü gider çünkü (1) Kral, ilk başta kurallar oluşturmayı hiç beceremez ve bundan dolayı her olay *ad hoc* bir şekilde kararlaştırılmak zorunda kalır; (2) tebaasının uymasının beklendiği kuralları ilan etmez; (3) geriye etkili kanunlar ile yasama yetkilerini kötüye kullanır (mesela pazartesi hukuka uygun olan eylemleri salı günü hukuka aykırı yapar); (4) kuralları anlaşıl mazdır; (5) çelişkili kurallar yasalaştırır veya (6) kurallar, etkilenen tarafın gücünün, iradesinin ötesinde bir tutum gerektirir; (7) kurallarda öylesine sık değişiklikler yapar ki tebaası hareketlerini kurallara uyduramaz ve (8) ilan edilen kurallar ile bunların fiili idaresi arasındaki örtüşmeyi sağlayamaz.

Talihsiz Kral Rex başarısız olur çünkü Fuller'ın sekiz ilkesini görmezden gelmiştir:

Genellik

İlan

Geriye yürümezlik

Açıklık

Çelişkisizlik

Uyma imkânı

Süreklilik

İlan edilen kural ile resmi eylem arasında örtüşme.

Fuller, bu ilkelerin herhangi birisine uymayan veya büyük oranda bazılarını sağlayamayan bir sistemin olduğu bir toplulukta, hukukun var olduğunun söylenemeyeceği sonucuna varır. Ancak, her ne kadar bu sekiz ilkenin *ahlaki* olduğu konusunda ısrar etse de, bunlar temel olarak etkin yasama için usul kılavuzları gibi gözükmektedir. Ama bazı hukuk felsefecileri de, bu ilkelerin zımni olarak yönetim ile yönetilen arasında hakkaniyeti tesis ettiğini ve böylece kötü rejimleri önlediğini iddia eder.

Ancak genel kanı şudur ki, Fuller'ın aradığı sekiz vasfı taşımak sadece hukuk sisteminin etkin bir şekilde işlev görmesini gerçekleştirir. Bu da ahlaki bir ölçüt olmadığından ötürü, kötü bir rejim de pekâlâ kolay bir şekilde bu testi geçebilir. Gerçekten de, iddia edilebilir ki, etkinlik arayışında kötücül bir hukuk sistemi pekâlâ Fuller'ın ilkelerini sağlamayı dahi *amaçlayabilir*. Kuşkusuz ki, Güney Afrika apartheid rejiminin yöneticileri tiksindirici kanunlarını yasalaştırırken ve uygularken usul hassasiyetlerine uymaya çalışıyorlardı.

Çağdaş Doğal Hukuk Kuramı: John Finnis

Oxford Üniversitesi hukuk kuramcısı, John Finnis (d. 1940), ki-

tabı *Natural Law and Natural Rights*'ta [Doğal Hukuk ve Doğal Haklar] doğal hukukun Aquinasçı öğretisini en erişilebilir ve kapsayıcı bir şekilde yeniden canlandırmış ve titizce incelemiştir. Klasik doğal hukuk öğretisinin önemli bir yeniden ifadesini; özellikle de analitik hukuk felsefesinin, genel olarak ona karşıt olarak görülen bir kurama uygulanmasını temsil eder.

Finnis'in girişiminin amacını kavramak önemlidir. David Hume'un, benim bir eylemde bulunma nedenimin yalnızca benim belli bir amaca ulaşma arzuma bağlı olduğu şeklindeki pratik akıl anlayışını reddeder. Akıl, sadece benim nasıl en iyi şekilde arzularıma ulaşabileceğim konusunda beni bilgilendirir; benim ne arzulamam gerektiğini söyleyemez. Finnis, Aristotelesçi bir temel tercih eder: Kayda değer, kıymetli, arzu edilir bir hayatı ne oluşturur? Ve menüsü onun deyişiyle 'insan gelişiminin yedi temel biçimi'ni içerir.

1. Yaşam
2. Bilgi
3. Oyun
4. Estetik tecrübe
5. Sosyallik (arkadaşlık)
6. Pratik makullük
7. Din

Bunlar, doyurucu bir yaşamda payı olan asli özelliklerdir. Her biri, bütün insan toplumlarını her zaman etkilemesi bakımından evrenseldir. Ve her birisinin içkin değeri olduğundan, kendileri içinde değer verilmelidir; sırf başka bir iyiye ulaşmak için değil. Ahlaki düşüncelerin amacı, bu temel iyilerin arayışı için etik bir yapı sunmaktır. Bu ilkeler, yarışan iyiler arasında seçim yapmamızı kolaylaştırır ve temel bir iyi arayışında neler yapmaya iznimizin olduğunu belirlememize imkân verir.

İnsanoğlu olarak serpilmek için, bu temel iyilere gereksinim duyarız; biri kolayca listeye eklemeler yapabilir de. Finnis'in 'din' ile örgütlü dini değil ama manevi deneyim ihtiyacını kastettiğini dikkate alınız. Bu yedi temel iyi, aşağıdaki dokuz 'pratik makullüğün temel gereksinimleri' ile Finnis tarafından birleştirilir:

1. Etkin olarak iyilerin peşinde olma
2. Tutarlı bir yaşam planı
3. Değerler arasında keyfi bir tercihin olmaması
4. Kişiler arasında keyfi bir tercihin olmaması
5. Önyargısız olma ve sadakat
6. Sonuçların (sınırlı olarak) dikkate alınması: akıl dâhilinde verimlilik
7. Her eylemde her temel değer için saygı
8. Genel iyinin gereksinimleri
9. Vicdanın peşinden gidilmesi

Bu iki envanter, evrensel ve değişmez 'doğal hukuk ilkelerini' bünyelerinde bulundurlar. Finnis, kendi konumunun Thomas Aquinas ile benimsenen genel doğal hukuk anlayışı ile uyumlu olduğunu gösterir. Hume tarafından yapılan gayrı bilişsel saldırıya da kurban olmamıştır, çünkü bu nesnel iyilerin *aşikâr* olduklarını; herhangi bir insan doğası tarifinden çıkartılmadıklarını iddia eder. Öyle ki, mesela, 'bilgi' *aşikâr* olarak cehalete karşı tercih edilesidir. Eğer ben bu görüşü reddetsem ve 'cehalet saadettir' diye bir iddiada bulunsam bile; ister istemez benim argümanımın [bir bilgi olarak] değerli olduğunu ve bu şekilde bilginin bir iyi olduğunu kabul etmiş olur; kendi kendimi çürütme tuzağına yakalanmış olurum!

Bu durumda görünüyor ki, doğal hukuk kuramının ağır basan temeli, Finnis'in dediği şekliyle 'insanlar için gerçekten iyi olanın' tesis edilmesidir. İçinde bulunduğumuz bir topluluk olmadan, insana dair iyilerin ardına düşemeyiz. Ve bir liderin yetkisi, bu topluluğun en iyi menfaatlerini sağlamasından kaynaklanır. Dolayısıyla eğer bu

lider, adil olmayan kanunları yasalaştırırsa; bu kanunlar genel iyinin aleyhine olacağından, bağlayıcılık için doğrudan bir ahlaki yetkiden yoksun olurlar.

Finnis genel iyi kavramına başvurarak ayrıca kendi adalet anlayışını da geliştirir. İddia eder ki, adalet ilkeleri, bir kimsenin kendi topluluğunda genel iyiyi geliştirmesi gerektiğine dair genel şarttan fazlası değildir. Temel iyiler ve metodolojik gerekler adaletsizliğin pek çok biçimine engel olacaktır; bunlar mutlak doğal haklarla bağıntılı olan belli mutlak ödevler meydana getirirler:

Bir kişinin zihninde; belli bir insan karakteri, davranışı ve toplumdaki etkileşim kalıbı veya bir kalıplar dizisi olmasından ve sonra da bu kişinin bu kalıp veya kalıplar dizisini destekleme eğiliminde olan belli bir haklar tanımlaması seçmesinden başka bir alternatif düşünemiyorum. Başka bir deyişle *bir kimsenin, belli bir insan iyiliği kavrayışına ihtiyacı ve gelişimini engellemektense onu destekleyen toplumsal bir yaşam biçiminde (veya biçimler dizisinde) var olan belli bir bireysel gelişim kavrayışına ihtiyacı vardır.* Bir kimse, sadece soyut anlamda veya başkalarından bağımsız olarak beğenilen kişilik tiplerine ilgi duymaz; aynı zamanda, kişiler arasındaki etkileşimin niteliği ile de ilgilenir. Bir kimse, bireysel inisiyatif ve etkileşim süreçlerinden soyutlanarak kurgulanmış, kalıplaştırılmış belli bir 'son-durum' aramamalıdır. Bu süreçler insan iyisine bütünleşiktir ve geleceği, değerlendirilebilmesini bir kenara bırakalım, hesaplanamaz yapar.

Bu pasaj Finnis'in doğal haklar anlayışının ruhunu yakalar. İş-kence görmeme, başka bir amaç için bir araç olarak kullanılmama,

yalan söylenmeme, bilerek yanlış suçlamalar üzerine mahkûm edilmeme, üreme kabiliyetinden mahrum bırakılmama, genel iyunin ne gerektirdiğinin değerdendirmeğinde hatırı sayılır biçimde dikkate alınma haklarını içerir. Adalet kavramı 4. bölümde daha derinlemesine incelenecektir.

Finnis, doğal hukukun ilk ilkelerinin; insan doğası hakkındaki olgular, spekülâtif ilkeler, metafizik önermeler, iyi ve kötünün doğası veya teleolojik bir doğa anlayışı dâhil olmak üzere hiçbir şeyden türetilerek çıkartılmamış olduğunu iddia eder. Finnis'e göre Aquinas bize açık bir şekilde gösterir ki; her birimiz 'doğamızı tabiri caizse içten tecrübe ederek', 'çıkartımsal olmayan basit bir anlayış edimi vasıtasıyla' 'bir kimsenin tecrübe ettiğı eğilimin nesnesinin kendisi (ve kendisi gibi diğerleri) için genel bir iyi türü hali olduğunu' kavrar. Aquinas için, ahlaki olarak doğru olanı keşfetmek, neyin insan doğası ile uyumlu olduğunu sormak değil; ama neyin *akılcı* olduğunu sormaktır.

Ahlaki İkilemler: Kürtaj ve Ötenazi

Bunlar gerçekten de hem ahlak hem de hukukta zorlu sorunlar doğuran hayat memat meseleleridir. Kürtaj konusu özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde oldukça tartışmalıdır. Bir yanda Hıristiyan gruplar bazen şiddete de başvurarak kürtajı potansiyel bir insanın öldürölmesi olarak kınar. Diğer yanda feministler ve diğerleri ise kürtajı, bir kadının kendi bedeni üzerindeki kontrol hakkı kadar temel bir mesele olarak görür. Görünürde ortak bir nokta yoktur. Ronald Dworkin çatışmanın şiddetini ve keskinliğini canlı bir şekilde tasvir etmektedir:

Kürtaj karşıtı gruplar ile bunların muhalifleri arasındaki savaş, on yedinci yüzyıldaki feci Avrupa

din savaşlarının yeni Amerika versiyonudur. Karşıt ordular birbirlerine çığırarak, tükürerek, nefret ederek sokaklarda yürüyüşler yapar veya kürtaj kliniklerinde, mahkemelerde ve Beyaz Saray'da protesto amaçlı toplanırlar. Kürtaj, Amerika'yı baştan aşağı bölmektedir.

İhtilafın göbeğinde 1973'te Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği efsanevi *Roe Wade* karşı kararı vardır. Hâkimler Texas'taki hamile kadının hayatını kurtarmanın dışındaki bir amaçla yapılan kürtajı suç haline getiren kanununun mahremiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğuna karar verdi. Karar, eyaletlerin fetüsün yaşamını korumak için ancak hamileliğin son üç ayında kürtaj yasağı koyma hakkı olduğuna hükmetti. Birçok Hristiyan grubun amacı, bu kararı hükümsüz hale getirerek içtihadın değiştirilmesidir. Bu mesele hassas bir konudur; öyle ki Amerikalı kadınların hukuka uygun şekilde kürtaj yapma imkanları bu meselelerin sonucuna bağlıdır.

Bir şekilde insan hayatının kutsallığı, kadının vücudu üzerindeki hakkına karşı tartılmalıdır. Çoğu Avrupa ülkesi bu dengeyi belli süreler ve belirli koşullar altında olacak şekilde kürtaja izin verecek yasalar ile sağlamıştır.

Bu karmaşık konuya çözüm arayışında her toplum kendi ahlaki normlarını değerlendirmelidir. Eğer insan hayatı kutsal ise bir fetüs zarardan etkilenebilecek bir kişi olarak sayılır mı? Eğer öyle ise, fetüsün hayatının sonlandırılması, yaşayan bir kişinin insani bir şekilde öldürülmesinden nasıl ayrıştırılacaktır? Daha doğmamış olanın refahı, istenmeyen bir hamileliğe kabullenmeye veya özürlü bir çocuğu yetiştirmenin getireceği endişe, maliyet ve zorluklara katlanmaya zorlanan bir kadının yaşayacağı sıkıntıya üstün mü gelmelidir?

Benzer zorluklar ötenazi konusunda da acımasızca ortaya çıkar.

Doktorlar, hukukçular ve en sonunda hâkimler tartışmalı bir soru olan bir bireyin “ölme hakkı” ile gittikçe daha fazla karşılaşmaktadır. Aktif ve pasif ötenazi arasında her zaman ikna edici olmasa da genellikle bir ayrım yapılır. Aktif ötenazi, bir kişinin ölümünün potasyum klorür enjeksiyonu yapılması gibi olumlu bir eylem ile hızlandırılmasını ifade eder. Çoğu hukuk sistemi bunu cinayet olarak görür. Pasif ötenazide ise bir eylemden kaçınılarak (tedaviden imtina edilerek) hayat kısaltılır. Bu yöntem birçok ülkede hem hukuk hem de tıp mesleği tarafından insani olduğu gerekçesiyle git gide kabul görmektedir. Ancak mahkemeler, tedavisinin mümkün olmaması veya ölmekte olmasına rağmen bitkisel hayatta olduğu için otonom bir karar verecek durumda olmayan bir hastanın hayat destek ünitesinin kapatılmasının hukuka uygun olduğu kararını vermeyi her zaman kolay bulmamışlardır.

Bir hastanın hayatını sonlandırmanın ahlakiliği veya hukuka uygunluğuna ilişkin genellemeler yapmak kolay değildir. Örneğin tedavi edilemeyen bir hasta ile nihai olarak ölmek üzere olan bir hasta arasında önemli bir fark vardır. Son durumda da güçsüzlükten (destek olmadan nefes alabilen bilinci tamamen yerinde bir hasta), suni desteğe (suni solunum cihazına bağlı bilinci tamamen yerinde bir hasta), bilinç kaybına ve yoğun bakıma (suni solunuma bağlı ve koma durumunda bir hasta) uzanan bir süreç de vardır. Her bir durumda farklı faktörler ortaya çıkar.

Hukukun bu tip zorlu ahlaki sorunlar karşında oluşturduğu girift ayrımlar bu sorunların “ölme hakkı”, “kendi kaderini belirleme” veya “hayatın kutsallığı” gibi sloganlar ile çözüme elverişli olmadığını göstermektedir. Mahkemeler bu durumlarda en uygun hakemler olmayabilir ancak gerçekçi başka bir alternatif var mı? Biri İngiltere’den diğeri Amerika’dan iki mahkeme kararı bu sorunların uygulamada ne kadar zor olduğunu göstermektedir.

İngiltere'deki dava 1989'da kalabalık bir futbol stadyumunda gerçekleşen bir kazadan kaynaklanmıştır. Anthony Bland kendisini kalıcı bir bitkisel hayata sokan hipoksik beyin hasarına maruz kaldı. Beyin sapı her ne kadar işlev görmeye devam etse de beyin zarı (bilinç, iletişimsel aktivite ve iradi harekete dair bölüm) oksijen yetersizliği nedeniyle tahrip oldu. Ancak "hukuken" ölmemişti. Hâkim onun perişan halini şöyle tasvir etti:

Hastanede yatıyor. Burnundan boğazına geçerek midesine inen bir tüpe pompalanan sıvı yemek ile besleniyor. Mesanesi penisine takılmış bir sonda ile boşaltılıyor. Ki bu da zaman zaman pansuman ve antibiyotik tedavisi gerektiren enfeksiyonlara neden oluyor. Katılaşmış eklemeleri uzuvlarını sert bir şekilde kasmış; öyle ki kolları göğsü boyunca sıkı bir şekilde sarılmış; bacakları da doğal olmayan bir şekilde bükülmüş. Boğazındaki refleks hareketleri kusmasına ve ağzından salyalar çıkmasına sebep oluyor. Tüm bunlar ve onu ziyaret etmek için sıraya giren aile üyelerinin varlığı. Anthony Bland'ın hiç bilinci yok... Karanlık ve boşluk... Hiç bitmeyecek.

Hastalığının seyri ümit verici değildi. Felaket durumu çok uzun bir süre devam edebilirdi. Doktorlar, haysiyetiyle, acısız ve ıstıraplı ölmesi için tedavisine devam etmektense solunum, antibiyotik, suni beslenme ve sıvı yükleme rejimini sonlandırmak için mahkemeye başvurdu. Mahkeme tarafından görevlendirilmiş (engellilik durumunda olanları temsil eden) avukat bu talebin doktorun hastasına karşı yükümlüğünün ihlalini (bir suç) teşkil edeceğini savundu.

Mahkeme, kendi kaderini belirleme hakkını yaşam hakkının üstünde tuttu. Hükme göre bir doktor hastalarının haklarına bu sı-

rayla saygı göstermelidir. Hâkimlere göre bu formül kalıcı bitkisel hayat gibi bir duruma düşeceği beklentisi ile suni beslenme gibi tıbbi bakımların yapılmaması tercihinin önceden açıkça ifade edildiği durumlarda özellikle ikna edicidir. Ancak her ne kadar beş hâkimin tamamı Bland'ın hayatının sonlandırılmasına izin verilmesi konusunda anlaşsalar da gerekçelerinde hukukun ne olduğu veya ne olması gerektiği konusunda açık bir mutabakat yoktur. Hepsi hem hayatın kutsallığını hem de hastanın otonomluğunu tanımıştır ancak Bland'ın talimatlarının açık ifadesi yokluğunda bu değerlerin nasıl uzlaştırılacağı meselesi ise cevapsız kalmıştır.

Benzer davalar Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da bir dizi mahkemede görülmüştür. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin meşhur *Cruzan* kararında (bu davada bitkisel hayattaki bir hastanın ailesi her ne kadar kızlarının yaşamına dair vasiyetinde bunu ifade etmese de kızlarının mevcut durumda yaşamaya devam etmek istemeyeceği konusunda mahkemeyi ikna etmeye çalışmıştır.) devletin hayatın kutsallığında ve bunun korunmasında bir menfaati olduğuna hükmetmiştir. Devletin hayatı korumadaki menfaati, mahkeme kararlarında büyük ağırlık taşımaktadır.

Önceki davada mahkeme, Bland'ın beslenmesi ve sıvı yükleme-
sinin durdurulmasının bir suç teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir çünkü düzelmesi yönünde herhangi bir ümit yoktur ve her ne kadar hayatının sonlandırılması onun menfaatine olmasa da hayatta tutulması da onun menfaatine olmamaktadır. Hâkimler, rızaya dayanmayan besleme ve bunu devam ettirme yükümlülüğü için haklı bir sebep olmadığına hükmetmiştir. Yükümlülüğün olmadığı durumda besin ve sıvı verişinin kesilmesi bir suç teşkil etmemiştir.

Mahkemeler bu gibi ıstırap verici ikilemlerden kaçamaz. Ancak yükleri bir "yaşam vasiyeti"nin varlığı ile ciddi bir şekilde hafifleyebilir. Yaşam vasiyetinde bir birey şu şekilde bir ifade ile iradesini or-

taya koymuş olur: “Eğer fiziksel veya akli yetersizlik nedeniyle kendi tıbbi bakım ve tedavime dair kararlara katılamaz duruma gelirim aşağıdaki tıbbi koşullarda ve iki bağımsız doktorun makul bir iyileşme umudumun olmadığını onaylaması halinde, hayatımın suni şekilde devam ettirilmemesini arz ederim.”

Doğal hukukun esas iddiaları, bir normun hukuki geçerliliğinin onun maddi ahlaki niteliklerine *zorunlu olarak* bağlı olduğu fikrine karşı çıkan hukuki pozitivistler tarafından reddedilmiştir. Bir sonraki bölümde bu duruşun üzerinde durulacaktır.

Bölüm 2

Hukuki Pozitivizm

Tebaasına emirler veren güçlü bir hükümdar düşünün. Tebaa, onun isteklerine uymakla yükümlüdür. Klasik hukuki pozitivizmin kalbinde, onun iki büyük öncüsü Jeremy Bentham ve John Austin'in benimsediği şekliyle, bir emir olarak hukuk kavramı yatar. Modern hukuki pozitivistler ise, hukuk kavramına daha sofistike bir yaklaşım benimsemişlerdir. Ancak onlar da seçkin selefleri gibi, önceki bölümde ana hatları ile anlatılan, doğal hukuk tarafından ileri sürülen, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi reddederler. Doğal hukukçuların hukukun bir akıl yürütme süreci vasıtasıyla doğadan türeyen önermeler dizisi olduğu iddiasına, hukuki pozitivistler tarafından şiddetle karşı çıkılır. Bu bölümde; hukuk, ahlak ve bunlar arasındaki ilişkiye dair birçok analiz sunan bu önemli yaklaşımın, ana unsurlarını anlatılacak.

Pozitivizm terimi, konulmuş veya belirlenmiş hukuku ifade eden Latince *positum* kelimesinden türemiştir. Hukuki pozitivizmin özü, kabaca, herhangi bir kanunun geçerliliğinin objektif olarak doğrulanabilir bir kaynağa kadar takip edilebilir olduğu görüşüdür. Basitçe söylemek gerekirse, hukuki pozitivizm, bilimsel pozitivizm gibi, -doğal hukukçular tarafından benimsenen- hukukun insanların yaptığı yasalardan bağımsız olarak var olduğu görüşünü reddeder. Bu bölümde daha açık hale geleceği üzere, Bentham'ın ve Austin'in erken hukuki pozitivizmi, hukukun kaynağını egemenin emrinde

bulmuştur. H. L. A. Hart, hukuku diğer toplumsal kurallardan ayıran bir tanıma kuralına başvurur. Hans Kelsen, anayasayı doğrulayan temel bir norm belirler. Hukuki pozitivistler, hukuk ile ahlak arasında zaruri bir bağlantı olmadığını, hukuk kavramlarının analizinin sürdürülmeye değer olduğunu ve bunun sosyolojik ve tarihsel incelemeler ile eleştirel değerlendirmelerden (bunlara karşı olmasalar da) farklı olduğunu sıkça belirtirler.

Hukuki pozitivistler arasındaki en büyük ortak payda şudur ki; hukukun yasalaşmış hali ile hukukun ahlaki olarak olması gereken halinin (çalışma ve analiz amacıyla) ayrı tutulması gerekir. Başka bir deyişle, 'olması gereken' (ahlaki olarak arzu edilen) ile 'olan' (bilfiil var olan) arasında açık bir ayrım yapılmalıdır. Ama bundan, bir hukuki pozitivistin ahlaki sorunlara ilgisiz olduğu sonucu çıkarılamaz. Çoğu hukuki pozitivist hukuku eleştirir ve onu reform etmek için yollar önerir. Bu tutum, normal olarak ahlaki değerlendirmeler içerir. Ancak pozitivistler, hukuku analiz etmek ve anlamak için en etkin metodun, aydınlatmayı amaçladığımız şeyin ne olduğu belirlenene kadar ahlaki değerlendirmeleri askıya almak olduğu görüşünü paylaşmaktadırlar.

Pozitivistler, çoğu zaman kendilerine atfedilen, adil olmayan veya haksız kanunlara (sadece kanun olduklarından dolayı) itaat edilmesi gerektiği savına da tam olarak katılmazlar. Doğrusu istenirse, hem Austin hem de Bentham, eğer itaatsizlik iyiye doğru değişimi teşvik edecek ise kötü kanunlara itaatsizliğin meşru olduğunu kabul eder. Modern hukuki pozitivistlerin en başında gelen H. L. A. Hart'ın sözleriyle:

[B]ir şeyin hukuki olarak geçerli olduğunun tasdiklenmesi itaat sorununun sonu değildir (...)
Resmi sistemin sahip olabileceği otorite veya ihtişam atmosferi ne kadar muazzam olursa olsun,

onun taleplerinin sonuçta ahlaki bir denetime sunulması gerekir.

Bentham için olduğu gibi, Hart için de bu, hukuki pozitivizmin büyük erdemlerinden biridir.

Emirler Olarak Hukuk: Bentham ve Austin

Jeremy Bentham'ın (1748-1832) devasa yazıları; pozitivist hukuk felsefesine, hukuk sistemine ve hukukun sistematik analizine büyük bir katkı teşkil etmiştir. O sadece zamanının belli bir zümre tarafından kullanılan ilke ve sloganlarını ifşa edip; fayda prensibine dayanan kapsamlı bir hukuk, mantık, siyaset ve psikoloji kuramı inşa etmeye çalışmakla kalmadığı gibi; neredeyse her konuda hukuk reformu için girişimde bulunmuştur. *Common Law* ve onun dayandığı kuramsal temellere yaptığı eleştiriler bilhassa acımasızdır. Aydınlanmanın ruhundan etkilenmiş olan Bentham, *Common Law*'u aklın soğuk ışığına maruz bırakma arayışında oldu. Hukuku mistikliğinden çıkarmayı, maskesinin arkasında neyin bulunduğunu, karakteristik iğneleyici tarzıyla göstermeye çalıştı. Ona göre doğal hukuka yapılan atıflar, 'gizlenmiş kişisel kanaatler'den veya 'insanların, yasa organı içinde düpedüz kendilerince oluşturdukları kanaatler'den fazlası değildi.

Bentham, *Common Law*'un belirsizliğinin kendine özgü olduğunu ileri sürmüştür. Yazılı olmayan hukuk, doğası itibarıyla bulanık ve şüphelidir. *Common Law*, insan davranışına kılavuz olması makul olarak beklenebilecek, güvenilir, kamuya açık bir ölçüt sunamaz. Bentham'a göre, *Common Law*'un kaosunun sistematik olarak üstesinden gelinmesi gerekiyordu. Ona göre, bunun çözümü açık bir şekilde kodifikasyondan geçiyordu. Kanunnameler, ciddi biçimde hâkimlerin gücünü azaltacak; hâkimin vazifeleri hukuku yorumlamaktan çok hu-

kuku uygulamak olacaktı. Bu aynı zamanda, avukatlara duyulan ihtiyacın önemli bir kısmını da ortadan kaldıracaktı; kanun, hukuki danışmanların yardımı olmaksızın kolayca anlaşılabilir olacaktı. Ancak Roma hukukuna dayanan Napolyon kanunlarını uzun süreden beri benimseyen Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine; kodifikasyon, *Common Law* dünyasında bir rüya olarak kalmıştır.

John Austin (1790-1859), büyük eseri *The Province of Jurisprudence Determined*'ı [Belirlenmiş Hukuk Bilimi Sahası] 1832'de, Bentham'ın vefat ettiği sene yayımladı. Bentham'ın bir talebesi olarak, Austin'in hukuk anlayışı emirler ve zorunluluklar fikri üzerinde (her ne kadar bunların ne olduğu konusunda daha az ayrıntılı bir açıklama sunsa da) temellenir. Her iki hukukçu da, kişilerin egemenin gücüne olan tabiiyetine vurgu yapar. Ama bazen Austin'in tanımının, insan davranışı üzerindeki kontrole yaptığı vurgu nedeniyle ceza hukukundan fazla uzağa varamadığı düşünülmüştür. Austin'in, emirleri, hukukun ayırıcı özelliği olarak özdeşleştirmesi; yasa koyucunun iradesini yeterli derecede ifade eden, basit, tam bir hukuk tanımını formüle etmeye çalışan Bentham'inkinden daha dar bir hukuk tanımına onu götürmüştür.

Ancak her ikisi de, hukuk felsefesinin inceleme alanını, hukukun temel özelliklerini açıklama ve izah etmekle sınırlama endişesini paylaşmaktadır. Ancak Austin'in, 'gerçek anlamıyla hukuk' haritası Bentham'inkinden daha dardır ve iki kategori içerir: Tanrı kanunları ve insan kanunları. İnsan kanunları da (yani insanlar tarafından insanlar için konulan kanunlar), pozitif kanunlar veya 'tam anlamıyla hukuk olan' kanunlar (siyasi üstler olarak insanlar tarafından veya hukuki hakların neticesi olarak konulan kanunlar) ve siyasi üstler olmayan insanlar tarafından konulan veya hukuki hakların neticesi olmayarak konulan kanunlar olarak ikiye ayrılır. 'Sözde' kanunlar ise benzetme yoluyla kanun olarak isimlendirir-

lenler (örneğin, moda kanunları, anayasal teamüller ve uluslararası hukuk) ve mecazi kanunlar (örneğin, yer çekimi kanunu). Benzetme yoluyla isimlendirilen kanunlar, siyasi üstler olmayan insanlar tarafından konulan veya hukuki hakların neticesi olmayarak konulan kanunlar sadece ‘pozitif ahlaktırlar’[yani hukuk değildirler]. Sadece pozitif hukuk, asıl olarak hukuk biliminin konusu olabilir.

Bentham, bir faydacı (4. bölüme bakınız) ve bir hukuk reformcusu olarak tanınır. Ama o, kendi deyişi ile ‘açıklayıcı’ ile ‘eleştirel’ hukuk bilimi arasındaki ayrım üzerinde durmuştur. Açıklayıcı hukuk bilimi, hukukun ne olduğunu betimler; Eleştirel hukuk bilimi ise hukukun ne olması gerektiğini. Austin, bu bölümlendirmeyi korurken daha az kategorik değildir. Ancak onun analizi hem kapsam hem de amaç açısından Bentham’inkinden daha dardır.

Her ikisi de, faydacı bir ahlaka bağlı olsalar ve genel olarak doğa ve hukuk biliminin işlevi ile *Common Law* geleneğinin ciddi yetersizlikleri konusunda benzer görüşleri benimseseler de; konuya olan genel yaklaşımlarında bazı önemli farklılıklar vardır. Özellikle, önceden de belirtildiği üzere Bentham, yasamanın iradesini layıkıyla ifade eden tek, tam bir hukuk kavramı peşindedir. Tek bir kanunun; bir suçu, hukuk tarafından tanınan o türdeki suçların en dar tipi olarak tanımlayarak; nasıl tek bir suç tipini yarattığını göstermeye çalışır.

Austin bunun karşısında, kendi hukuk sistemi şablonunu haklar sınıflandırması üzerine inşa eder; ‘tam’ bir hukuk için bir arayış derdinde değildir. Diğer bir yandan Bentham, kapsayıcı bir kanunlar bütünü ile ‘yasama sanatı’nın unsurları şemasını sunma arayışında, karmaşık bir ‘irade mantığı’ ortaya koyar. Austin, Bentham’ın yasama sanatı ile kendisini meşgul etmektense, bir hukuk bilimi inşa etme peşindedir. Bentham, (özellikle hâkimler tarafından kullanılan) keyfi gücü kontrol edilebilecek araçlar tasarlama arayışındayken; Austin bu konular hakkında daha az endişelidir.

Austin'in ortaya koyduğu hukuk bilimi sahası haritasının temel özelliği, egemenin bir emri olarak hukuk kavramıdır. Bir emir olmayan hiçbir şey hukuk değildir. Sadece genel emirler hukuk olarak sayılırlar ve sadece egemenden çıkan emirler 'pozitif kanunlar'dır. Austin'in emirler olarak hukuk üzerindeki ısrarı, onun, örf-adet, anayasa ve uluslararası hukuku, hukuk bilimi alanından dışlamasını gerektirmiştir. Bunun nedeni, bu kuralların yaratıcısı olarak hiçbir belirli egemen tespit edilememesidir. Bundan dolayı, egemen devletler, uluslararası hukukun gereklerini hiçe sayma konusunda herkesin bildiği üzere oldukça serbest olmuştur.

Ancak Bentham için emirler, egemenin yasa çıkarırken kullandığı dört yöntemden sadece biridir. Belli bir davranışı emreden veya yasaklayan kanunlar (emreden kanunlar) ile belli bir davranışa izin veren kanunları (izin verici kanunlar) ayırır. Tüm kanunların, hem ceza hukukuna hem de özel hukuka dair olduğunu iddia eder; bir mülkiyet hakkı davasında bile cezai bir unsur vardır. Bentham, hiçbir yükümlülük veya yaptırım öngörmeyen kanunların (bunlara 'medeni kanunlar' der), 'tam kanun' olmadıklarını; bunların sadece kanunların belli parçaları olduklarını göstermeye çalışır. Temel hedefi bir kanunname oluşturmak olduğundan dolayı; ceza ve özel hukuk dallarının ayrı olarak biçimlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Felsefi bir hayvan postu doldurma sanatı?

"Kendi hukuk kuramını iyileştirici ve ilerici bulan her bir hukuki pozitivist karşılık bu kuramı kuru ve bozuk bulan bir doğal hukukçu vardır. Bu eleştirmenlere göre hukuki pozitivizm... iyi niyetli olmasına rağmen absürt uçlara gitmiş bir düşüncedir. Gizemden arındırma ve hatta şok etme hevesi ile bu kuram hukuku önemsizleştirir ve değiştirir. Doğal hukukçular hukuki pozitivizmi bir nevi felsefi bir hayvan postu doldurma sanatı olarak görürler: hukuki pozitivistler hukuku delerek onun ahlaki iç or-

ganlarını ve kanını akıtırlar ve daha sonra (tıpkı Bentham'ın University College London'da sergilenen muhafaza edilmiş bedeni gibi) doldurdukları postu sanki gerçeğiymiş gibi sergilerler."

Scott J. Shapiro, *Legality*, s. 388.

Emirler ile yaptırımlar arasındaki ilişki, Austin için daha az önemli değildir. Gerçekten de, emir fikrinin ta kendisi, emre itaat edilmemesinin ardından bir yaptırımın peşinden geleceği olasılığını içerir. Ama bir yaptırım nedir? Austin onu, bir kimsenin egemenin isteklerine uymaması koşuluna bağlanmış bir miktar zarar, acı veya kötülük olarak tanımlar. Bir emri ihlal eden her kimseye, bu kötü şeyin yapılacağına dair gerçekçi bir olasılık var olmalıdır. Lazım olan sadece asgari bir zarar, acı veya kötülük olasılığı *tehdididir*. Ancak bir isteğin yalnızca ifade edilmesi, bir yaptırımın peşinden geleceği muhtemel olmadıkça, bir emir değildir. Yükümlülükler bu nedenle yaptırımlar bakımından açıklanır: Bu, Austin'in emre dayalı kuramının temel kaidesidir. Ancak, bir yaptırımın olasılığı her zaman belirsizdir. Keza Austin, "bir yaptırım, 'en ufak kötülüğe en ufak maruz kalma ihtimali'nden ibarettir" şeklindeki yaptırım tanımıyla, tatminkâr olmayan bir pozisyona sürüklenmiştir.

Emir veren hükümdar fikri, hem Bentham'ın hem de Austin'in kuramlarına hâkimdir. Belirtmek gerekir ki her ikisi de, egemenin gücünün, insanların genel olarak onun kanunlarına itaat etme alışkanlığı göstermesiyle oluştuğunu kabul ederler. Austin, egemenin sınırlandırılmazlık ve bölünmezlik nitelikleri üzerinde ısrar ederken; Bentham, federalizm müessesesinin bilincinde olarak, yüksek yasama gücünün, onun deyişiyle 'kesin bir uzlaş' ile hem sınırlandırılıp hem de bölünebileceğini kabul eder.

Austin için, bir emrin dört özelliğine (istek, yaptırım, isteğin ifadesi ve genellik), emirlerine siyasi astlar tarafından itaat edilen ve

hiç kimseye bağılılığı olmayan belirli bir politik üst (veya egemen) olarak adlandırılan bir beşinci eklenir. Austin'in her şeye gücü yeten bir kanun yapıcısı üzerindeki vurgusu; yasama organının yasama yetkisine anayasal kısıtlamalar getiren, yasamanın gücünü merkezi bir federal yasama meclisi ile kurucu devletler (federe) veya eyaletlerin yasa yapıcı organları arasında bölüştüren hukuk sistemlerine (Birleşik Devletler, Kanada veya Avustralya'da olduğu gibi) uygun düşmemiştir. Bentham buna karşılık, egemenliğin sınırlanabileceğini veya bölünebileceğini onaylar ve yasama faaliyetinin yargısal denetiminden geçirilebileceğini (istemeyerek de olsa) kabul eder.

Austin'in 'gerçek anlamıyla hukuk'u bir egemenin emirleri olarak sınırlandırma görüşü, onu; egemenlik düşüncesini, toplumun üyeleri tarafından benimsenen itaat etme alışkanlığı üzerine temellendirmeye götürmüştür. Egemen, belirli olmalıdır (yani egemen kurumun bileşimi belirsizliğe mahal vermemelidir). Çünkü 'hiçbir belirsiz egemen açıkça veya zımnen emir veremez; itaat veya bağılılık elde edemez'. Bu da Austin'in; uluslararası hukuku, örf-adet hukukunu ve anayasa hukukunun önemli bir kısmını 'hukuk' olarak kabul etmeyi reddetmesi sonucunu doğurmuştur.

Dahası, hukukun tanımında, yaptırımın zaruri bir bileşen olduğundaki ısrarı, Austin'i, yükümlülüğü yaptırım bakımından açıklamaya götürmüştür. Eğer egemen, bir istek ifade ederse ve bir zarar verme (veya yaptırım uygulama) gücüne sahipse; o zaman bir kimse bu isteğe uygun olarak hareket etme yükümlülüğü altındadır. Bir 'istek' ile bir 'isteğin ifadesi' arasındaki fark, kanun tasarısı ile kanun [yasalaşmış] arasındaki farka benzer.

Austin'in yükümlülük ile yaptırım arasındaki ilişkilendirmesi; her ne kadar sadece (şekli anlamda) bir yükümlülük varsa onun ihlal edilmesinin normal olarak bir yaptırıma sebebiyet vereceğini göstermeye çalışsa da; hatırı sayılır ölçüde eleştiri çekmiştir. Baş-

ka bir ifadeyle o, hukuka neden itaat edildiğine veya itaat edilmesi gerekip gerekmediğine dair bir açıklama getirmektense, hukuki bir yükümlülüğün ne zaman var olduğunu açıklamaya çalışır. Yine de şüphesiz ki, yükümlülük kavramına yersiz bir önem atfeder. Hukuk; evlilik, sözleşmeler ve vasiyetnamelere olanak tanıdığı durumlarda olduğu gibi çoğu zaman hiçbir doğrudan yükümlülük dayatmaz. Bu işlemleri ifa etmek için hiçbir yükümlülük altında değildir, ancak bunlar açıkça hukukun parçasıdır. H. L. A. Hart, onları 'yetki veren kurallar' olarak adlandırır (aşağıya bakınız).

Bentham'ın daha az dogmatik olan yaklaşımı, Austinci anlamda bir yaptırım yokluğunda dahi bir egemenin emirlerinin hukuk oluşturabileceği düşüncesine olanak sağlar. Bentham'a göre hukuk, hem cezaları ("zorlayıcı teşvikler") hem de ödülleri ("çekici teşvikler") içerir. Ancak bunlar, hukukun ne olduğunu ve ne olmadığını belirlemez.

Dahası, Bentham, egemenin emirlerinin Austinci anlamda yaptırımlardan yoksun olması durumunda bile hukuk teşkil edeceğini kabul eder. Ona göre hukuk, hem cezaları ("zorlayıcı teşvikler") hem de ödülleri ("çekici teşvikler") kapsar. Ancak bunlar Austin için, olduğu gibi hukukun tanımlayıcı özellikleri değildir. Bu nedenle Bentham, Austin'in sistemindeki önemli bir zayıflık olan dar hukuk ve hukuk sistemi tasavvuru açısından masumdur.

Bentham ve Austin, modern hukuki pozitivizmin temellerini atmıştır. Ancak düşünceleri, çağdaş hukuki pozitivistler tarafından hatırı sayılır biçimde işlenmiş, geliştirilmiş ve hatta reddedilmiştir. Bu bölümün geri kalanı bunların başında gelen üç ana karakterin yaklaşımlarını ana hatlarıyla çizecektir: H. L. A. Hart, Hans Kelsen ve Joseph Raz.

Toplumsal Kurallar Olarak Hukuk: H. L. A. Hart

H. L. A. Hart'ın (1907-1992), analitik felsefenin ve özellikle dil felsefesinin tekniklerini hukuk bilimine uygulayarak, modern hukuk kuramının haritasını çıkardığı çoğu kişi tarafından kabul edilmiştir. Çalışması; hukuki kavramların anlamlarını, onları uygulama biçimimizi ve yasal sistem ile hukuk hakkında nasıl düşündüğümüzü aydınlatır. Örneğin, bir 'hak' sahibi olmak ne anlama gelir? Bir şirket veya bir borç nedir? Hart, hukukun ortaya çıktığı ve geliştiği kavramsal bağlamı anlamadığımız sürece, hukuku tam olarak kavrayamayacağımızı savunur. Örneği, dilin 'açık dokulu' olduğu iddiasındadır. Bundan hareketle, kelimelerin (ve böylece kuralların) birden çok açık anlamının olduğunu; söz konusu kelimenin vakaya uygun düşüp düşmediğinin belli olmadığı, bazı 'yarı gölgesel' durumların her zaman var olduğunu ileri sürer. 1961'de yayımlanan kitabı *The Concept of Law* [Hukuk Kavramı], hukuk kuramının bir klasığıdır ve dünya çapında birçok diğer hukukçu için bir katalizör işlevi görmüştür.

Hart'ın pozitivizmi; Bentham ve Austin tarafından çizilen, hukuku büyük ölçüde zorlayıcı olarak tasvir eden resimden oldukça farklıdır. Hart hukuku, ancak bir topluluğun mevcut sosyal pratiklerinin betimlenmesiyle anlaşılabilecek toplumsal bir fenomen olarak ifade eder. Hart, bir topluluk olarak hayatta kalmak için belli temel kuralların varlığına ihtiyaç olduğunu iddia eder. Bunları, 'doğal hukukun asgari içeriği' olarak adlandırır. Bunlar, aşağıdaki temel özellikleri yansıtan insani durumumuzdan ortaya çıkar:

'İnsani savunmasızlık': Hepimiz fiziksel saldırılara açığız.

'Yaklaşık eşitlik': En güçlü bile bazen uyumalıdır.

'Sınırlı özgecilik': Genellikle bencilizdir.

'Sınırlı kaynaklar': Yiyecek, kıyafet ve barınmaya ihtiyacımız vardır ve bunlar sınırlıdır.

‘Sınırlı anlayış ve irade kuvveti’: İnsanlarla yapacağımız işbirliği konusunda güvenilir değildir.

Bu insani zayıflıklar, kişileri ve mülkiyeti korumak ve sözlerin tutulmasını sağlamak için kuralların yasalaştırılmasını gerektirir. Ancak Hart, her ne kadar ‘doğal hukuk’ deyimini kullansa da; hukukun ahlaktan türediğini veya ikisi arasında zorunlu olarak kavramsal bir ilişki olduğunu kastetmez. Doğal hukukun bu asgari içeriğinin, hakkaniyete uygun veya adil bir toplumu sağladığını da söylemez. Hart, hukuki pozitivizmini, hem faydacılıktan (4. bölüme bakınız) hem de Austin ve Bentham tarafından savunulan emir hukuk kuramından ayırır. Emir kuramına Hart’ın itirazı, hukukun silahlı bir adamın iradesinden (bir yaptırım tarafından desteklenen bir emir) fazlası olduğu görüşü üzerinde temellenir.

Marjinalleşmiş pozitivistler?

Analitik pozitivistler hukuka dair kavramsal araştırmalarına hukuki maddi içerik ve siyasi felsefeden bağımsız bir şekilde devam ediyor. Ancak genellikle kendi aralarında konuşuyorlar. Akademide ile mesleki alanda marjinalleşmiş hale geldiler.

Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, s. 34.

Hart’ın kuramının çekirdeğinde, kanunların nasıl çıkarılacağını belirleyen usulleri şart koşan, resmi görevlilerce kabul edilen temel kurallar yer alır. Bunların en önemlisini Hart, ‘tanıma kuralı’ olarak adlandırır. Hukuku icra eden resmi görevliler tarafından kabul edilen bu tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin temel anayasal kuralıdır. Tanıma kuralı, bir kuralın gerçekten bir kural [bir hukuk kuralı] olup olmadığını tasdik eden geçerlilik şartları veya kıstasları belirler.

Hart’ın analizinde hukuk, bir kurallar sistemidir. Argümanı şu

şekilde devam eder: Tüm toplumların toplumsal kuralları vardır. Bunlar; ahlaka ve oyunlara dair kuralları kapsadığı gibi, yükümlülükler veya borçlar yükleyen yükümlülük kurallarını da içerir. Yükümlülük kuralları; ahlak kuralları ve hukuk kuralları (veya hukuk) olarak bölünebilir. Yukarıda bahsedilen insani sınırların bir sonucu olarak, tüm toplumlarda yükümlülük kuralları için bir gereklilik vardır. Hukuk kuralları; birincil kurallar ve ikincil kurallar olarak bölünebilir. Birincil kurallar; insanların özendiği ama eğer yakın bir şekilde birlikte var olacaklarsa normal olarak baskılamaları gereken şiddeti, hırsızlığı ve hileyi yasaklar. İlkel toplumların kuralları genelde yükümlülük dayatan bu birincil kurallar ile sınırlıdır.

Ancak bir toplum karmaşıklaştıkça, birincil kuralları değiştirme, bu kural ihlallerini yargılama ve hangi kuralların gerçekten yükümlülük kuralları olduğunu tespit etme gereği açıkça ortaya çıkar. Bu üç gereklilik, her bir durumda, modern toplumlarda üç tipte ikincil kuralın uygulanması ile yerine getirilir: Değişim, yargılama ve tanıma kuralları. Birincil kuralların aksine, ikincil kuralların ilk ikisi genellikle yükümlülükler dayatmaz ama çoğu zaman yetki verir. Tanıma kuralı ise yükümlülükler (çoğunlukla hâkimlere) dayatıyor gibidir. Bu noktayı aşağıda açıyorum.

Bir hukuk sisteminin varlığı iki koşulun sağlanmasını gerektirir. İlk olarak, geçerli yükümlülük kurallarına toplumun üyeleri genel olarak uymalıdır. İkinci olarak, resmi görevliler değişim ve yargılama kurallarını kabul etmelidir; tanıma kuralını da 'iç bakış açısından' kabul etmelidir.

Evvelce belirtildiği gibi Hart, Austin'in emirler olarak kurallar anlayışını ve kuralların sadece dıştan gözlemlenebilen aktiviteler veya alışkanlıktan ibaret fenomenler olduğu düşüncesini reddeder. Bunun yerine Hart, kuralların *toplumsal* boyutunu, yani bir toplumun üyelerinin söz konusu kuralı algılamasındaki tutumu, hukuka

olan yaklaşımlarını değerlendirmemizi ister. Bu ‘iç’ boyut, bir kural ile basit bir alışkanlık arasındaki farkı ortaya çıkarır.

Onun örneğini kullanırsak; satranç oyuncuları, veziri aynı şekilde oynama konusunda benzer alışkanlıkları olmalarına ilaveten, bu şekilde oynamaya ‘eleştirel düşününsel bir tutumları’ da vardır. Hepsi bunu, satranç oynayan herkes için bir ölçüt olarak görür. Başka oyuncuları takdir ederken veya kendileri eleştiriye maruz kaldıkları zaman bu şekildeki bir eleştirin haklılığını kabul ederken bu tutumu ortaya koyarlar.

Başka bir deyişle, kuralların doğasını kavramak için onları *tec-rübe edenlerin* veya onlar üzerinden yargıda bulunanların bakış açısından onları incelememiz gerekir. Hart, ‘kural’ kavramını aynı zamanda ‘mecbur olmak’ ile ‘bir yükümlülük sahibi olmak’ arasındaki farkı koymak için de kullanır. Silahlı bir adam ‘Ya paranı ya da canını?’ diye sorduğunda itaat etmeye *mecebursunuz*, ama Hart der ki, öyle yapmak için hiçbir *yükümlülük sahibi* değilsinizdir, çünkü hiçbir kural sizin üstünüzde bir yükümlülük dayatmamıştır.

Birincil kuralların doğasını ve amacını betimledikten sonra Hart, her hukuk sisteminin üç türdeki ikincil kuralları bünyesinde bulundurduğunu göstermeye girişir. İlkine değiştirme kuralları der. Bunlar, birincil kurallarda ve bazı ikincil kurallarda (örneğin yargılama kuralı, aşağıda), yasama ve yargı tarafından yapılacak değişikliklere imkân verir. Değiştirme usulü, kişilere veya gruplara (örneğin Kongre veya Parlamento gibi) belli usullere uygun olarak yasa yapması için yetki veren ikincil kurallar tarafından düzenlenir. Değişim kuralları ayrıca hukuki durumumuzu değiştirmemiz için size ve bana da yetki verir (örneğin, sözleşmeler, vasiyetnameler düzenlemek gibi).

İkinci olarak, hâkimler gibi kişilere esas olarak birincil kuralların ihlalleri durumlarında hüküm verme yetkisi veren yargılama kuralları vardır. Bu yetki, haksızlık yapan kimseyi cezalandırma

veya onu tazminat ödemeye mecbur bırakma yetkisi ile doğal olarak birleşiktir.

Üçüncü sırada, bir hukuk sisteminin tüm kurallarının geçerliliğinin takdir edildiği işbu kıstasları belirleyen tanıma kuralı vardır. Yukarıda gösterildiği gibi, diğer iki ikincil kural tipinden farklı olarak, görünen o ki, tanıma kuralı bir dereceye kadar yükümlülük dayatmaktadır: Kamu gücünü kullananların (özellikle hâkimlerin) belli kuralları takip etmesini gerekli kılmaktadır. Hart kuralların, ancak tanıma kuralı tarafından hukuk sisteminin belirlendiği kıstasları yerine getirme şartıyla hukuk sisteminin geçerli öğeleri olabileceklerini savunur. Tanıma kuralını Paris'teki demir metre çubuğuna (bir metrenin eskiden ölçüldüğü nihai ölçüt) benzetirsek, tanıma kuralının geçerliliği sorgulanamaz. O ne geçerli ne de geçersizdir, ama doğru ölçüt olduğu öylece kabul edilmiştir.

Hart'a göre bir hukuk sistemi, ancak geçerli birincil kurallara itaat ediliyor ve resmi görevliler değişim ve yargılama kurallarını kabul ediyorsa var olabilir. Hart'ın sözleriyle:

Bir hukuk sisteminin var olduğu iddiası (...) hem sıradan vatandaşların itaatine hem ikincil kuralların resmi görevliler tarafından resmi hareket tarzının hassas ortak ölçütleri olarak kabul etmesine bakan Janus yüzlü (iki taraflı) bir önermedir.

Sizin ve benim, toplumun sıradan üyeleri olarak birincil kuralları veya tanıma kuralını kabul etmemize gerek yoktur; sadece *resmi görevlilerin* 'iç bakış açısından' böyle yapmaları gerekmektedir. Bu ne demektir? Hart'ın cevabı şu şekildedir:

Belli davranış kalıpları için ortak bir ölçüt olarak eleştirel düşünümsel bir tutumun varlığı gereklidir. Bu tutum kendini, eleştiride (öz-eleştiri

dâhil), normlara uyma taleplerinde ve bu eleştiri ve taleplerin haklı olduğunu onaylamada kendini gösterir; tüm bunların tipik ifadelerini, 'gereklilik' ve 'zorunluluk' ile 'doğru' ve 'yanlışın' normatif terminolojisi içinde buluruz.

Kuralların bu 'iç' boyutu böylece, toplumsal kuralları sıradan grup alışkanlıklarından ayırır. İkincil kuralları kabul etmeleri, resmi görevlilerin onları tasvip etmeleri manasına gelmez. Haksız bir hukuk sisteminde hâkimler uygulamakla yükümlü oldukları kuralardan öğrenebilirler, ama onları kabul ederek Hart'ın bir hukuk sisteminin var olması için gereken şartları yerine getirirler.

Hart, bir hukuk sisteminin genel olarak takdir toplayamaması durumunda, ahlaki veya politik olarak uygunsuz olabileceğini teslim eder. Ancak bu ahlaki ve siyasi kıstaslar 'hukuk sistemi' kavramının belirleyici özellikleri değildir. Bir hukuk sisteminin geçerliliği, bu nedenle etkinliğinden bağımsızdır. Tamamen etkisiz bir kural, geçerli bir kural (tanıma kuralından çıktığı takdirde) olabilir. Ancak geçerli bir kural olması için, kuralın bileşeni olduğu hukuk sisteminin, bir bütün olarak etkin olması gerekir.

Normlar Olarak Hukuk: Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973), karmaşık 'saf hukuk kuramı'nda, hukuku nasıl anlamamız gerektiğine dair incelikli ve derin bir tarif izah eder. Hukuku anlamak için, hukuku bir 'gerekler' veya *normlar* sistemi olarak tasavvur etmemiz gerektiğini iddia eder. Kelsen, hukukun, bu normlar tarafından belirlenen hukuki eylemlerden de oluştuğunu teslim eder. Ancak, hukukun esas karakteri (yargı kararlarını ile sözleşmeler, vasiyetnameler gibi hukuki işlemleri kapsayan) normlardan gelir. En genel normlar bile insan davranışını tarif eder.

Büyük 18. yüzyıl filozofu Immanuel Kant'tan etkilenen Kelsen, maddi gerçekliği sadece zaman ve yer gibi doğada 'var' olmayan belli şekli kategorileri kullanarak anlayabileceğimizi kabul eder: Dünyayı anlamlandırmak amacıyla bunları kullanırız. Benzer şekilde, 'hukuk' anlamak için de şekli kategorilere ihtiyaç duyarız, örneğin adından da anlaşılacağı gibi her hukuk sisteminin temelinde yatan temel norm (veya *Grundnorm*) gibi (aşağıya bakınız). Kelsen, hukuk kuramının fizikten veya kimyadan daha az bilim olmadığını iddia eder. Bu nedenle hukuku; ahlak, psikoloji, sosyoloji ve siyaset kuramından gelen, saf olmayan şeylerden arındırmamız gerekir. Bu şekilde Kelsen, analizimizi pozitif hukuk normlarına yoğunlaştıran, bir çeşit etik temizlik savunur. Bu normlar, eğer belli davranış (X) icra edilirse, bundan sonra resmi görevli tarafından faile bir yaptırım (Y) uygulanacağını ilan eden 'gerekler'dir. Kelsen'in 'saf' kuramı bu şekilde, hukukun ahlaki, toplumsal veya siyasi işlevleri dâhil olmak üzere nesnel olarak bilemeyeceklerimiz unsurlarını dışlar. Hukukun sadece tek bir amacı vardır: Cebrin tekelleştirilmesi.

Kelsen'in anlayışına göre bir norm, bir şeyin yapılmasını veya bir şeyin olmasını (bilhassa bir kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini) icap ettirir. Bunun sonucu olarak, 'kapı kapanmalı' önermesi de, kırmızı bir trafik ışığı gibi norm oluşturur. Ancak geçerli olmak için, norm, bir şeyin yapılmasını veya bir şeyin olmasını başka bir norm tarafından yetkilendirilmelidir. Bu diğer normun da, daha üstün bir hukuki norm tarafından yetkilendirilmiş olması gerekir. Kelsengöreceliliğe son derece bağlıdır: 'orada bir yerlerde' [sabit, değişmez] değerler olduğu düşüncesini reddeder. Onun için tüm normlar incelenmekte olan kişi ve gruba bağlı olarak görecelidir.

Toplumsal düzenin tesisi; davranışlarımızın yasal veya yasal olmadığını belirleyen normların, yöneticiler tarafından konulmasıyla gerçekleşir. Kelsen bu normların onlara uyulmadığı durumlar için

yaptırımlar öngördüğünü iddia eder. Bu nedenle hukuk normları, bir yaptırım öngörmeleri bakımından diğer normlardan ayrılır. Bir hukuk sistemi devlet zoru üzerine kurulmuştur: Normlarının arkasında güç tehdidi vardır. Bu nitelik, vergi toplayıcısını soyguncudan ayırır. Her ikisi de paranızı talep eder. Başka bir deyişle, her ikisi de ödeme yapmanız *gerektiğini* buyurur. Her ikisi de *sübjektif* bir irade eylemi sergiler, ama sadece vergi toplayıcısının *objektif* olarak geçerlidir. Neden? Çünkü der Kelsen, soyguncunun zorlayıcı emrinin sübjektif anlamı, bu emrin objektif anlamına denk gelecek şekilde yorumlanmamıştır. Neden öyle olmamıştır? Çünkü birinin bu emre uymasını gerektiren hiçbir temel norm öngörülmemiştir. Peki neden? Çünkü soyguncunun zorlayıcı emri, 'süre gelen etkinlikten' (ki onsuz hiçbir temel norm var olamaz) yoksundur. Bu durum, aşağıda bahsedilen Kelsen'in kuramındaki geçerlilik ile etkinlik arasındaki asli ilişkiyi gösterir.

Onun bir hukuk sistemi modeli, en genel 'gerekler'den (misal, yaptırımların anayasaya aykırı olmayacak şekilde uygulanması gerekir), en özel veya 'somut' 'gerekler'e (misal, Charles'ın, yaptığı sözleşmeye bağlı olarak Camilla'nın çimlerini biçmesi gerekir) kadar tüm bu 'gerekler'den ileri gelen birbirine bağlı normların art arda gelmesidir. Bu hiyerarşik sistemde her norm geçerliliğini bir diğer üst normdan alır. Tüm normların geçerliliği nihayetinde temel norma dayanır.

Her bir normun geçerliliği bir üst norma; onun da geçerliliği bir üst norma dayandığına göre; er geç bir noktada daha da ilerleyemeyeceğimiz bir yere geliriz. Geldiğimiz son nokta temel norm veya *Grundnorm*'dur. Tüm normlar (devletin anayasası bile dâhil olmak üzere) yükselen 'somutlaşma' seviyeleri sonunda bu temel normdan çıkar. Doğası gereği temel normun geçerliliği başka herhangi bir norma dayanmadığından, geçerliliği varsayılmalıdır. Kelsen bu

varsayım olmadan hukuk düzenine anlam veremeyeceğimizi ileri sürer. Temel norm vardır; ancak sadece 'hukuki bilinçte' vardır. Bu varsayım, hukuk sisteminin, hukuk bilimcileri, hâkimler veya avukatlar tarafından bizim için anlaşılır hale getirilmesine imkân verir. Ancak temel norm keyfi bir şekilde seçilmez. Temel norm, oluşturduğu hukuk düzeninin bir bütün olarak 'genel anlamda' etkin olup olmadığına bakılarak tayin edilir. Geçerliliği, etkinliğine dayanır. Başka bir deyişle, temel normun geçerliliği başka bir norma veya hukukun üstünlüğüne dayanmaz; ancak saflık amacıyla *varsayılır*. Bu nedenle o, bir hipotezdir; tamamen şekli bir kurgudur.

Temel normun doğası, Kelsen'in bir babanın oğluna okula gitmesi için talimat verdiği dinsel bir analogi tarafından resmedilmiştir. Bu tekil norma çocuk itiraz eder: Neden okula gitmeliyim? Başka bir deyişle, babasının iradî eyleminin sübjektif anlamının neden normun objektif anlamı olduğunu sorar. Yani bunun kendisini bağlayan bir norm olup olmadığını veya aynı anlama gelecek şekilde bu normun geçerlilik temelini ne olduğunu sorar. Baba cevap verir: 'Çünkü Tanrı ebeveynlere itaat edilmesini emretmiştir yani Tanrı, ebeveynlere çocuklara emir verme yetkisi vermiştir.' Çocuk karşılık verir: 'Neden bir kişi Tanrının emirlerine uysun ki?' Çocuk, Kelsenci anlamda, Tanrı'nın irade açıklamasının sübjektif anlamının niye aynı zamanda normun objektif anlamına tekabül ettiğini sorar. Yani bunun neden geçerli bir norm olduğunu veya aynı anlama gelecek şekilde bu genel normun geçerlilik temelini ne olduğunu sorar. Buna verilebilecek tek olası cevap şudur: Çünkü bir inanan, Tanrı'nın emirlerine uyması gerektiğini baştan kabul eder. Bu kabul, dinsel bir ahlaktaki normların geçerliliğini temellendirmek için bir imanlının gerçekleştirdiği akıl yürütmede baştan varsaymak zorunda olduğu bir normun geçerlilik ifadesidir. Bu, dinsel bir ahlakın temel normunu oluşturur; o ahlaktaki tüm normların geçerliliğini

oturtan normdur. Temel bir normdur çünkü geçerliliğinin kaynağı hakkında başka sorular ileri sürülemez. Bu ifade pozitif bir norm değil, (yani gerçek bir irade eylemi ile konmuş bir norm değil) bir inananın düşüncesinde önceden varsayılan bir normdur.

Temel norm, iki büyük işlevi yerine getirmesi için tasarlanmıştır. İlki, bir soyguncunun taleplerini hukukunkilerden ayırt edebilme-mizde bize yardımcı olmasıdır. Başka bir deyişle, zorlayıcı bir emri objektif olarak geçerli kabul etmemize imkân sağlar. İkinci olarak, bir hukuk düzeninin bütünlük ve birliğini açıklar. Tüm geçerli hukuk normları çelişkili olmayan bir anlam alanı olarak yorumlanabilir.

Kelsen temel normu şu şekilde ifade eder:

Cebri eylemler, önce anayasa ve sonra ona uygun olarak yapılan normların öngördüğü koşullar altında ve şekliyle icra edilmelidir. (Kısaca, anayasanın öngördüğü şekilde hareket edilmelidir.)

Temel norm tamamen şekli bir kurgu olarak, belli bir içerikten yoksundur. Kelsen der ki, herhangi bir insan davranışı, bir hukuk normunun konusu olabilir. Normlarının içeriği nedeniyle de pozitif bir hukuk düzenine geçerlilik yadsınamaz.

Kelsen bir bütün olarak hukuk düzeninin etkinliğinin, onun içinde yer alan her normun geçerliliği için gerekli bir koşul olduğunu iddia eder. Bundan dolayı Kelsen, hukuk sisteminin kanunlarına genel olarak itaat edilmesi olgusunun bir hukuk sisteminin varlığı açısından önemli olduğunu kabul eder. *Saf Hukuk Kuramı*'nda meseleyi açıkça ortaya koyar: 'Genel anlamda her zorlayıcı emir, objektif olarak geçerli normatif bir emir olarak yorumlanabilir.' Ama Kelsen'in bu düşüncesi sorunludur. Kanunlara gerçekten uyulup uyulmadığını veya onların göz ardı edilip edilmediğini nasıl bilebiliriz? Bir kanunun Kelsen'in deyişiyle 'genel anlamda' etkin olduğunu

nasıl test ederiz? Birçok kişi, bir hukuk düzeninin etkin olup olmasının, gözlemleyebileceğimiz veya tanık olabileceğimiz ampirik bir mesele olduğunu söyleyecektir. Ama saf kuram, bu çeşit 'sosyolojik' incelemeleri hor görerek reddeder.

Kelsen aynı zamanda, hukukun etkinlik nedenlerinin (rasyonelliği, iyiliği vb.) herhangi bir değerlendirmesinden de kaçınır. Eğer bir hukuk düzeninin geçerliliği temel normunun etkinliğini gerektiriyorsa o zaman, sistemin temel normu genel olarak toplumdan destek almazsa hukukun olmadığı sonucuna varılır. Başarılı bir devrimden sonra olan budur. Mevcut temel norm artık yoktur; Kelsen der ki, devrimci hükümetin yeni kanunları etkin bir şekilde uygulanınca, hukukçular yeni bir temel normun oluştuğunu varsayabilirler. Bunun nedeni, temel normun anayasa değil, değişmiş olan durumun bilfiil kabul edilmesi gerektiği varsayımı olmasıdır.

Kelsen'in fikirlerine, devrim tecrübe etmiş devletlerin (Pakistan, Uganda, Rodezya ve Grenada) birçok mahkemesi tarafından atıf yapılmıştır.

Toplumsal Olgu Olarak Hukuk: Joseph Raz

Oxford'lu felsefeci Joseph Raz'ın eseri basit bir özete elverişli değildir. Önde gelen 'sert' veya 'dışlayıcı' bir hukuki pozitivist olan Raz, bir hukuk sisteminin kimliğinin ve varlığının üç unsura başvurularak tahlil edilebileceğini savunur: etkinlik, kurumsal karakter ve kaynaklar. Hukuk, bu şekilde ahlaki içeriğinden süzölmüş olur; hukukiliğin ahlaki erdeme dayanmadığı düşüncesi üstünde temellenir. H. L. A. Hart gibi 'yumuşak' pozitivistler bu görüşü reddeder ve ahlaki içerik veya erdemin geçerliliğin bir koşulu olarak dâhil edilebileceğini veya birleştirilebileceğini kabul ederler. Bu nedenle onlara 'birleştiriciler' de denir.

Ancak Raz hukukun otonom olduğunu iddia eder: Onun içe-

riğini ahlaka başvurmadan teşhis edebiliriz. Diğer yandan, hukuki *akıl yürütme* otonom değildir; bu adli akıl yürütmenin kaçınılmaz ve arzu edilen bir özelliğidir. Raz'a göre, her kanunun içeriği ve varlığı; hukuk sistemindeki anlaşmalar, kurumlar ve katılımcıların niyetleri hakkında *olgusal* bir inceleme ile belirlenebilir. 'Hukuk nedir?' sorusuna verilecek cevap her zaman bir olgudur. Hiçbir zaman ahlaki bir yargı değildir. Bu onu 'sert' veya 'dışlayıcı' bir pozitivist olarak imler. 'Dışlayıcıdır', çünkü ona göre, hukuku buyurucu olarak görmemizin nedeni, hukukun davranışlarımızı ahlakın yapamadığı şekilde yönlendirebildiği gerçeğidir. Başka bir deyişle, hukuk diğer tüm davranış kuralları üstünde öncelik iddia eder. Hukuk, otoritenin nihai kaynağıdır. Bunun sonucu olarak, bir hukuk sistemi özü gereği, buyurucu bir kurallar bütünüdür. Bu otorite iddiası, bir hukuk sisteminin alametifarikasıdır.

Raz, pozitivistler tarafından öne sürülen ve doğal hukukçular tarafından saldırılan üç temel iddia belirler:

Toplumsal tez: Hukuk, ahlaki değerlendirmelere atıf yapılmadan toplumsal bir olgu olarak tarif edilebilir.

Ahlaki tez: Hukukun ahlaki erdemi, ne mutlak ne de içkindir; buna karşın 'hukukun içeriğine ve uygulandığı toplumun koşullarına' bağlıdır.

Semantik tez: Hak ve ödev gibi normatif kavramlar, ahlaki ve hukuki bağlamda aynı şekilde kullanılmaz.

Raz sadece toplumsal tezi kabul eder. Bunu yaparken, sayelerinde bir hukuk sistemi tarif edebileceğimiz üç kıstasa dayanır: Hukukun etkinliği, kurumsal karakteri ve kaynakları. Tüm bu üçünden, ahlaki sorular dışlanmıştır. Bu şekilde, hukukun kurumsal karakteri; kanunların sadece belli kurumlarla (mesela yasama gibi) olan ilişkisi ile tarif edilebileceği anlamına gelir. Bu tip kurumlar tarafından ka-

bul edilmemiş (her ne kadar ahlaken kabul edilebilir olsa da) hiçbir şey hukuk değildir. Ve tersten alırsak da, bu tipte kurumlar tarafından kabul edilen her şey hukuktur.

Raz aslında hukuki pozitivistizmin merkezi bir özelliği olarak toplumsallık tezini (kaynaklar tezinin) daha güçlü bir biçimini öne sürer. Kaynaklar tezi için yaptığı en önemli gerekçelendirme, hukukun temel bir işlevini izah etmesidir: Uymakla zorunlu olduğumuz ölçütler tesis etmek. Bunlar öyle ölçütlerdir ki, itaatsizliğimizi ölçütün mantığını sorgulayarak haklı çıkaramayız.

Esasen, toplumsal tezi kabul etmesi ve ahlaki ile semantik tezleri reddetmesi üzerinden Raz, genel ahlaki hukuka itaat etme ödevine karşı kendi iddiasını kurar. Bu sonuca ulaşırken, hukukun ahlaki otoritesi için ileri sürülen üç alışılmış argümana karşı durur. İlk olarak, hukuk ile diğer toplumsal denetim biçimlerini -pozitivistlerin yaptığı gibi- ayırmak için hukukun işlevlerini önemsememek gerektiği genellikle ileri sürülmüştür. Bu işlevler değerden bağımsız bir şekilde izah edilemeyeceği için hukukun herhangi bir işlevsel açıklaması ahlaki yargılar içermek zorundadır ve bu şekilde toplumsal teze aykırı düşerler. Raz'a göre hukukun gerçekten de belli işlevleri olsa da, kendi analizi değerlerden bağımsızdır.

İkinci olarak Raz, hukukun içeriğinin sadece toplumsal olgular ile izah edilebileceğini de kabul etmez, bu yüzden örneğin, mahkemeler kararlarını kaçınılmaz olarak açıkça ahlaki değerlendirmelere dayandırdıklarından; ahlak, hukukun gerçekte ne olduğuna dair izahlarımıza da sızar. Her ne kadar Raz, ahlaki kaygıların yargılama sürecine dâhil olduğunu kabul etse de; bunun her kaynak-temelli sistemde kaçınılmaz olduğu konusunda ısrar eder. Ama bu durum, ona göre, kaynaklar tezine karşıt bir iddia tesis etmez. Üçüncü olarak, zaman zaman, hukuku farklı kılanın; hukukun, hukukun üstünlüğü ülküsüne ve kimsenin hukukun üstünde olmadığı inancına uy-

gunluğu olduğu ileri sürülmüştür. Bazıları, elbette bunun hukukun gerçekten de ahlaki olduğunu ortaya koyduğunu iddia eder. Raz, hukukun üstünlüğüne uymanın icra kuvvetinin kötüye kullanılmasını azaltsa da, bunun hukuka bağımsız bir ahlaki değer vermeyeceğini iddia ederek bu iddiayı çürütmeye çalışır. Onun için hukukun üstünlüğü, hukukun kendisi tarafından yaratılan keyfi güç kullanımı riskine karşı engelleyici bir erdemdir. Adil ve eşit bir hukuk sisteminde dahi, prima facie bir itaat yükümlülüğün olmadığı düşüncesini bu şekilde sonuçlandırır.

Scott Shapiro yakın zamanda kendisinin “Hukukun Planlama Kuramı” olarak isimlendirdiği, hukukun doğasına dair farklı ve oldukça orijinal bir pozitivist tarif sunmuştur. Yazar, hukuki faaliyetin bir toplumsal planlama türü olduğunu göstermeye kalkışmıştır. Hukuki kurallar temelde “genelleştirilmiş planlar” veya bu tip planlar yapma otoritesi ile yetkili hukuki kurumların bir topluluk için oluşturduğu “plan benzeri normlar”dır. Ahlaki değerlendirmelerden ayrıklaştırılmış olan planlamanın esas amacı toplumsal hayatı sıkıntıya sokan ahlaki problemleri gidermek veya çözmektir.

Yazar, hayatın kendisinin (bu ister akşam yemeği pişirmek için yaptığımız hazırlıklar ya da ister geleceğimiz için yaptığımız ayarlamalar olsun), planlama içerisinde bir icra faaliyeti olduğunu söyler. En başta hukuk kurallarının var olması ve bu kuralların azameti, tüm bireylerin illa “iyi” olmasına gerek olmayan planları yapma ve uygulayabilme kabiliyetine dayanır. Kötü bir plan bile bir plandır. Bu plan da (diğer planlar gibi) hukukun alametifarikaları olan bir hiyerarşi yapısını, otoriteyi ve kurumsal giriftliği meydana getirir. Ancak şunu sorabiliriz: her kanun plan gibi midir? Bir toplumu düzenlemek gerçekten de akşam yemeği yapmaya benzer midir?

Güncel hukuki pozitivizm gittikçe teknik ve sofistike hale gelmiştir. Sert ve yumuşak denilen pozitivistler arasında bir ayrışma

oluşturmuştur. Bunlardan ilki (genellikle “dışlayıcı hukuki pozitivistler” olarak tanımlanırlar) hukukiliğin tüm ölçütlerinin “toplumsal kaynaklı” olmak zorunda olduğunu savunur. Bu, bir şeyin “hukuk” olup olmadığının belirlenmesi için normun içeriğine veya maddi değer veya erdemine bakılamayacağı manasına gelir. Başka bir deyişle, belli bir “hukuk”un var olması, onun hukuk *var olması gerekliğine* dayanmaz. Diğer yandan yumuşak pozitivistler (veya “kapsayıcı pozitivistler” veya “dâhil ediciler”), belli ilkelerin değerleri veya erdemleri nedeniyle hukuken bağlayıcı olabileceğini kabul ederler. Fakat ahlak, *ancak tanıma kuralı onu o şekilde öngördüğü durumlarda* bir geçerlilik koşulu olabilir.

Yumuşak bir pozitivist, tanıma kuralının ahlaki ölçütleri hukuka dâhil edebileceğini (bu yüzden onlara “dâhil ediciler” de denir.) kabul eder. Bu nedenle hukuk bazen ahlaki değerlendirmelere dayanabilir. Örneğin bir anayasa (veya bir haklar beyannamesi) bir mahkemenin davaları adalet ve eşitliği dikkate alarak karara bağlamasını öngörebilir. Bu durumda mahkeme bu ahlaki değerleri değerlendirerek bir hüküm verecektir. Bu nedenle yargılama artık sadece *hukuki* kuralların uygulanmasından ibaret değildir. Sert pozitivist, mevzu bahis bir hukuk normunun geçerliliğinin (hukuk sistemine dâhil olup olmaması durumunun) söz konusu normun ahlaki erdemlerine bakılarak çözülemeyeceği konusunda ısrar eder. Yumuşak pozitivistler ise hukukun belli durumlarda hukukun ne olduğunun saptama amacıyla ahlaki ölçütleri dâhil edebileceğini kabul ederler. *Hukuk Kavramı* kitabına sonradan yazdığı ek bölümde (*Postscript*), Hart da tanıma kuralının, ahlaki ilkeler ile uyumluluğu, bir hukuki geçerlilik ölçütü olarak içerebileceğini kabul ederek yumuşak pozisyonu benimsemiş görünüyor. Başka bir deyişle, ahlaki meseleler hukukun ne olduğunun belirlenmesi sürecine sızabilir.

Bu taviz, şaşılmayacak şekilde, bu ahlaki ölçülerin bir hâkim ta-

rafından hukuk olarak uygulanamayacağını iddia eden sert pozitivistler tarafından kınanmıştır. Onlara göre bu durum bir hâkimin, normların ahlaki değerine dair kendi değerlendirmesine dayanarak söz konusu normların uygulanıp uygulanmayacağına (yani hukuk olup olmadıklarına) karar verme gücüne sahip olması manasına gelir. Ancak hukuki pozitivizmin (sert veya yumuşak) en güçlü muhalifi olan Ronald Dworkin'in saldırısına karşı koyup koyamayacağı ise bir sonraki bölümün konusudur.

Hukuk ve değerler

Korkulan odur ki değerlere atıf yapmak hukuk kuramını bilimsel niteliğe dair herhangi bir iddiadan yoksun bırakır. Eğer öyle olsaydı, üniversiteler (bazen şaibeli olarak görülebilen bir mesleğe dair beceri ve numaralar öğreten meslek okulları olmaktan fazlası olmaları kaydıyla) bilginin taşıyıcıları yerine ideolojinin tedarikçisi olurdu. Eğer öyle olsaydı, hukuk bilimi, statükonun ve devlet sisteminin meşrulaştırma meşgalesi haline gelirdi veya baştan beri öyle olduğu gibi görülürdü. Eğer öyle olsaydı, hukuk profesörleri, kurulu düzeni en olumlu yönleri ile yorumlayarak onun savunucuları olurlardı. ... İnsan yapımı eserler ve tertipler, insanların onlara uyararak yaşamaya çalıştığı ve başkalarını da yaşatmaya çalıştığı her kural da dâhil olmak üzere, işlevsel olarak anlaşılmak zorundadır. Kasıtları nedir? Yöneldikleri nihai amaç nedir?... İlgili değerleri açıkça ele almamak, onları açıklamamak ve ilgili değerlerin ne olduğuna dair kendi tasarısını savunmamak, hukuk üzerine bir çalışmaya, bunların açık açık yapıldığı bir duruma kıyasla daha fazla nesnellik bahşediyor gibi gözükabilir. Ancak asıl değer yöneliminin açıkça beyan edilmesinden gizlenmesi kötü anlamda ideolojiktir. Temel aldığı değerler hakkında açık olan, bu değerlerin muvaffak olduğu şeyler kadar noksanlıklarına dair de uyanık

olan iyi niyetli bir yorum yöntemi, hukuk bilimi de dâhil olmak üzere tüm insan bilimlerinin elindeki en iyi nesnel araçtır.

Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s.305.

Bölüm 3

Dworkin: Hukukun Ahlaki Bütünlüğü

Ronald Dworkin (1931-2013) hukuki pozitivistizmin en sıkı eleştirmenidir. İddia eder ki: “hukuk esasen ahlak ile bir bütündür; hukukçular ve hâkimler demokratik bir devlette çalışan siyaset felsefecileridir”. “Değerin birliği”ne dair verdiği uzun mücadele, özel olarak Hart’ınki olmak üzere hukuki pozitivistizme yaptığı hücumla başlamıştır. Ancak kuramı bundan çok daha geniştir. Kuramı, ilham verici bir hukuk ve hukuk sistemi izahatı sunmanın dışında hukukta ahlakın yeri, bireysel hakların önemi ve hukuki işleyişin doğası hakkında analizler de içerir. Ve tüm bu unsurlar usta bir şekilde “hakları ciddiye almayı” amaçlayan tek bir hukuk vizyonunda bütünleşmiştir. Bunun da ötesinde, düşünceleri, yakın zamanda dineceği pek gözükmeyen devasa bir eleştirel yazının ortaya çıkmasını tetiklemiştir.

Dworkin, Oxford’da hukuk felsefesi profesörü olarak H. L. A. Hart’ın yerini aldıktan sonra hukuk felsefesinin temellerini sarsmıştır. Özellikle Britanya’da hukuki pozitivistizmin hâkimiyeti, bundan sonraki kırk yıl boyunca hem kuvvetli hem de yüksek nüfuzlu olan usta bir şekilde hazırlanmış bir hukuk kuramının kapsamlı saldırısına uğradı. Dworkin’in hukuk anlayışı, özellikle Birleşik Devletler’de, ne zaman tartışmalı ahlaki ve siyasi konular münazara edilse ağırlığını koymaya devam etmektedir. Hiçbir ciddi analiz; bu, Amerikan

Yüksek Mahkemesinin rolü, kürtaj konusu veya özgürlük ve eşitlik hakkındaki genel sorular üzerine olsun; Ronald Dworkin'in görüşlerini görmezden gelemeyiz. Onun hukuk hakkındaki yaratıcı vizyonu, hem hukuk kavramının derin bir analizidir hem de hukukun zenginleştirilmesine yönelik ikna edici bir çabadır.

Onun sofistike felsefesinin sayısız unsuru arasında, hukukun neredeyse her sorun için bir çözüm içerdiği iddiası da yer alır. Bu iddia, bir hâkim hiçbir kanun veya içtihadın uygulanamayacağı zor bir dava ile karşılaştığında; kendisinin takdir yetkisini kullandığı ve kendisine göre doğru cevap ne görünüyor ise ona dayanarak karar verdiği şeklindeki konvansiyonalist (pozitivist) anlayış ile çatışmaktadır. Dworkin, bu görüşe karşı çıkar ve bir hâkimin aslında hukuk yaratmadığını; bunun yerine, hukuki kaynakların zaten parçası olan şeyleri *yorumladığını* gösterir. Hâkim, bu kaynakların yorumu boyunca, hukuk sisteminin bağlı olduğu değerleri dile getirir.

Dworkin'in hukukun 'boşluksuz' bir sistem olduğu iddiasını anlamak için, aşağıdaki iki durumu değerlendiriniz:

Bir vasiyetnameye uyarınca varis olan sabırsız bir kişi, murisi öldürür. Mirasa sahip olmasına izin verilmeli mi?

Büyük bir satranç ustası rakibine sürekli olarak sırtarak onun dikkatini bozmaktadır. Rakip buna itiraz eder. Sırtmak, satranç kurallarının ihlali midir?

Çetin Davalar

Bunların her ikisi de 'çetin davalar'dır çünkü her ikisinde de onları çözmek için belirli bir kural yoktur. Bu durum, hukuki pozitivistlerin başını ağrıtır çünkü bir önceki bölümde bahsedildiği gibi, pozitivizm genel olarak hukukun toplumsal olgular tarafından belirlenen kurallardan ibaret olduğunu iddia eder. Bu örneklerde olduğu

gibi kurallar tükenince, sorun ancak kişisel ve bu nedenle potansiyel olarak keyfi bir takdirin kullanılması ile çözülebilir; bu da bir hukukçunun kâbusudur.

Ancak eğer, Dworkin'in iddia ettiği gibi hukukta kurallardan fazlası varsa, o zaman hukukun kendisinde bir cevap bulunabilir. Başka bir deyişle, bunlar gibi çetin davalar hukuki kaynaklara başvurularak karara bağlanabilir: Hukukun dışına uzanmaya ve bu şekilde kişisel yargıların katılmasına izin vermeye gerek yoktur.

Yukarıda belirtilen ilk bilmece, New York'ta 1899'daki *Riggs v. Palmer'a Karşı* davası kararından alınmıştır. Söz konusu vasiyetname geçerli bir şekilde düzenlenmişti ve katilin lehine idi. Ancak bir katilin mirası iktisap edip edemeyeceği belirsizdi: Miras intikali kuralları uygulanabilir hiçbir istisna öngörmüyordu. Bu nedenle katilin, miras üzerinde hakkı olması gerekirdi. Ancak New York Mahkemesi, kuralların uygulanmasının 'kimse kendi yanlışından kazanç sağlamamalıdır' ilkesine tabi olduğu kararına vardı. Bu şekilde bir katil, kurbanından miras alamayacaktı. Dworkin'e göre bu karar, hukukun kurallara ilave olarak *ilkeleri* de içerdiğini açığa vurur.

Dworkin'in ileri sürdüğü ikinci dilemmada; hakem, sırtmanın satranç kurallarını ihlal edip etmediğini belirlemesi için çağırılmıştır. Kurallar sessizdir. Bu nedenle hakem, bir entelektüel beceri oyunu olarak satrancın doğasını değerlendirmelidir: Sırtıma, bir psikolojik yıldırma eylemi midir? Başka bir deyişle hakem, satrancın pratiğine en iyi şekilde 'uyan' ve onu izah eden cevabı bulmalıdır. Bu sorunun doğru bir cevabı olacaktır. Bu durum, çetin bir davayı karara bağlayan hâkim için de aynı şekilde geçerlidir.

Hukuk sistemleri karakteristik olarak yukardakiler gibi tartışmalı veya çetin davalar ortaya çıkarır. Bunlar, bir hâkimin, neyin olması gerektiğine karar vermek için, hukukun dar yazılı anlamda ne olduğunun ötesine bakmayı değerlendirmesi gerektiği davalardır. Başka

bir deyişle hâkim, ahlaki iddiaların niteliklerini taşıyan [hukuki] argümanların yorumlandığı bir süreçle meşgul olur. Hukukun bu yorumsal yönü, Dworkin'in kuramının temel bir unsurudur. Hukuki pozitivizme karşı saldırısının dayandığı düşünce: hukuk ile hukukun sunduğu ahlakın birbirinden ayrılmasının imkânsız olduğudur.

Bu şekilde Dworkin için hukuk, Hart'ın iddia ettiği gibi, sadece kurallardan ibaret değildir; hukuk, Dworkin'in deyişiyle kural-olmayan ölçütleri de içerir. Bir mahkeme, çetin bir davayı karara bağlamak durumunda olduğu zaman, bir karara ulaşmak için, bu (ahlaki veya siyasi) ölçütleri (ilkeler ve politikaları) kullanacaktır. Hart tarafından betimlenen ve son bölümde bahsedilen şekliyle hiçbir tanıma kuralı, hukuk ilkeleri ile ahlak ilkeleri arasındaki farkı gösteremez. Hukukun ne olduğuna karar vermek kaçınılmaz olarak ahlaki-siyasi değerlendirmelere dayanır.

Dworkin'in hukuk muhakemesi anlayışında iki aşama vardır. İlk olarak 1970'lerde, hukukun ne olduğunu belirlemede hukuk ilkelerinin önemini açıklamakta hukuki pozitivizmin aciz olduğunu savunmuştur. 1980'lerde Dworkin [ikinci aşamada], daha radikal olan, hukukun esas olarak yorumlayıcı bir fenomen olduğu tezini ileri sürmüştür. Bu görüş, iki ana önerme üzerinde durur. İlki, somut vakada hukukun neyi emrettiğini saptamanın muhakkak bir çeşit yorumlayıcı muhakemeyi gerektirdiğini savunur. Örneğin, hukukun *Daily Rumour* gazetesine karşı benim mahremiyet hakkımı koruduğunu iddia etmek, belli bir yorumun sonucunu teşkil eder. İkinci önerme, yorumun her zaman değerlendirmeyi zorunlu kılmasıdır. Eğer doğruysa bu, hukuki pozitivistlerin ayrılık tezi için adeta ölüm çanını çalacaktır.

Çetin bir davada, buna binaen hâkim, siyasi kurumlar sisteminin ve kendi topluluğunun kararlarının en iyi yorumu anlayışını içerecek şekilde ilkeleri kullanacaktır. 'Benim kararım, bütün hukuki ve siyasi

sistemi doğrulayan en iyi ahlaki kuramın bir kısmını oluşturur mu?’ diye sormalıdır. Her hukuki sorunun tek bir doğru cevabı olabilir: Hâkimin onu bulma ödevi vardır. Verdiği cevap, toplumunun kurumsal ve anayasal tarihine en iyi şekilde uyması ve ahlaki olarak haklılığı bakımından ‘doğru’dur. Hukuki akıl yürütme ve analiz bu nedenle ‘yorumlayıcıdır’ çünkü hukuksal pratiklerden mümkün olabilecek en iyi ahlaki anlayışı çıkartmaya kalkışırlar.

Dworkin’in hukuki pozitivizme saldırısı, önemli bir biçimde hukukun ‘hakları ciddiye alması’ gerektiği endişesi üzerine kurulmuştur. Haklar, toplum refahı gibi diğer hususlara karşı baskın çıkar. Eğer Hart’ın iddia ettiği gibi çetin bir davanın sonucu, hâkimin kişisel görüş, sezgi veya güçlü takdirinin kullanımına bağlı ise bireysel haklar ciddi biçimde tehlikeye girmiş olur. O zaman, benim haklarım toplumun çıkarlarına kolay bir şekilde tabi kılınabilir. Buna karşılık Dworkin, benim haklarım *hukukun parçası* olarak sayılmalıdır, der. Kuramı bu şekilde, bireysel hak ve özgürlüklerin savunmasına hukuki pozitivizmin verebileceğinden daha fazla güç verir.

En iyi bilinen ve en kapsamlı çalışması olan, *Law’s Empire’de* [Hukukun İmparatorluğu] Dworkin, hem ‘konvansiyonalizm’ hem de pragmatizme karşı topyekûn bir hücum başlatır. Bunların ilki (konvansiyonalizm), hukukun toplumsal bir uzlaşımın ürünü olduğunu ve daha sonra da bu uzlaşımın, hukuki bir uzlaşım olarak düzenlendiğini iddia eder. Başka bir deyişle konvansiyonalizm, hukukun belli mukavelelerin maddelerine bağlı kalınmasından (örneğin, yüksek mahkeme kararlarının alt mahkemeler için bağlayıcı olması gibi) fazlası olmadığını iddia eder. Konvansiyonalizm aynı zamanda, hukuku eksik olarak görür: Hukuk, hâkimlerin kendi tercihleri ile doldurduğu ‘boşluklar’ içerir. Başka bir deyişle hâkimler, ‘güçlü bir takdir’ kullanırlar.

Dworkin’e göre, hukukun konvansiyonalist izahatları, ne yasa yapım sürecinin ne de bireysel hakların yeterince sağlam bir savunma-

sının ikna edici bir açıklamasını sunar. Dworkin'in 'bütünlük olarak hukuk' (aşağıya bakınız) tasavvurunda, hâkim kendini; bir konvansiyonalist iddia edeceği gibi, kendi ahlaki ve siyasi görüşlerini veya hatta yasamanın veya seçmenlerin çoğunluğunun onaylayacağı görüşleri dile getiren biri olarak değil; ama *Common Law* dizisi içinde bir yazar olarak görmelidir. Dworkin'in dediği gibi:

Hâkim, başka hâkimlerin kendi önündeki dava ile tıpatıp aynı olmasa da benzer sorunları ele alan davaları karara bağladıklarını bilir. Onların kararlarını, uzun bir hikâyenin bölümleri olarak düşünmeli, gelişen hikâyenin olabilecek en iyi halinin nasıl olacağına ilişkin kendi yargısına göre yorum yapmalı ve hikâyeye devam etmelidir.

Dworkin'e göre pragmatistler, geçmiş siyasi kararların devlet gücünü meşrulaştırdığı görüşüne karşı kuşkucu bir tutum benimser. Bunun yerine pragmatistler, bir hâkimin bu gücü kullanımındaki adalette, etkinlikte veya başka erdemlerde bu tip bir meşrulaştırma ararlar. Bu yaklaşım hakları ciddiye almaz çünkü hakları araçsal olarak ele alır. Hakların bağımsız bir varlıkları yoktur: haklar hayatı daha iyi hale getirmek için sadece bir araçtır. Pragmatizm; hâkimlerin, onlara göre toplumun geleceği için en iyi ne görünüyorsa ona göre her türlü kararları verdikleri (ve vermeleri gerektiği) iddiasına dayanır. Kendi başına bir değer olarak içtihatlarla tutarlılığı reddeder.

Dworkin'in deyimiyle sadece 'bütünlük olarak hukuk' (aşağıya bakınız), devletin güç kullanımı için kabul edilebilir bir meşrulaştırma sunabilir. Dworkin der ki, hukukun imparatorluğu 'konumu ile tarif edilir, toprağı, gücü veya geçmişiyle değil'. Başka bir deyişle hukuk, en geniş anlamıyla, siyasete hitap eden yorumlayıcı bir kavramdır. Hayatlarımızı ve toplumumuzu iyileştirmeyi amaçlayan yapıcı bir yaklaşım benimser.

İlkeler ve Politikalar

Dworkin'in yargısal işleyiş tarifine göre, hâkimin hukuku, sanki o 'dikişsiz bir ağ' imiş gibi ele alması gerektir. Hukukun ötesinde bir hukuk yoktur. Pozitivist tezlerin aksine, hukukta herhangi bir boşluk da yoktur. Hukuk ve ahlak ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiştir. Bu nedenle, son bölümde belirtildiği şekliyle, hukuku tespit etmek için kullanılabilecek bir tanıma kuralı olamaz. Hart'ın, 'birincil ve ikincil kuralların birliği olarak hukuk' görüşü de doğru bir model değildir. Çünkü ilkeler ve politikaların önemini atlamış veya en azından ihmal etmiştir.

Dworkin, kurallar 'ya hep ya hiç' şeklinde uygulanabilirken, ilkeler ve politikaların 'ağırlık veya önem boyutuna' sahip olduğu iddiasındadır. Başka bir deyişle, eğer bir kural uygulanacaksa ve bu geçerli bir kural ise; dava, bu kuralın emrettiği şekilde karara bağlanmalıdır. Diğer yandan bir ilke, davanın belli bir yönde karara bağlanması için bir gerekçe sunar, ancak bu, nihai bir gerekçe değildir: Bu ilke, sistemdeki diğer ilkeler ile karşılaştırılacaktır.

İlkeler; ekonomik, siyasi veya toplumsal bir durumu geliştirdiği veya koruduğu için değil; ama adaletin, eşitliğin veya başka bir ahlaki boyutun bir gereği olduğu için uyulması gereken bir ölçüt olarak politikalardan ayrılır. Bir 'politika' ise, erişilecek bir hedef belirleyen cinste bir ölçüttür. Bu hedef de genellikle toplumdaki belli bir ekonomik, siyasi veya sosyal hususu geliştirmeye yöneliktir.

İlkeler hakları tarif eder; politikalar ise hedefleri. Ancak haklar kozdur. Hakların toplumsal amaçlara karşı bir 'eşik ağırlıkları' vardır. Hakların, kendileriyle yarışan bir toplumsal amaç tarafından ezilmemeleri gerekir. Her özel hukuk davasında 'Davacının kazanma hakkı var mı?' sorusu sorulur; toplumun menfaatleri devreye girmemelidir. Bu nedenle, özel hukuk davaları ilkelerle karara bağ-

lanır, bağlanmalıdır. Bir hâkim, bir politika argümanı ileri sürüyor gözükse bile, biz onu bir ilkeye atıfta bulunuyor şeklinde yorumlamalıyız; çünkü aslında o toplumun üyelerinin bireysel haklarını belirlemektedir. Bu şekilde, eğer bir hâkim, soyut bir hakkı gerekçelendirmek için diyelim ki kamu güvenliği kavramına başvurursa; bunu, söz konusu soyut hakkın somutlaşması durumunda güvenlikleri tehlikeye girecek insanların yarışan haklarına yapılan bir başvuru olarak anlamamız gerekir.

‘Çetin bir davada’ (*Riggs V. Palmer’a Karşı* davasındaki katil mirasçı durumundaki gibi [yukarıda]) hiçbir kural doğrudan uygulanabilir değildir. Bu nedenle, hâkimin, kurallardan başka ölçütler de uygulaması gerekir. İdeal hâkim – Dworkin’in deyişiyle Herkül –, tüm *Common Law* içtihatları ile anayasal ve kanuni ilkeleri gerekçelendirecek soyut ve elle tutulur ilkelerin bir tertibini inşa etmelidir. Hukuki malzemenin tek bir tutarlı yorumdan fazlasına izin vermesi durumunda; Herkül, toplumunun ‘kurumsal tarihine’ en uygun olan hukuk ve adalet kuramına dayanarak karar verecektir.

Ya Herkül kendi hukuk yorumuna ‘uymayan’ bir içtihat keşfederse? Farz edelim ki, bu içtihat, Herkül’ün yetkisini kullanarak bozma gücünden yoksun olduğu yüksek bir mahkeme tarafından verilmiş olsun. Dworkin der ki; Herkül onu ‘gömülü bir hata’ gibi ele alıp, onu sadece ‘kararname gücüne’ sahip bir şey olarak sınırlandırabilir. Bu, onun etkisinin tıpatıp lafzına uyan gelecek davalar ile sınırlı olduğu manasına gelir. Ancak bir içtihat bir üst mahkeme tarafından bozulmadığı veya gömülü bir hata olarak görülmediği durumlarda, Dworkin’in deyişiyle bu içtihatlar bir ‘çekim gücü’ meydana getirir. Bu içtihat, mevcut lafzından ötesine uzanan bir tesir yaratır; benzer davaların benzer şekilde ele alınması hakkaniyetine başvurur.

Dworkin konvansiyonalizmi (veya hukuki pozitivizmin), hukuki geçerlilik kıstaslarına dair argümanlar açısından ciddi şekilde sakat

olduğunu iddia eder. Son bölümde gördüğümüz gibi, hukuki pozitivistler genel olarak X'in hukuk olmasını sağlayan tanıma kuralının varlığından hoşnutturlar. Bu şekilde bir kuralın soy kütüğü, o kuralın geçerliliği açısından nihaidir. Ancak Dworkin iddia eder ki, hukuki geçerlilik sadece tanıma kuralında sınırlı olan ölçütler tarafından belirlenemez. Bu onun deyişiyle, hukuki pozitivizmin 'semantik iğnesini' teşkil eder: Hukuk hakkındaki pozitivist tartışmalar aslında 'hukuk' kelimesinin anlamına dair semantik anlaşmazlıklardır.

Ama Dworkin'e göre, hukuki geçerlilik kavramı, bir kanunun sadece tanıma kuralı ile uygun şekilde yürürlüğe girmesinden fazlasıdır. Semantik kuramlar, hukuk kavramının münasip kullanımının şartlarını sağlayan evrensel ölçütlerin var olduğu iddiasına karşı çıkar. Dworkin kuramların, hatalı bir şekilde, iddialarımızın ne zaman mantıklı olduğunu belirleyen ölçütler olmadığı sürece kayda değer bir anlaşmazlığın imkânsız olduğunu varsaydığını savunur; bu ölçütlerin neler olduğunu isabetli bir şekilde belirleyemesek bile.

Yara almayan Dworkin

Dworkin elli yıl boyunca tekrar tekrar değere dair soruların doğru cevapları olduğunu iddia etti ve bunun hukuk mesleğinin icrası için sonuçlarını ayrıntıları ile (örnek vermemiz gerekirse ünlü haklar kuramında) açıkladı. Muhtemelen şunu söylemek incitici olmaktansa şaşırtıcıdır: o kendi büyük eleştirmeni ile daha yüz yüze gelememiştir. Hart'ın Bentham'a yaptığı veya Dworkin'in kendisinin Hart'a yaptığı ölçüde hiç kimse daha onun hukuk ve siyaset kuramlarına saldıramamıştır. Bence Dworkin, değerler hakkındaki tartışmaların bilimdeki tartışmalar ile kıyaslandığında daha tam gelişmemiş olduğuna ve yanlış anlaşıldığına dair kusursuz bir savunma yapıyor.

Stephen Guest, *Ronald Dworkin*, Üçüncü Baskı (Stanford: Stanford University Press, 2013), s. 1.

Liberalizm

Dworkin'in haklar tezi, 'devlet insanlara eşit şekilde davranmalıdır' görüşünden çıkan bir liberalizm biçimi üzerinde temellenir. Bu yaklaşım hiçbir vatandaşa, eşit değer anlayışını bir kenara koymadan onun kabul etmeyeceği bir fedakârlık veya sınırlamayı zorla kabul ettiremez. Dworkin'in siyasi ahlak analizinin üç bileşeni vardır: 'Adalet', 'hakkaniyet' ve 'uygun hukuki usul'. 'Adalet', vatandaşlarına eşit ilgi ve saygı ile davranmaya kendisini adanmış olan ideal yasa koyucu tarafından takdir edilen kolektif amaçlar ve bireysel hakları bünyesinde toplar. 'Hakkaniyet', tüm vatandaşlara kendilerini etkileyen kararlar üzerinde kabaca eşit nüfuza sahip olmasını öngören usullere işaret eder. 'Uygun hukuki usul', vatandaşın hukuku ihlal edip etmediğini belirlemedeki doğru usullere ilgilidir.

Dworkin bu siyasi liberalizm temeli üzerinden; örnek vermek gerekirse, kişisel ahlakın ceza hukuku tarafından zorlanmasına, bir değer olarak zenginlik düşüncesine ve pozitif ayrımcılığın iddia edilen adaletsizliğine karşı birçok akın başlatmıştır.

Amacı 'bir liberal hukuk kuramı tanımlamak ve savunmaktır'. Ve bu, onun pozitivizm, konvansiyonalizm ve pragmatizme karşı olan saldırısının baş nedenidir. Bu hukuk kuramlarının hiçbirisi, bireysel hakların yeterli bir savunusunu sunmazlar. Sadece 'bütünlük olarak hukuk' (aşağıya bakınız), bireysel haklar ve genel özgürlük üzerine araçsalcılığa karşı elverişli bir savunma sağlar.

Edebiyat Olarak Hukuk

Dworkinci hukuk kuramının ilgi çekici anahtar bir unsuru edebi yorumdur. Dworkin, bir sanat eserini yorumlamaya kalkıştığımız zaman onu belli bir şekilde anlamaya çalıştığımızı iddia eder. Kitabı, filmi, şiiri veya resmi, isabetli bir şekilde tasvir etmeyi deneriz.

Yapabildiğimiz kadarıyla, eser sahibinin meramını *yapıcı* bir şekilde saptamaya çalışırız. Neden Henry James tam da bu karakterler hakkında yazmayı seçmiştir? Amacı neydi? Bu türde soruları cevaplar-ken tipik olarak, yapabildiğimiz kadarıyla romanın en iyi izahatını vermeye çalışırız.-

Dworkin hukukun, bir roman veya bir oyun gibi yorum gerektiğini savunur. Hâkimler ilerleyen bir hikâyenin yorumcuları gibidir. Onlar, hukuki geleneği reddetmektense onu muhafaza etme ödevleri olduğunu kabul ederler. Bu şekilde, kendi kanaat ve sezgilerine karşı olarak, bu gelenek içindeki yükümlülüklerinin en yapıcı yorumunun kuramlarını geliştirirler. Bu yüzden hâkimleri, zincirleme bir romanla meşgul olan yazarlar gibi düşünmeliyiz. Her biri, bir önceki yazarın teslim ettiğine eklenen yeni bir bölüm yazmakla yükümlüdür. Her romancı, önceki bölümlerden tek bir roman yapmaya çalışır; kendi bölümünü, nihai sonuçla tutarlı olacak şekilde yazar. Bunu başarmak için, hikâyenin ilerlediği halinin bir tasavvuruna gereksinimi olur: Karakterleri, olaylar dizisi, teması, türü ve genel maksadı. İlerleyen yaratım sürecinde, anlamı ve onu en iyi gerekçelendiren yorumu bulmaya çalışacaktır.

Dworkin'e göre hukuk, edebiyat gibi yorumsal bir kavramdır. Hâkimler, ilerleyen bir romanın yorumcuları gibidir: normal olarak katıldıkları icraatı gözden çıkarmaktansa devam etme ödevlerinin farkında olurlar. Yani kendi kanaat ve sezgilerine karşı olarak, *bu icraat içindeki sorumluluklarının en iyi yorumuna* dair iş gören kuramlar geliştirirler. Dolayısıyla, tıpkı sizin ve benim bir romancının eserinde kastettiği *gerçek* anlam hakkında fikir ayrılığı yaşayabileceği gibi iki hâkim de hukuki işleyişe dair ilgili bir konu hakkındaki en makul yorum hakkında farklı ayrılığında olabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, Dworkin roman yazarının aklındaki amaçların eser ile bağdaştırılabilecek en yapıcı yorum için sadece bir olası aday ol-

duğunu kabul eder. Dworkin, yapıcı yorumun illa ki de bu amaçların yorumu olmadığına da (tıpkı sanat eserinin yorumlanmasında da olmadığı gibi) altını çizer.

Dworkin bu yorum şeklini *toplumsal* bir pratiğe uygulamayı amaçlar. Bizden üyelerinin “nezaket kuralları” adını verdikleri bir kurallar dizisine uyan bir toplum hayal etmemizi ister. Köylülerin asil kişilere şapka çıkarmasını öngören kurallar gibi böyle birçok kural vardır. Zamanla topluluğun üyeleri bu kurallara karşı iki yaklaşım geliştirmeye başlarlar. Topluluk üyeleri kuralları belli bir *değerinin* olduğunu varsayarlar (yani kurallar varlıklarından bağımsız olarak belli bir amaca hizmet eder) ve nezaketin gerekliliklerine esnek bir şekilde saygı gösterirler (katı kuralların değişen ihtiyaçlara göre uyarlanmaları ve değiştirilmeleri gerekir). İnsanların bu iki varsayımı yaptığı ve nezakete dair yorumlayıcı bir görüş benimsediği andan itibaren nezaket kurumu mekanik olmaktan çıkmış olur. Topluluk üyeleri artık nezaketi en iyi aydınlatılmış haliyle görmek ve sonra bu anlamın ışığında onu tekrar yorumlamak için nezakete belli bir *anlam* yüklemeye gayret eder. Eğer bir filozof (ona Tom diyelim) bu belli toplumsal pratiği açıklamak isterse “nezaket” kelimesinin doğru kullanımını açıklayan semantik bir kurallar dizisi ile sınırlanmış bir kuram ona yardımcı olmayacaktır. Bu durumda Tom, Dworkin’in “semantik iğne”sine yenik düşecektir. Tom’un bu davranışı açıklamasının tek yolu topluluğun pratiklerine belli bir şablon yüklemesidir; öyle ki bu şekilde belli kuramlar daha soyut bir fikrin alt yorumları olarak belirlenebilir ve anlaşılabilir. Başka bir deyişle Tom’un iddiası semantikten ziyade “yorumsal”dır: Bir anlam ifade etmek için herkesin uyması gereken *dilsel* temel kurallar hakkında bir iddia değildir.

Dworkin’e göre hukuk için de aynısı gerçektir. Semantik kuramlar (hukuki pozitivistler tarafından sunulan kuramlar gibi) hukukun özünü açıklayamazlar. Kötü “kanunların” gerçekten “hukuk” olup

olmadığına dair tartışmalar eğer semantik düzeyde yapılırsa kısır-
dırlar: bu düzey zar zor “hukuk”un anlamına ilişkindir (ki Dworkin buna “yorum öncesi” aşama der). “Yorumsal” aşamada tartışma konusu salt semantikten ziyade hukukun maddi içeriğine dair hale geldiği için bu münazara daha ilgi çekici ve kayda değer olur. Nazi hukukunun “hukuk” olmadığını iddia eden birisi bu durumda Nazi hukukunun dört başı mamur hukuk sistemleri (ki bu sistemin kuralları ve prosedürleri devlet zorunu meşrulaştırır) için hayati olan özelliklerden yoksun olduğuna dair kuşkucu bir yorumsal yargıyı temsil eder. Bu da aslında siyasi bir yargıdır.

Bütünlük Olarak Hukuk

Hukukun önceki bölümlerinin yapıcı bir yorumcusu olarak Herkül (insanüstü hâkim) hukuk kavramının en iyi izahatını benimseyecektir. Dworkin’in görüşünde bu, onun deyişiyle ‘bütünlük olarak hukuk’a dayanır. Bu Herkül’ü, kendi hukuk yorumunun, bütün hukuk sistemini gerekçelendiren uyumlu bir kuramın bir parçasını oluşturup oluşturmadığını soruşturmaya zorlar. ‘Bütünlük’ nedir? Dworkin, bu kavramın önemli unsurlarını aşağıdaki izahatında sunar:

[B]ütünlük olarak hukuk, hukuku ve hukuki hakları canı gönülden kabul eder (...) Hukukun sınırlamalarının topluma fayda sağladığını varsayar. Hukuk bunu sadece öngörülebilirlik ve usul hakkaniyeti sunarak veya başka bir diğer araçsal şekilde değil; *ama vatandaşlar arasında* eşitliği sağlayarak yapar. Bu öyle bir eşitliktir ki, toplumu *daha gerçek hale getirir ve siyasi gücünü kullanma meşruluğunu yükseltir* (...) Bütünlük olarak hukuk, hakların ve sorumlulukların içtihatlardan geldiğini ve bu şekilde hukuki olduğunu iddia eder. Ancak haklar ve

sorumluluklar, sadece bu mahkeme kararlarında açıkça ortada olduklarında değil, ama aynı zamanda bu kararların gerekçelendirme yöntemi olarak varsaydıkları kişisel ve siyasi ahlak ilkeleri sonucu olarak da ortaya çıkarlar.

Cebrin kolektif olarak uygulanması ancak toplumun, bütünlüğü, siyasi bir erdem olarak benimsediği zaman savunulabilir. Bu ona, güç tekeli kullanmaya dair ahlaki yetkisini meşrulaştırmasına imkân verir. Bütünlük; tarafsızlık, düzenbazlık ve yolsuzluğa karşı da bir teminattır. Hukukun, toplumun tüm üyelerine eşit olarak yaklaşan bir ilke meselesi olarak göz önünde bulundurulmasını sağlar. Kısaca o, liberal toplumun özünü ve hukukun üstünlüğünü oluşturan değerlerin bir alaşımıdır veya Dworkin'in şu anki deyişiyle 'hukukilik'tir.

Hukuka neden değer veririz? Hukuka bağlı olan toplumlara neden saygı duyarız? Ve daha önemlisi, neden hukukun üstün tutulduğu devletleri karakterize eden belli siyasi erdemlere riayet edilmesini takdir ederiz? Son zamanlardaki çalışmalarında Dworkin, böyle yaparız çünkü her ne kadar etkin bir devlet takdire şayan olsa da, hukukiliğin sunduğu daha büyük bir değer vardır, der. Hukukun ahlaki meşruluğu ile ilgili olmak, Dworkin'in hukuk felsefesinde önemli bir unsurdur. Ahlaki meşruluk geniş ölçüde, pek kesinlik taşımayan 'toplum' veya 'kardeşlik' kavramlarına dayanır.

Bütünlüğü benimseyen siyasi bir toplum, özel bir toplum biçimi haline gelir; çünkü zor kullanmak için ahlaki yetki sahibi olduğunu ileri sürer. Bütünlük, vatandaşlar arasında bir çeşit müteakabiliyet ile 'ortak yükümlülüklerin' önemini onaylanmasını gerektirir. Bir topluluk, sadece 'çıplak' bir topluluk değil ama gerçek bir topluluk olduğu zaman; bu toplumun sosyal uygulamaları hakiki yükümlülüklerini meydana getirir. Bu durum, topluluğun üyelerinin yükümlülüklerini; özel (yani tam olarak o gruba uygulanan), kişisel (yani

üyelerinin arasında var olan), ve herkesin refahı için eşit ilgi üzerinde temellenmiş olarak görürse gerçekleşir. Bu üç koşul gerçekleştiği zaman çıplak bir topluluğun üyeleri, gerçek bir topluluğun yükümlülüklerini iktisap etmiş olur.

Dworkin kendi siyasi meşruluk düşüncesini, bu hakiki toplum kavramı üzerinde inşa eder. Siyasi yükümlülüğün, ortaklık yükümlülüklerinin bir örneği olduğunu iddia eder. Siyasi yükümlülükler doğurmak için, bir toplumun hakiki bir toplum olması gerekir. Sadece bütünlük ülküsünün arkasında olan bir toplum; gerçek, ahlaken meşru, ortaklaşmış bir toplum olabilir, çünkü bu toplumun seçimleri, kuru güç yerine yükümlülük ile ilgilidir.

Hukuki faaliyet ile edebi eleştiri usulünü karşılaştırmak, hukukun olumlu tasviri ile içindeki hâkimlerin asli rolünü vurgular. Dworkin'in bir ilke ortaklığı olarak siyasi toplum kavramı da oldukça etkileyicidir. Bu, pek az toplumun ulaşabileceği, ama pek çoğunun (ümit ederiz ki) talip olacağı bir durumdur.

Hukuk ve Değer

Dworkin'in *Justice for Hedgehogs* (Kirpiler için Adalet) kitabı, başlığını Isaiah Berlin'in Arkilokus'un tilki ve kirpiyi karşılaştırdığı özlü sözüne yaptığı meşhur atıftan alır. "Tilki birçok şeyi bilir ancak kirpi büyük bir şey bilir". O "büyük şey" de Dworkin'in "değerin birliği" dediği şeydir. "Hume'un ilkesi"ni (dünya veya insan doğası hakkındaki olguların neyin olması gerektiğini takdir edemeyeceği düşüncesi) teyit etmekle beraber Dworkin, Hume'un olgu ve değer ayrımının, felsefi kuşkuculuğu teşvik etmektense onu zayıflattığını iddia eder. Çünkü "*soykırımın ahlaken yanlış olduğunun doğru olmadığı*" önermesinin kendisi de ahlaki bir önermedir ve eğer Hume'un ilkesi doğru ise bu önerme evrenin temel yapısı hakkındaki olgulara veya

mantığa dair keşifler ile oluşturulamaz. Hume'un ilkesi aslında ahlaki doğru hakkında kuşkuculuğu desteklemektense ahlakın kendi araştırma ve gerekçelendirme ölçütleri ile ayrı bir bilgi alanı olarak varlığının önemini destekler.

Bu iddia Dworkin'in ahlaki değerlerin bağımsız ve nesnel olduğuna dair kuramı için esastır. Değer tartışmalarının otonomisi konusunda ısrarcı olarak dış etkenlerin değerlerimiz arasında bir çatışma oluşturabileceği fikrine karşı çıkar. Bunun yerine kendi değer yargılarımıza, kendi daha soyut olan değerlerimize atıf yapmak suretiyle onları gerekçelendirerek sadık kalmalıyız. Kendi ahlaki görüşlerimizi elimizden geldiğince açık ve tutarlı yapmak konusunda sorumluyuz. Ve hayatlarımızı elimizden geldiğince iyi yapmak konusunda da yükümlüüz:

Bir kimse, kendisi için iyi bir hayatın bilincinde olup onun peşinden gider ve bunu haysiyetle, başka insanların hayatlarının önemine ve kendisinin olduğu kadar onların da etik sorumluluğuna saygı göstererek yaparsa iyi yaşamış olur. İki etik ilke – iyi yaşamak ve iyi bir yaşama sahip olmak – farklıdır. İyi bir yaşama sahip olmadan iyi yaşayabiliriz: Kötü talih, aşırı yoksulluk, ciddi bir adaletsizlik, fena bir hastalık veya erken bir ölümden dolayı zarar görebiliriz. Hayat mücadelemizin değeri, belirteç niteliğindedir; mücadelemizdeki değer, ortaya çıkan yaşamın iyiliğine veya bunun tesirine ilişkin değildir. Bu yüzden aşırı yoksullukta yaşayıp ölenler buna rağmen iyi yaşayabilir... Ancak yaşamınızı iyi yapmak için yeterince çalışmazsanız kötü yaşamış olursunuz.

Haysiyetli hayatlar yaşamalıyız. Bu da hayatlarımızı ciddiye almamızdan öte kendi hayatlarımızın sorumluluğunu almamızı gerektirir. Haysiyetli bir yaşam özsaygıyı teşvik eder. Bu bir *etik* konusudur. Buna ek olarak, başkalarına karşı *ahlaki* ödevlerimiz vardır. Dworkin için ahlaki meseleler etiğin bir açılımıdır. Özsaygının önemini kabul ederek, (eğer mantıken tutarlı olacak isek) başkalarının hayatlarında da bu unsurun önemini kabul etmekle yükümlü oluruz.

Dworkin'in geniş kapsamlı kuramlarının hemen her unsuru diri ve hatta bazen kindar tartışmalar tetiklemiştir. Gittikçe büyüyen muhalifleri bu büyük ve bazen hareketli hedefe karşı başlatacakları saldırılar için türlü bakış açıları benimsemişlerdir. Ve ilerde bu anlaşmazlığın azalacağına dair de bir işaret yoktur.

Bölüm 4

Haklar ve Adalet

Hukuk felsefesi, haklar ve adalet üzerine temel görüşlerin bir incelemesi olmaksızın tasavvur edilemez. Hukuki ve ahlaki haklar düşüncesi hukuka ve hukuk sistemlerine nüfûz etmiştir ve bu nedenle hukuk felsefesinde merkezi bir alaka konusu ihtiva eder. Adalet ülküsü, bir yandan ülkelerin hukuk sistemlerinin göklere çıkardığı bir erdemdir; diğer bir yandan da evrensellik iddiası ile (pozitif) hukuku aşmaya taliptir.

Bugünlerde bireyler ve gruplar herhangi bir şeye dair hak ileri sürmekte vakit kaybetmemektedir ve aynı hüneri haklarının ihlal edildiğini ileri sürerken de göstermektedir. Devletlere ve uluslararası kuruluşlara; kadınların, azınlıkların ve genel olarak vatandaşların haklarını koruması ve geliştirmesi için artan bir baskı yüklenmektedir. Birçok ülkede hak beyannamelerinin kabulü, açık veya zımni olarak bu beyannamelerle korunan hakları tanıması için mahkemelere yeni ödevler yüklemiştir.

Hak nedir? Benim hukuk tarafından tanınan haklarım ile sahip olduğuma inandığım haklarım arasında bir fark var mıdır? Bireylerin talep ettiği artan insan hakları çeşitliliğinden doğan sorunlar nedir? Bu tür haklarda ısrar etmek, bu haklar kayda değer kamu harcamalarına yol açacağı zaman (mesela çalışma hakkı veya eğitim hakkı örneklerinde olduğu gibi) isabetli midir?

Hukuk kuramı bu sorulara cevaplar arasa da başlıca uğraşı bir hak kavramı tanımlamak ile hakların doğasını aydınlatan ve yarı-şan hakların nasıl uzlaştırılacağını açıklayan kuramlar geliştirmek olmuştur.

İki büyük hak kuramı vardır. İlki, 'irade' kuramı olarak bilinir. Bu kuram, benim bir şeye hakkım olduğu zaman, etkin bir şekilde korunan şeyin benim yapma veya yapmama seçimim olduğunu savunur. Özgürlüğümü ve kişisel tatminimi vurgular. 'Menfaat' kuramı olarak bilinen ikinci kuram, hakların amacının; benim bireysel seçimimi korumak değil ama menfaatlerimin gerçekleştiğinden emin olmak olduğunu savunur. Bu genellikle, bir hak sahibi olmanın ne olduğu hakkında daha nitelikli bir tarif olarak görülür.

Bu kuramı benimseyenler irade kuramına karşı iki temel sav ile-ri sürerler. İlk olarak, bir hakkın özünün, bir başkasının ödevinden doğan haktan feragat etme yetkisi olduğu görüşünü çürütürler. İddia ederler ki bazen, hukuk benim feragat etme yetkimi, maddi hakkımı yok etmeden sınırlar (örneğin, öldürülmeye rıza veremem veya belli haklarımı ihaleye çıkaramam). İkinci olarak, maddi hak ile onu kullanma hakkı arasında bir fark vardır. Buna göre, çocuklar açıkça bu haklardan feragat etme ehliyetinden veya seçiminden yoksundur ancak bundan hareketle çocukların haklarının olmadığını iddia etmek gülünç olur.

Hohfeld

Herhangi bir haklar analizi için bir atlama tahtası, doğal olarak Amerikan hukukçu Wesley Hohfeld (1879-1918) tarafından yapılan analizdir. 'X'in H'yi yapmaya hakkı var' önermesini aydınlatmaya çalışmıştır. Hohfeld, bu önermenin dört anlamdan birine denk gelebileceğini savunur. İlk olarak bu önerme, Y'nin (veya başka biri)

X'in H'yi yapmasına izin verme yükümlülüğü altında olduğunu ifade edebilir; bu aslında X'in Y'ye karşı bir *iddiası* olduğu manasına gelir. Bu iddia hakkına basitçe 'hak' der. İkinci olarak bu, X'in bir şeyi yapmakta veya bir şeyi yapmaktan sakınmakta serbest olduğunu ifade edebilir; X'in Y'ye *hiçbir yükümlülüğü* yoktur. Hohfeld buna 'imtiyaz' (genellikle bir 'özgürlük' olarak betimlense de) der. Üçüncü olarak, X'in H'yi yapma yetkisi olduğunu ifade edebilir; X, hukuki hak ve yükümlülükleri veya genel olarak hukuki ilişkileri değiştiren bir edimi gerçekleştirmekte tamamen özgürdür; her ne kadar bunu yapmak için bir iddia hakkı veya bir imtiyazı olsa da olmasa da. Hohfeld buna bir 'yetki' der. Son olarak bu önerme, Y'nin (veya bir başkasının) X'in hukuki konumunu değiştirme yetkisine tabi olmadığını ifade edebilir. Hohfeld buna 'bağışıklık' der.

Hohfeld'in iddiası bu dört 'hakkın' her birinin kutuda gösterildiği gibi, 'karşıtları' ve 'bağlaşıklarının' (yani aynı madalyonun diğer yüzü) var olduğudur.

	hak	imtiyaz	yetki	bağışıklık
Karşıtları	hak yokluğu	yükümlülük	yetkisizlik	sorumluluk
Bağlaşıkları	yükümlülük	hak yokluğu	sorumluluk	yetkisizlik

Başka bir deyişle, Hohfeld'in kendi örneğini kullanırsak: Eğer X'in Y'ye karşı, Y'nin X'in arazisinden uzak duracağına dair bir hakkı varsa; bunun *bağlaşığı* (ve dengi) Y'nin araziden uzak durma yükümlülüğü altında olmasıdır. 'İmtiyaz' *yükümlülüğün karşıtı* ve bir *hak yokluğunun bağlaşığıdır*. Bu şekilde, X'in Y'yi arazisinden uzak tutma hakkı (veya *iddiası*) var olması durumunda; X'in araziye kendisinin girme 'imtiyazı' vardır. Veya başka bir deyişle, X'in uzak durma yükümlülüğü yoktur.

Hohfeld, iddia haklarının (yani basit anlamda hakların) yüküm-

lülükler ile kesin olarak *bağlaşık* olduğunu savunur. X'in belli bir iddia hakkına sahip olduğunu söylemek; Y'nin (veya bir başkasının) X'e karşı belli bir yükümlülük altında olduğu manasına gelir. Ancak X'in belli bir özgürlüğünün olduğunu söylemek; herhangi birinin ona karşı bir yükümlülük altında olduğu manasına *gelmez*. Bu şekilde, eğer X'in bir şapka giyme '*imtiyazı*' (veya özgürlüğü) varsa Y'nin X'e karşı bir *yükümlülüğü* yoktur; ancak bununla beraber Y'nin X'e şapka giydirmeme *hakkı da yoktur*. Başka bir deyişle, özgürlüğün bağlaşığı, (başkasının) hak yokluğudur. Benzer şekilde, yetkinin bağlaşığı sorumluluktur (yani bir başkası tarafından hukuki durumunun değiştirilmesine duyarlı olmak). Bir bağışıklığın bağlaşığı bir ehliyetsizliktir (yani bir başkasının hukuki ilişkilerini değiştirmekte yetersizlik).

Bu analiz, bazı kısıtlamalardan değer kaybetse de, aşırı derecede etkili olmuştur. Hohfeld'in bütün dört hakkı da (modern tariflerde genel olarak ifade edildikleri şekilleriyle: iddia hakları, özgürlükler, yetkiler ve bağışıklıklar) *belli bir kişiye veya kişilere karşı* haklardır. Ancak, her ne zaman ben belli bir yükümlülük altında olduğumda, başka birinin bunda karşılık gelen bir hakkının var olduğu pek doğru gözükmemektedir. Tam tersi de aynı biçimde doğru gözüküyor. Senin (veya başka birinin) benim yerine getirmem gereken bir hakkın olmaksızın benim bir yükümlülüğüm olamaz mı? Nitekim ceza hukuku, benim üstümde belli yükümlülükler (örneğin trafik kurallarına uymak diyelim) tesis eder ancak özel olarak hiçbir kişinin bu yükümlülüklerimi yerine getirmeme bağlaşık bir hakkı yoktur. İşte bu nedenle, *birine* karşı olmayan bir şey yapma yükümlülüğünün var olması mümkündür. Örneğin, bir polis memuru, açık olarak failleri ihbar etme yükümlülüğü altındadır; ancak bu yükümlülük özel bir kişiye karşı değildir. Ve bu şekilde hiç kimsede bir hak meydana getirmez.

Bir kişinin, diğer bir kişiye bir şey yapmakla yükümlü olduğu durumlarda bile, yükümlülük sahibinin yükümlü olduğu kişi ile de karşılık gelen bir hakka sahip değildir. Nitekim bir öğretmenin öğrencilerine karşı belli yükümlülükleri vardır ancak bu zorunlu olarak onlara herhangi bir hak vermez. Benzer bir şekilde, çocuklara ve hayvanlara olan yükümlülüklerimi kabul ederiz; ancak birçok kişi bundan, onların haklarının olduğu sonucunun çıkmayacağını iddia eder. Diğer bir yandan, bağlaşıklık üstüne kurulmuş olan bir haklar kuramının avantajı şudur ki; böyle bir kuram, bir hakkı (diyelim ki çalışma hakkı) talep edeni, buna karşılık gelen, ona bir iş bulma yükümlülüğü altındaki tarafı tespit etmeye zorlar!

Haklar Kuramı

Haklar çağında yaşıyoruz. İnsan hakları, hayvan hakları, ahlaki ve siyasi haklar, toplumsal tartışma ortamında önemli bir rol oynamaktadır. Ama hak temelli kuramlara ek olarak, bazı ahlak ve siyaset felsefecileri, ödev-temelli ve amaç temelli kuramları da benimsemiştir. Aşağıda gösterilebileceği gibi üçü arasındaki fark kayda değerdir. Mağdurun acısı (bu hak temellidir) yüzünden işkenceye karşı olabilirsiniz (1): İşkencenin işkence edileni alçaltması (ödev temelli) yüzünden işkenceye karşı olabilirsiniz (2) veya işkence ancak ilgili taraflar dışındakilerin de menfaatlerini olumsuz olarak etkiliyorsa, o zaman bu eylemi kabul edilemez olarak görebilirsiniz (faydacı amaç temelli) (3).

Ronald Dworkin'in hukuk kuramı, onun haklar kuramı tarafından alttan desteklenmiştir (3. bölüme bakınız). Haklar kozdur. Eşit ilgi ve saygı görme hakkı, insan haysiyeti ve adil bir toplum için esastır. Eşitlik, özgürlükten daha üstün bir konuma tahsis edilmiştir. Ve eşit haklar ülküsü, pek çok toplumda muazzam bir etki yaratmıştır; 1950'lerde Birleşik Devletler'deki Medeni Haklar hareketini ve Gü-

ney Afrika'daki apartheid rejiminin çöküşünü düşünün. Anayasal değişim, görece çetrefilsiz bir insan eşitliği kavramı üzerinde temellenen hukuki ve ahlaki savların gücü ile işlenmiştir.

Günümüzde insan hakları kavramı, çağdaş siyaset ve hukuk tartışmalarında önemli bir yer elde etmiştir. Haberleri açın veya bir gazete okuyun, insan hakları meseleleri her zaman her yerdedir. Her ne kadar bu kavram ilk başta “doğal haklar” şeklinde Orta Çağda (1. bölüme bakınız) ortaya çıksa da insan haklarının seküler bir düşünce olarak on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda tanınmış olması tarihte önemli bir entelektüel dönüm noktasıdır. Bu düşünce, her birimizin bir insan olarak; ırkımıza, dinimize, cinsiyetimize veya yaşımıza bakılmaksızın belli temel ve vazgeçilemez haklarla (sadece insan türüne ait olduğumuzdan ötürü) bahsedildiğimiz iddiasına dayanır. Bu hakların hukuki olarak tanınmış olup olmaması, bunların ‘yüksek’ bir doğal hukuktan doğup doğmadığı gibi konudan alakasızdır.

Yahudi soykırımı sonrasında, 1948’de Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, 1976’da Siyasi ve Medeni Haklar ile Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmeleri Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiştir. Bu, milletler topluluğu tarafından insan haklarının evrensel anlayış ve korumasına yönelik bir bağlılığı belli etmektedir.

İnsan hakları üç kuşaktan geçmiştir. İlk kuşak, ağırlıklı olarak 17’nci ve 18’inci yüzyıllarda Hobbes, Locke ve Mill (1. Bölüme bakınız) gibi İngiliz siyaset felsefecileri tarafından geliştirilen negatif siyasi ve medeni haklardı. Bunlar, ana hatlarıyla hak sahibinin özgürlüğüne müdahaleyi engelleme anlamında negatiflerdi. Bunun iyi bir örneği, yasamanın bir kişinin ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını hukuka aykırı kılan Amerikan anayasasının birinci değişikliğidir.

İkinci kuşak; eğitim, beslenme veya sağlık hakkı gibi esas olarak pozitif ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan meydana gelir. Üçün-

cü kuşak haklar, öncelikli olarak Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 28'inci maddesinde belirtisi verilen kolektif haklardır. Bu madde, 'herkesin, bu beyannamede ortaya konan hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için bir toplumsal ve uluslararası düzene hakka sahip olduğunu' ilan eder. Bu 'dayanışma' hakları; toplumsal ve ekonomik gelişme hakkını, yeryüzü ve uzayın kaynakları ile bilimsel ve teknik bilgiye iştirak etme ve bunlardan faydalanma hakkını (bunlar özellikle Üçüncü Dünya ülkeleri için önemlidir), sağlıklı bir çevre, barış ve insani afet yardımı hakkını içerir.

Her siyasi hak insan hakkı değildir. Ancak insan hakları ihlal edildikleri durumlarda uluslararası müdahaleyi meşrulaştıracak kadar önemli gözükmemektedir. Ancak sorun, *herhangi bir* insan hakkı ihlalinin Birleşmiş Milletler tarafından konulan yaptırımları veya NATO veya başka ülkelerin gittikçe yaygın hale gelen askeri müdahalelerini meşru kılıp kılmayacağıdır. *Ekonomik ve sosyal hakların* ihlali böylesine bir ulusal egemenlik ihlaline imkan verir mi? Cevap olumsuz olmalıdır. Dworkin'in kaleme aldığı gibi:

Milletler Topluluğunun, Güvenlik Konseyi tarafından onaylanmış olsa bile ve yapılacak müdahale muhtemelen başarılı olacak olsa bile, kadınlara eşit ücret vermesi veya daha iyi okullar kurması için bir milleti zorlaması veya ölüm cezasında kullandığı gaz odalarını kapatması veya gay evliliklerini tanıması için Florida'yı işgal etmesi yanlış olacaktır.

Bu düşünce, belli insan haklarının diğerlerinden daha temel, daha esas, daha evrensel olduğunu ifade eder. Eğer bu doğru ise, bu "pozitif", sosyo-ekonomik haklar, her ne kadar sıkça insan hakları beyannamelerine ve haklar bildirgelerine dâhil edilseler de, "negatif" siyasi haklardan farklı bir sıralamadır. Bu ikilik, sosyo-eko-

nomik haklar dava konusu olmaya elverişli olsa dahi (ki bu bile şüphelidir) seçilmemiş hâkimlerin ekonomik kaynakların nasıl dağıtılacağını belirleme gücüne sahip olup olmadığı tartışmasını öteden beri karıştırıp durmuştur.

Gerçekten de insan hakları düşüncesi, çekiciliğine ve önemine rağmen tutarsız olmasa bile rahatsız edici şekilde muğlak kalmaktadır. James Griffin'in akla yatkın tespitine katılmamak zordur:

“İnsan hakları” terimi neredeyse ölçütsüzdür. Terimin doğru veya doğru olmayan şekilde kullanıldığını belirlemek için fevkalade az ölçüt vardır. Sadece siyasiler açısından değil, felsefeciler, siyasi kuramcılar ve hukuk bilimcileri açısından da durum böyledir. İnsan hakları dili bu suretle yozlaşmıştır.

Ancak insan hakları gerçekten de evrensel midir? Ne derecede yerel bir kültür, tarih ve toplumsal, siyasi koşullara göre “görelî”dir? Örneğin kültürel göreciler insan hakları beyannamelerinin mahalli çeşitlilikleri görmezden geldiğini iddia eder. Bu yaklaşım her ne kadar öteden beri antropolojinin soy ağacında bulunsa da yakın zamanda insan hakları tartışmasına da katılmıştır. Bu doktrin John Ladd'in sözleriyle şu düşüncüyü savunur: “kültürler arasında indirgenemeyecek bir çeşitlilik vardır çünkü her kültür kendine has bir bütündür. Bu bütünün parçaları öyle birbiri içine girmiştir ki hiçbir diğ er parçalara, kültürel bütüne ve kültür yapısı denilen şeye atıfta bulunulmadan anlaşılamaz veya değerlendirilemez”.

Göreciye karşı iki temel sav ileri sürülebilir. İlki ahlakın toplumsal etmenlere hiçbir şekilde bağlı olmadığını savunur; bu nedenle bu sav *mutlakçı* pozisyon olarak tarif edilebilir. İkincisi ise, bir kültür ve buna benzer olarak bir ahlaki düşünce çeşitliliğinin her zaman olduğu iddiasını reddeder. Bu da *evrenselcilik* olarak bilinir.

Platon, mutlakiyetçi pozisyonudadır ve ahlaki düşüncelerin geçerliliğinin onu benimseyen kişinin toplumsal veya kültürel arkaplanından mantıksal olarak bağımsız olduğunu iddia eder. Etik matematikten aşağı kalmayacak şekilde bilimsel bir teşebbüstür. Bu pozisyon ahlaki düşünceyi “gerçek dünya”dan kopardığı itirazına karşı savunmasıdır. Ahlak üzerine bir vakum içinde düşünmeye bizi zorlar.

Evrenselci görüş ise, kültürel pratikleri söz konusu pratiklerin gerçekleştirildiği kültürün bakış açısından ele alamadığı için çoğu zaman etnosentrik olarak damgalanmıştır.

Adalet

Hukuk, çoğu zaman adaletle denk tutulur. Mahkemeler tayin edilmiş ‘adalet mahkemeleridir’. Mahkeme binaları, adalet kelimesiyle veya onun eşitlikçiliği ve hakkaniyetinin sembolik temsilleriyle gösterişli bir şekilde süslenmiştir. Devletler hukuk sisteminin idaresini yönetmek için ‘adalet’ bakanlıkları kurarlar. Sanıklar artık yargılanıp cezalandırılmaz; ama ‘adalete teslim edilirler’. Ancak ihtiyatlı olmak gerekir. Hukuk, bazen adaletten sapar. Daha kötüsü, Nazi Almanyası veya apartheid Güney Afrika’sında olduğu gibi bilfiil bir adaletsizlik aracı olabilir.

Adalet, her durumda basit bir kavram olmaktan uzaktır. Konu hakkındaki tartışmaların pek çoğu, Aristoteles’in adaletin eşitlere eşitçe, ‘eşit olmayanlara’ da eşitsizlikleri ile orantılı olarak eşit olmayacak şekilde davranmaktan ibaret olduğu iddiası ile başlar. Aristoteles, ‘düzeltici’ adalet (mahkemenin bir tarafın başkasına yaptığı yanlış tazmin ettiği) ile ‘dağıtıcı’ adaleti (her kişiye neye layık olduğuna bağlı olarak hak ettiğini vermeyi amaçlayan) ayırmıştır. Aristoteles’in görüşünde dağıtıcı adalet, asıl olarak yasa koyucunun

ilgi alanıdır. Ancak Aristoteles bize adaletin tam olarak ne olduğunu söylemez.

Romalılardan kısmen daha açık bir yönlendirme ediniriz. *Corpus Juris Civilis*, İmparator Justinian'ın (482-565) emriyle kodifiye edilmiş bir medeni hukuk metnidir. Bu metinde adalet, 'sürekli ve ebedi bir şekilde herkese layık olduğunu verme isteği' olarak tanımlanmıştır. Ve 'adalet öğretileri' de 'dürüst yaşamak, başkalarına zarar vermemek ve herkese hak ettiğini vermek' olarak belirtilir. Bu ifadeler her ne kadar epeyce genel olsa da; en azından herhangi bir adalet anlayışında bulunan, birbiri ile örtüşen üç önemli özellik içerir: bireyin önemi, bireylere tutarlı ve tarafsız muamele edilmesi gerektiği, bireylerin eşitliği.

Adaletin anahtar bir unsuru olarak tarafsızlığın ehemmiyeti sık sık adalet ve hukuk tanrıçası Themis'te maddi biçimde tasvir edilmiştir. Tipik olarak, bir elinde bir kılıç ve diğer elinde bir terazi tutar. Kılıç, hukuki konumlarda bulunanların gücünü ifade eder; terazi, adalet ile sunulan yansızlık ve tarafsızlığı simgeler. 16'ncı yüzyılda sanatçılar, adaletin kör olduğunu vurgulamak için onu gözü bağlı resmetmişlerdir; o, baskı ve nüfuza karşı koyar.

Eşitlik, tatmin edici bir adalet kavramı arayışımız için faydalı gözükmektedir. Bireyleri birbirinden ayırmak için nesnel olarak anlaşılması mümkün ve amacına uygun kıstaslar üstünde anlaştığımız takdirde, eşitlere eşitçe, eşit olmayanlara da eşit olmayacak şekilde muamele etmek fikrinin belli bir çekiciliği vardır. Bir kıstas, farklı ihtiyaçlar olabilir. Elizabeth zengindir, James fakirdir. Makul bir insan kaynakların Elizabeth yerine James'e tedarik edilmesine karşı çıkar mı? Eğer James'in fakirliğinin nedeni onun hovardalığı ve savurganlığı ise biri buna karşı çıkabilir. İhtiyaç ilkesi bu yüzden sorunsuz değildir.

Peki ya liyakat? Adalet, bireylerin neye layık olduklarına bağlı hale getirilebilir mi? Sık sık bir kimsenin 'hak ettiği layığını' bul-

duğu söylenir. Örneğin Doris çok çalıştığı için Boris'ten daha çok terfi etmeye layıktır. Ancak Boris'in, Doris'in becerisinden yoksun olmasının nedeni ona muhtaç olan kişilere bakmak zorunda olması ve bundan kaynaklı yorgunluğunun işine yoğunlaşmasına karşı bir engel teşkil etmesi olabilir. Bunaltıcı aile içi badiresi üzerinde hiçbir kontrolü olmadığına göre, adaleti liyakate dayandırmak adaletsizlik doğurabilir!

Bireyler arası adalet, toplumsal adalet sorunundan daha az tartışmalı değildir. Bu sorun, pastanın adil olarak kesilmesi için toplumsal ve siyasi kurumların tesis edilmesinde ortaya çıkar. Adaletin modern izahatları, toplumun sosyal hayatın sorumluluk ve imtiyazlarını nasıl en adil şekilde dağıtabileceğine yoğunlaşma eğilimindedir. Nüfuz sahibi kuram faydacılıktır, onun modern alternatifi de hukukun ekonomik analizidir. Bu bölümün geri kalanı adaletle dair bu yaklaşımın değerlendirilmesine ayrıldı. Daha sonra John Rawls'un ünlü 'hakkaniyet olarak adalet' kuramının ana özelliklerinin kabaca açıklayacağım.

Faydacılık

Faydacılara göre adalet, mutluluğun maksimizasyonuna dayanır. En tanınan şekliyle (2. bölümde pozitivist kuramlarını incelediğimiz) Jeremy Bentham; günlük hayatlarımızda mutlu olmak ve acıdan kaçınmak için çaba harcadığımıza göre toplumun da bu amacı gerçekleştirmek için yapılandırılması gerektiğini savunmuştur.

Doğa, insanoğlunu iki egemen efendinin yönetimi altına yerleştirdi: acı ve haz. Bizim ne yapacağımızı belirlemek gibi, ne yapmamız gerektiğini göstermek de sadece onlara hastır. Bir tarafta doğru ve yanlış ölçütü, diğer tarafta da nedenler ve

sonuçlar zinciri, acı ve hazzın tahtına bağlanmıştır (...) Fayda ilkesi bu bağımlılığı tanır ve sistemin kuruluşu için onu üstlenir. Bu sistemin amacı mutluluk (saadet) kumaşını aklın ve hukukun elleriyle dikmektir. Bu bağımlılığı sorgulamaya kalkışan sistemler, anlam yerine seslerle, akıl yerine kaprisle, aydınlık yerine karanlıkla meşgul olurlar.

Böylelikle belirleyici etmen eylemlerimizin akıbetidir: Eylemlerimiz bizi mutlu mu yoksa bedbaht mı yapıyor? Bir 'saadet hesabı' tatbiki yoluyla, herhangi bir eylem veya kuralın 'mutluluk katsayısı' tahlil edebiliriz. Faydacılık bu şekilde, eylemlerin sonuçlarına bakar, bu nedenle bir çeşit 'sonuççuluk' olarak tarif edilir. Bu yaklaşım, bir eylemin doğruluğunun veya yanlışlığının mantığa göre sonuçlarından bağımsız olduğunu savunan deontolojik etik sistemlerinden ayrı tutulmalıdır. 'Varsın gök yıkılsın, yeter ki adalet yerini bulsun' bu deontolojik etik sistemlerinin coşturucu sloganlarından biridir.

Faydacıların, 'eylem faydacılığı' (bir eylemin doğruluğuna veya yanlışlığına o eylemin iyi ya da kötü sonuçlarına dayanılarak hüküm verilecektir) ile 'kural faydacılığı' (bir eylemin doğruluğuna veya yanlışlığına, herkesin benzer durumlarda o eylemi yapmasını öngören bir kuralın sonuçlarının iyiliğine veya kötülüğüne dayanılarak hüküm verilecektir) birbirinden ayırdığını belirtmek önemlidir.

Genellikle faydacılık tartışmaları 'eylem faydacılığı' üzerine eğilmektedir. Bununla beraber hukuk kuramcıları, onlara bir eylemin doğruluğunun veya yanlışlığının, *eğer uyulursa* aynı eylemi düzenleyen herhangi bir başka kuraldan daha iyi sonuçları olan bir kuralın iyiliği veya kötülüğüne dayanarak hüküm vermeyi sağlayan 'ideal kural faydacılığına' daha çok başvururlar. Bu kural faydacılığı biçiminin, bir hâkimin davalının davacıya tazminat ödemeye mahkûm edilip edilmeyeceği hakkında hüküm vermesinin beklendiği du-

rumlarda açık avantajları vardır. Belli ki hâkim, hükmünün tekil olarak sadece davalı üzerindeki sonucunu dikkate almamalıdır.

Eylemlerimizin sonuçlarını değerlendirmek

İssiz bir adada, ölmek üzere olan bir adamla kalıverdiğimi düşünün. Son saatlerinde bu adam bana 10.000\$ emanet ediyor ve eğer Birleşik Devletler'e geri dönebilirim bu parayı kızı Rita'ya vermemi rica ediyor. Bunu yapmaya söz veriyorum ve kurtarılmamdan sonra Rita'yı bir malikânede yaşıyor buluyorum. Rita bu süre zarfında bir milyonerle evlenmiş. 10.000\$, şimdi onun finansal durumunda çok az bir etki yaratacak. Parayı bunun yerine bir yardım derneğine bağışlamamalı mıyım? Bir faydacı olarak, eyleminin olası *sonuçlarını* göz önüne alırım. Ancak bu sonuçlar *nelerdir*? Sözümü tutmamamın neticesi ile 10.000\$'ı bir hayvan koruma derneğine vermemin faydasını tartmam gerekir. Sözümü tutmam, sözümünden dönmenden daha iyi sonuçlar taşımaz mı? Eğer sözümünden dönersem, verdiğim diğer sözleri tutmaya daha az meyilli olabilirim veya başkaları kendi verdikleri sözleri tutmayı daha az ciddiye almaya başlayabilirler. Başka bir deyişle, seçimimin tüm olası sonuçlarını hesaplamaya çalışmalıyım. Ancak sonuççu olmayan bir Kantçı ileri sürebilir ki, parayı Rita'ya vermemin nedeni bunu yapmaya söz vermiş olmamdır. Eylemim, belli olmayan geleceğe dair bazı sonuçları rehber almamalıdır. Bunun yerine geçmiş bir olguya dayanmalıdır: Söz vermiş olmama. Benim buna cevabım ise şu olabilir: Geçmişte söz vermiş olmam olgusunu değerlendiririm. Ancak bu olguyu sadece, parayı Rita yerine yardım derneğine verme eyleminin *toplam sonucunu* etkilediği ölçüde değerlendiririm. Diğer bir yandan, verdiğim *her* sözü tutmakla yükümlü olduğumu iddia etmenin gülünç olduğunu da söyleyebilirim.

Modern faydacılar Bentham'ın hedonistik eylem faydacılığı modelini biraz tuhaf olarak görme eğilimindedirler. Hazzın iyilik için gerekli bir koşul olduğunu ama iyiliğin; söz konusu tecrübenin, haz verip vermemesinden başka niteliklere bağlı olduğunu ima ederek; hazzı, yüksek ve alçak hazlar olarak ayıran John Stuart Mill'in faydacılık biçimine de çağdaşlar arasında ilgi pek yoktur. Bunun nedeni, Bentham ve Mill'in kendi tercihlerini, insanların sahip olmaları *gerektiğine* inandıkları tercihlerin yerine koymuş görünmeleri olabilir.

Çağdaş faydacılar bu nedenle, insanların *istediklerine* erişebilme boyutunu maksimize etmek hakkında konuşurlar; İnsanların *tercihlerini* tatmin etmeye çalışmalıyızdır [bu yaklaşıma tercih faydacılığı denir]. Bu yaklaşımın, bireysel seçimi hesaba katmayan herhangi bir 'iyi' anlayışını dayatmama erdemi vardır. Futbolu Foucault'ya veya Motown'u Mozart'a tercih edebilirsiniz. Ancak bu yaklaşım da, aşağıda görüldüğü gibi, kendi sorunlarından mustarıptır.

Faydacılık, bir adalet ölçüsü olarak ahlaki sezgiyi; cana yakın, ayakları yere basan, insan mutluluğu fikri ile değiştirmenin dikkate değer çekiciliğine sahiptir. Ancak epeydir bu kuram, onun 'kişilerin ayrılığını' takdir edemediğini savunanlar tarafından direnişle karşılanmıştır. Onlar faydacılığın, en azından saf haliyle, insanları kendi içlerinde amaçlar yerine araçlar olarak gördüğünü iddia ederler. İleri sürülür ki ayrı bireyler, faydacılar için ancak 'değerli olanın bulunabileceği bir kanal veya bir yer' oldukları zaman önemli olurlar.

İkinci olarak, faydacılık karşıtları ise her ne kadar bu yaklaşım kişilere eşit olarak muamele ediyorsa da, faydacılığın bunu ancak onları fiilen hiçbir değeri olmayan şeyler olarak görerek yaptığını iddia ederler. Değerleri, kişiler olmalarından değil ancak haz veya mutluluk 'tecrübe edicileri' olmalarından gelir. Üçüncü olarak, eleştirenler; mutluluğun, refahın ve diğer şeylerin *dağıtımı* sorunlarının tümünden soyutlanmış olan haz veya mutluluk toplamında

önemsiz bir artışı neden değerli bir ahlaki hedef olarak görmemiz gerektiğini sorgular.

Bir dördüncü saldırı türü, rasyonel tek bir bireyin, ölçülü bir biçimde mevcut mutluluğundan gelecekteki tatmini için fedakârlıkta bulunması (faydacıların kullandığı) analojisinin yanlış olduğu ithamında bulunur. Çünkü faydacılık, benim hazzımı başkalarının daha büyük hazzı ile değiştirilebilir olarak görür. Bazıları, faydacılığın tam da kalbindeki varsayıma saldırır: Neden insanların arzularını tatmin etmeye çalışmalıyız ki? Belli arzular (mesela hayvanlara eziyet) tatmin edilmeye layık değildirler. İhtiyaçlarımız ile arzularımız da, her durumda reklamlar tarafından güdülenmeye bağlı değil midir? Eğer öyleyse, 'gerçek' tercihlerimizi 'koşullanmış' tercihlerimizden ayırabilir miyiz? O zaman insanların Doo Wop yerine Dworkin'i tercih etmeleri için faydacıların onları ikna etmeye çalışmaları kabul edilebilir midir? Eğer fayda ilkesine göre bunu yapmamız gerektiği yanıtını verirsek; saadet hesabının sadece bizim ne istediğimizi değil ama aynı zamanda; ikna veya yeniden eğitim sonucunda bir gün istemeye karar verebileceklerimizi de kapsadığını öne sürmüş olmaz mıyız?

John Rawls başka bir noktaya daha dikkat çekmiştir. Faydacılığın neyin haklı olduğunu neyin 'iyi olduğu' üzerinden tanımladığını iddia eder. Bunun anlamı, bu kuramın neyin 'iyi' (yani mutluluk) olduğuna dair bir anlayışla başlaması ve o 'iyiyi' maksimize ettiği ölçüde bir eylemin haklı olduğu sonucuna varmasıdır.

Her durumda refahı maksimize etmeli miyiz? Bazıları, refahın adil olarak dağıtılmasını daha önemli görür. Başka bir eleştiri hedefi, bir kimsenin eylemlerinin sonuçlarını hesaplamadaki çetin sorundur: Yapmayı öngördüğümüz şeyden nasıl sonuçların çıkacağını önceden nasıl bilebiliriz? Hesap yaparken, eylemlerimizin sonuçlarını gelecek zamana ne kadar yaymalıyız veya yayabilir miyiz?

Benim hazzımı sizin acınıza karşı tartmaya kalkışmakta bariz

zorluklar vardır. Benzer şekilde, daha büyük bir ölçekte, hâkimler veya yasa koyucular da iki veya daha fazla eylem planı arasında seçim yapmayı ve bir azınlığın sefaletine karşı çoğunluğun mutluluğunu makul bir biçimde dengelemeyi nadiren kolay bulur.

Hukukun Ekonomik Analizi

Faydacılık gibi, hukukun ekonomik bir analizini savunanlar da, günlük rasyonel seçimlerimizin toplumda neyin adil olduğunun temelini oluşturması gerektiğine inanır.

Faydacılığın bu modern şekli, fırlatma rampası olan klasik faydacılık gibi, akılcı bir adamın veya kadının her zaman kendi tatminini azamileştirecek şeyi yapmayı seçeceği görüşünü benimser. Ve bu güncel pragmatik ekonomik hedonizm iddia eder ki eğer bu insanlar bir şeyi çok istiyorlarsa onun için *para ödemeye* de hazırdırlar. Bu kuramın *raison d'être*'i "malvarlığı maksimizasyonu" kavramıdır. Kuramın taraftarları bu kavramın, faydacılığın avantajlarını faydacılığın sakıncaları olmaksızın sunduğunu iddia eder. Buna ek olarak, malvarlığı maksimizasyonu zaten en çok kişinin tercih edeceği en çekici seçenektir.

Bu kuramın kılavuz ışığı olan hâkim ve hukukçu Richard Posner (d. 1939) faydacı bir pozisyon aldığını reddeder. Hukukun önemli bir kısmının hayatın bu basit gerçeği ile açıklanabileceğini ileri sürer. Dahası Posner, mahkemelerin çetin davaları çoğu zaman toplumun malvarlığını maksimize eden bir sonucu seçerek karara bağladığını iddia eder. "Malvarlığı maksimizasyonu" ile Posner, malların ve diğer kaynakların onlara en çok değer veren yani onlara en çok parayı vermeye razı (ve verebilen) insanların elinde olduğu bir durumu ifade eder.

Bu nedenle örneğin ben sizin *The Economic Analysis of Law* kita-

1 Çevirmenin notu: *raison d'être* fransızcada varlık nedeni anlamındadır.

bınızı 10\$'a, en çok 12\$ ödemeye *razı* iken satın alırsam, mal varlığım 2\$ artar. Benzer şekilde, toplum, malvarlığını, kaynaklarını herkesin yaptığı alışveriş getirisinin en yüksek olacağı şekilde düzenleyerek maksimize eder. Ve bu da Posner'e göre *olması gerektirir*. Kuramı bu nedenle hem betimleyici hem de normatiftir. Dahası, Posner ve 1960'lerde ortaya çıkan Chicago Okulu'nun diğer üyeleri, yayınladıkları makale dizisinde, *Common Law* hâkimlerinin bu ekonomik değerlendirmeler ile (çoğu zaman bilinçli olmayan bir şekilde) nasıl yönlendirildiklerini göstermeye çalıştılar.

Posner hukukun otonomluğunu iki gerekçeye dayanarak reddeder. İlk olarak, hukukun toplumsal ve ekonomik baskılardan bağımsız olarak geliştiğini yadsır. İkinci olarak da, hukuk dışı disiplinlerin (özellikle ekonominin) hukuk anlayışımızda zaruri bir rol oynadığını ileri sürer. Ekonomik etmenlerin önemini destekleyen savı bu nedenle hem betimleyici (ekonomi aslında hukuki sonuçları belirler) ve hem de normatiftir (kaynakların verimli dağıtımını amacı, hükümlerinde hâkimlere kılavuzluk etmelidir). Ekonomik analiz, kaçınılmaz olarak "optimalite", "işlem maliyetleri", "hasar maliyetleri", "tedbir maliyetleri" gibi bir dizi teknik kavramı kullanır. Bazıları diğerlerinden daha az iç karartıcıdır.

Çok kısa bir şekilde anlatacak olursak, Pareto optimalitesi (İtalyan ekonomist Vilfredo Pareto'dan ismini almıştır) en azından bir kişiyi değişimden önceki halinden daha kötü bir hale geldiğini düşündürmeden değiştirilemeyecek bir durumu betimler. Başka bir deyişle bir tarafın menfaati ancak başka bir tarafın menfaati azaltılarak arttırılabilir. Kaldor-Hicks testi ise kaynakların dağıtımındaki değişim, kaybedenleri telafi edecek kadar para yaratması durumunda sağlamış olur. "Azalan majinal fayda" kavramı da, fakir bir dilenciye verilen 5£'un onun malvarlığında büyük bir etki yaratmasına rağmen bir milyoner için 5£'un hiçbir fark yaratmayacağını ifade eder.

Ünlü Coase teoremi (Nobel ödüllü Britanyalı Ronald Coase'tan (d.1910) ismini almıştır), sonucun en verimli olduğu bir durumu ön kabul olarak alır. *Kutuya bakınız*. Ancak gerçek hayat daha karmaşıktır. Bazı maliyetler işlemlerin yapıldığı sürecin kendisinde oluşabilir. Coase teoreminin basit versiyonu şu şekilde ifade edilebilir: sıfır işlem maliyetinin olduğu durumlarda hukuk kuralı ne olursa olsun en verimli sonuç gerçekleşecektir. Bu teorem ekonomik kuramda büyük önem kazanmıştır. Kaza tazminatı sistemlerinin verimliliğin ölçüldüğü durumlardaki gibi maliyet ve faydalara belli bir ekonomik değer biçilebilen konularda adil çözümler arayan “hukuk ekonomistleri” için bu teorem özellikle önemlidir.

Hukuk ve ekonomi akımının yaklaşımı tartışmasız olmaktan uzaktır. Hâkimlerin kararlarında ekonomik etmenler gerçekten de böylesine büyük bir rol oynamış mıdır? Malvarlığı maksimizasyonu, bir toplumun adalete karşı takas etmeye değer bulacağı gerçek bir “değer” (kendi içinde veya araçsal) midir? Bu analiz kişisel seçimi fazlasıyla basitleştirmiyor mu? Bu yaklaşım belli bir ideolojik tercihi (kapitalist, serbest piyasa sistemi) temsil etmekten fazlasını yapıyor mu? Bunun *adalet* ile alakası nedir? Bu yaklaşım bir *başlangıç* malvarlığı dağıtımı öngörüyor ki bu da tamamen adaletsiz olabilir. Bu şekilde “verimlilik” mevcut eşitsizlikleri akılcılaştırma ve devam ettirmek için bir araç haline geliyor. Ve hayatı tek bir malvarlığı ölçütüne indirgeyebilir miyiz; indirgemeli miyiz?

Ekonomik analiz günümüzde özellikle Birleşik Devletler’de politika belirleyiciler ve hatta mahkemeler tarafından oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Yasa koyucular yarışan politikaların sonuçlarını öngörmeye ve bu şekilde hukuku daha iyi hale getirmeye çalıştıkları için bu durum onlar açısından makuldür. Ancak yargılama süreci açısından bakılırsa, hâkimlerin kendilerine sunulan ekonomik savların geçerliliğini belirlemek için yeterli eğitim ve beceriye sahip olup olmadığı sorgulanabilir. Yargıç Posner bile tüm hâkimlerin Richard Posner olmadığını herhalde kabul edecektir.

Hakkaniyet Olarak Adalet

John Rawls'un (1921-2002) *Bir Adalet Kuramı* yaygın olarak bir *tour de force* [bir yetenek ve güç gösterisi] görülür. Eserinde hakkaniyet olarak adalet kavramını açıklamış ve (haklı olarak) konunun güncel tartışmalarında odak noktası haline gelmiştir.

Hakkaniyet olarak adalet düşüncesi ilk bakışta size basmakalıp gelebilir. Ama Rawls, adaleti belirlemede bir araç olarak faydacılığı reddederken (maksimum refahı sağlasa dahi) eşitsizlik fikrinin ta kendisine karşı çıkar. Refahın, faydalarla ilgili değil ama kendine saygıyı da içeren 'birincil toplumsal iyiler' ile ilgili olduğunu iddia eder. Özellikle de adalet meselelerinin mutluluk meselelerinden öncelikli olduğunu savunur. Başka bir deyişle, ancak belli bir hazzı adil olarak kabul ettiğimiz zaman, onun herhangi bir değeri olup olmadığını takdir edebiliriz. Tom'un işkence yaparken aldığı zevkin herhangi bir değere sahip sayılıp sayılmayacağını, işkence uygulamasının kendisinin adil olup olmadığını bilmeden önce nasıl bilebiliriz? Başka bir ifadeyle faydacılık, neyin doğru olduğunu neyin iyi olduğu cinsinden tanımlarken; Rawls, neyin doğru olduğunu neyin iyi olduğundan önce göz önünde bulundurur.

1. bölüm; Hobbes, Locke ve Rousseau'nun toplum sözleşmesi kuramlarına değinmişti. Rawls'un hakkaniyet olarak adalet kuramı, köklü toplum sözleşmesi fikrine dayanır. Rawls *Bir Adalet Kuramı*'nda projesinin amacını, toplum sözleşmesi düşüncesini daha yüksek bir soyutlama seviyesine taşımak olarak ifade eder. Bunun için başlangıç sözleşmesinin, belli bir topluma girmeye veya belli bir yönetim biçimi oluşturmaya yönelik bir şey olarak düşünmememiz gerektiğini söyler. Bunun yerine, toplumun temel yapısına dair adalet ilkelerinin, başlangıç anlaşmasının 'amacı' olduğu görüşünü benimsemeliyiz. Bu ilkeler; kendi menfaatlerini ilerletmek isteyen özgür ve rasyonel insanların eşit bir başlangıç konumunda kabul

edecekleri ve onların birlikteliklerinin asli şartlarını tanımlayan ilkelerdir. Bu ilkeler sonraki tüm anlaşmaları düzenler; oluşturulabilecek toplumsal işbirliği çeşitleri ve yönetim biçimlerini belirtir. Adalet ilkelerinin bu şekilde ele alınması, Rawls'un deyişiyle hakkaniyet olarak adalettir.

Rawls, insanların adalet hakkındaki hakiki yargıları ile onların öznel, çıkarıcı sezgilerini ayırma gerekliliğine vurgu yapar. İkisi arasındaki kaçınılmaz ayrım, yargılarımızın yeniden incelenmesiyle hizaya getirilmelidir. Bu şekilde değerlendirilmiş sezgilerimiz değerlendirilmiş ilkelerimiz ile ahenk içerisinde olur. Bu, 'düşünümsel denge' konumudur.

Rawls, 'başlangıç konumunda' bir 'cehalet perdesi' ile örtülmüş halde, adalet ilkelerini tartışan insanların hayali bir tasvirini sunar. Bu insanlar; cinsiyetlerini, sınıflarını, dinlerini ve toplumsal konumlarını bilmezler. Her kişi bir toplumsal sınıfa mensuptur, ancak onlar zeki mi yoksa kalın kafalı mı; güçlü mü yoksa zayıf mı olduklarını veya hatta hangi ülke veya çağda yaşadıklarını bile bilmezler. Bilim ve psikoloji kanunları hakkında da sadece belli temel bilgi seviyesine sahiptirler.

Bu neredeyse mükemmel cehalet durumunda, bir toplum olarak içinde yaşayacakları şartları tanımlayacak ilkeleri oybirliğiyle belirlemeleri gerekmektedir. Bu süreçte, rasyonel kişisel menfaatten teşvik edilmektedirler: Her biri kendisine, kendi seçtiği iyi hayat anlayışını gerçekleştirmeye yönelik en iyi imkânları sağlayacak ilkeleri araştırır. Rawls der ki, başlangıç konumundaki insanlar bireyselliklerinden koparıldıklarından dolayı bir 'maximin' ilkesi seçerler. Bu ilke Rawls'un kazanç ve kayıp tablosunda (kısmen uyarlanmış olarak) açıklanmıştır.

Birtakım mümkün durumlar arasından bir seçim yapmakla karşı karşıya kaldım diyelim. Farz edin ki \$1'i seçiyorum, \$1 ortaya çıkıyor ve 700\$ kaybediyorum. Ama eğer \$2 ortaya çıkarsa, 800\$ kazanıyorum. Ve eğer gerçekten şanslıysam ve \$3 oluşursa, 1,200\$

kazanıyorum. Ve aynı durum, S2 ve S3 seçimleri için de geçerli. Bu yüzden kazanç (k), kişinin seçimine (s) ve şartlara ($\$$) bağlıdır. Bu şekilde, k ; s ve $\$$ 'nin bir fonksiyonudur. Matematiksel olarak ifade edersek $k=f(s,\$)$

Neyi seçerim? 'Maximin' ilkesi, S3'ü tercih etmemi emreder. Bu durumda, başıma gelebilecek en kötü şey 500\$ kazanmamdır ve bu açıkça diğer seçeneklerin en kötü senaryolarından daha iyidir (bunlarda 800\$ veya 700\$ kaybetme ihtimalim var).

Seçenekler	Şartlar		
	Ş1	Ş2	Ş3
S1	-\$700	\$800	\$1200
S2	-\$800	\$700	\$1400
S3	\$500	\$600	\$800

Başlangıç konumunda tercihlerini kullanan insanlar da, akılcı bireyler olarak; cehalet perdesi kalktığı zaman bir kimsenin kendisini bulabileceği en kötü durumu, mümkün tercihler arasında en az kötü hale getirmeyi garanti eden ilkeleri seçerler. Başka bir deyişle; ben, toplumsal düzenin en dibine düşmem durumunda menfaatime en iyi hizmet edecek ilkeleri seçerim. Benzer şekilde, Rawls başlangıç konumundaki insanların aşağıdaki iki ilkeyi seçeceğini iddia eder:

[1] Her bir kişi; herkes için benzer bir özgürlük sistemiyle uyumlu olan, eşit temel özgürlüklerin en geniş bütüncül sistemine ilişkin eşit hakka sahip olacaktır.

[2] Sosyal ve eşitsizlikler,

(a) gerek adil tasarruf ilkesiyle uyumlu şekilde, en az avantajlı durumda olanların maksimum yararına olacak şekilde,

(b) gerekse adil fırsat eşitliği koşulları altında herkese açık görev ve pozisyonlara bağlı olacak şekilde düzenlenmelidir.

Birinci ilkenin ikinciye karşı ‘alfabetik önceliği’ vardır. Başka bir deyişle, başlangıç konumundaki insanlar özgürlüğü eşitliğin önüne koyar. Neden? Yukarıda betimlenen ‘maximin’ stratejisi nedeniyle, hiç kimse cehalet perdesinin kalkacağı (ve toplumun en az iyi durumdaki üyeleri oldukları ortaya çıktığı) zaman özgürlüğünün risk altında olmasını istemez.

Benzer bir şekilde, her biri ikinci prensibin (a) maddesi olan ‘fark prensibi’nde de karar kılacaktır. Bu madde, bir kimsenin düşebileceği en kötü durumun ‘en az avantajlılardan olmasını’ (yani bundan daha kötü, ağır bir durum olmamasını) ve bu gruba bir şekilde düşerlerse de bu maddeden faydalanmalarını sağlar. Bu ilkeyi seçmek tamamıyla rasyoneldir. Daha kötü olma ile ilgili riskler veya paylarını arttırma ihtimallerinin azaltılabileceği nedeniyle, daha büyük bir eşitsizlik veya topyekûn bir eşitlik biçimini seçmek akılcı olmaz. Özgürlüğü eşitliğin üstüne koyan bir toplumda, kendi paylarını geliştirmek için daha iyi bir konumda olacaklardır. Neden? Çünkü çeşitli ‘toplumsal birincil iyilere’ (Rawls’un; hakları, özgürlükleri, yetkileri, olanakları, geliri, zenginliği ve özellikle kendine saygıyı kapsayacak bir kavram olarak bunu kullanmıştır) özgürlüğü koruyan bir toplumda erişilmesi daha muhtemeldir.

Rawls başlangıç konumundaki insanların fark prensibini seçeceklerini savunur. En az avantajlıların arasına düştükleri bir durumda, diğer iki ilke (‘doğal özgürlük sistemi’ ile ‘adil fırsat eşitliği’ düşüncesi) onlarda makul bir refah beklentisi yaratamamaktadır. Doğal özgürlük sistemi, gelir dağılımına kayıtsız olan kontrolsüz bir serbest piyasa ekonomisine karşılık gelir. İlk konumdaki kişiler bu ilkeyi fırlatıp atarlar. Çünkü bu ilke, ‘dağıtılan payların, ahlaki açıdan oldukça keyfi etmenler tarafından uygunsuz bir şekilde etkilenmesine izin verir’. Sözleşmeyi yapanlar, varlıklı bir ailede doğmuş olma rastlantısını ahlaken anlamsız olarak görür.

Sözleşmeyi yapanlar olası ikinci düzenlemeyi (adil fırsat eşitliği-

ni) de geri çevirirler, bu ilkinin (kontROLSÜZ bir serbest piyasaya) göre tercih edilesi olsa da. Bu ilke her ne kadar doğal yeteneği ve bunun kullanılmasını ödüllendirse de, bu sistem de benzer bir kusurdan mustarıptır. Bireysel yeteneğe ahlaki bir anlam bağlasa da, bu da bir milyonerin çocuğu olmaktan daha az rastlantısal değildir. Her iki durumda da, doğumla ilgili rastlantıların liyakat ile hiçbir bağlantısı yoktur. Ancak eğer fark ilkesini seçerlerse, bu ilke; yetenekli insanların, en az avantajlı olanların da zenginliğini arttırdığı bir süreçte ancak kendi zenginliklerini arttırabilmesine izin verir.

Rawls'un ikinci ilkesinin, en az avantajlı olanların menfaatlerini güvence altına almak için iki önemli sınırlama içerdiğini dikkate alınız. Rawls ilk olarak, 'adil tasarruf ilkesi'ni ileri sürer. Bu ilke, başlangıç konumundaki insanların, toplumlarının her gelişim aşamasında ne kadar tasarrufta bulunmak istediklerini (tüm diğer nesillerin de aynı oranda tasarruf edeceği varsayımıyla) kendilerine sormalarını icap ettirir. Toplumlarının hangi medeniyet seviyesinde olduğuna dair hiçbir fikirleri olmadığını unutmayın. Sonuç olarak, gelecek nesiller için kendi kaynaklarının bir kısmını tasarruf edeceklerdir (ki içinde doğacakları zaman dilimindeki refah birikimi, kendilerinden önce gelen nesillerin tasarrufu ile makul bir seviyede olsun). İkinci sınırlama da iş olanaklarının herkese açık olmasını ifade eder.

Rawls'un projesi oldukça iddialı bir projedir. Ve her ne kadar muazzam bir övgü kazansa ve devasa bir literatür yaratsa da; şaşılmalıyacak şekilde eleştirmenler de kuramının belli özellikleri hakkındaki tereddütlerini ifade etmiştir. Örneğin bazıları, toplumsal iyilerin herhangi bir kalıba bağlı olarak dağıtımını düşüncesinin ta kendisine karşı çıkar. Diğerleri 'başlangıç konumunun' suni olduğu (insanlar gerçekten değerlerinden hepten koparılabiliyorlar mı?) veya Rawls'un dilediği sonucu vermeye zorunlu olduğu (Neden özgürlüğü eşitliğe tercih etmek zorundalar?) gerekçesiyle bu kavrama saldırırlar.

Bu eleştirilerin bir kısmına cevap olarak, Rawls 1993'te başka bir

kitap yayımlamıştır. Bu kitapta, baştaki düşüncelerinin bir kısmını inceltmiş ve üzerinde değişiklikler yapmıştır. Bu hassas tartışmaların tamamını burada analiz edemeyeceğim; ancak önemli bir yanlış anlaşılmanın sonraki eserlerinde düzeltildiğini belirtmek gerekir. Rawls, 'hakkaniyet olarak adalet'in evrensel bir toplumsal adalet ölçütü sunmayı amaçlamadığını açıklamıştır. Kuramı, modern anayasal demokrasilere uygun pratik bir kuramdır. Başka bir deyişle bu kuram, siyasi ve pratik (metafizikten ziyade) bir adalet anlayışıdır. Felsefi tartışmaların dışında, felsefi açıdan tarafsızdır.

Onun deyişiyle 'örtüşen uzlaşma' arayışındaki Rawls, adalet ilkelerini; yarışan menfaatleri ve değerleri olan çoğulcu, demokratik bir topluluğun üyelerinin siyasi uzlaşmaya erişmeleri için gerekli koşullar olarak öne sürer. Onun siyasi liberalizm anlayışı bir devletin ortak bir ahlaki veya dini öğreti kurmasının, bu uzlaşmaya meydan okuyabileceğini kabul eder. Ancak toplumun adalet hissi, devletin kamusal iyi yorumuna üstün gelecektir.

Bölüm 5

Hukuk ve Toplum

Buraya kadar normatif hukuk kuramıyla ve onun hukuk kavramını açıklamak için gösterdiği çabalarla, hukuk kavramının içinde kalarak meşgul olduk. Şöyle ki normatif hukuk kuramı; hukuk öğretisi, kurallar, kavramlar ve ilkeler arasındaki ilişkiler ile mahkemeler ve hukukçuların bilfiil hukuk uygulamasında kullandığı diğer yapılar üstüne yoğunlaşır. Ancak hukukun analizine başka bir yaklaşım da vardır. Bu yaklaşım, hukukla ilgili fenomenlerin doğasını, içinde işlev gördükleri toplumsal şartlara atıf yaparak anlama girişiminde bulunur. Bu sosyolojik yaklaşım hukuk felsefesi üzerinde, çoğu zaman kabul edilmese de kayda değer bir etki yaratmıştır.

Örneğin Hart'ın, resmi görevlilerin tanıma kuralını 'içsel bakış açısı'ndan kabul etmeleri ve ortak bir ölçüt olarak belli davranış kalıplarına karşı 'eleştirel bir düşünsel tutum'a sahip olmaları gerektiği konusundaki ısrarı (2. bölüme bakınız), Max Weber'in içsel meşrulaştırma kavramını (aşağıya bakınız) çağrıştırır.

Hukukun sosyolojik bir izahatı genellikle, birbiri ile ilişkili üç iddiaya dayanır: Hukuk, 'toplumsal bir fenomen'den başka bir şey olarak anlaşılamaz; hukuki kavramların analizi, 'fiiliyattaki hukukun' ancak kısmi bir açıklamasını sunabilir ve hukuk sadece toplumsal bir kontrol biçimidir.

Her ne kadar sosyolojik hukuk biliminin veya hukuk sosyolojisi-

nin kökeninin izleri, Roscoe Pound ve Eugen Ehrlich'in yol gösterici yazınlarında görülebilse de; bu bölüm, hukuk felsefesine oldukça derin bir etkisi olan iki dev toplum kuramına (Emile Durkheim ve Max Weber'e) odaklanıyor. Karl Marx'ın, hukuk ve hukuk sistemi düşüncesi üzerindeki etkisi hakkında da söyleyecek birkaç şeyim olacak. Aynı zamanda, yazınları çağdaş hukuk kuramının belli alanlarında hatırı sayılır bir etki bırakmaya devam eden iki öncü toplum kuramcısı, Jürgen Habermas ve Michel Foucault'ya da değineceğim.

Emile Durkheim

Durkheim'in (1859-1917) esas meşguliyetleri arasında, toplumu bir arada neyin tuttuğu sorusu vardır. Neden insanlar birbirlerinden kopup dağılmazlar? Durkheim'in buna cevabı, hukukun, toplumsal birlikteliği muhafaza ve teşvik etmedeki hayati rolüne işaret eder. Toplum; dinden sekülerizme, kolektivizmden bireyciliğe doğru ilerledikçe; hukukun cezayla, tazminat ile olduğundan, daha az meşgul hale geldiğini gösterir. Ancak cezalandırma toplumsal dayanışmayı koruyan kolektif ahlaki tutumları ifade etmede hala önemli bir rol oynamaktadır.

Durkheim, mekanik dayanışma ile organik dayanışma dediği iki kavramı ayırmıştır. Mekanik dayanışma, bir değerler türdeşliğine sahip ve belirgin bir işbölümünden yoksun olan basit homojen toplumlarda mevcuttur. Bu karmaşık olmayan topluluklar doğalarında kolektif olmaya eğilimlidirler; bireycilik pek azdır. Ancak işbölümünün var olduğu gelişmiş toplumlarda, yüksek bir karşılıklı bağımlılık seviyesi [organik dayanışma] mevcuttur. Önemli bir farklılaşma olur ve kolektivizm bireycilikle değiştirilir. Durkheim bu toplumsal dayanışma biçimlerinin hukuka yansıdığını belirtir: Farklı hukuk tiplerini sınıflayın ve onlara karşılık gelen farklı toplumsal dayanışma tiplerini bulacaksınız.

Durkheim'a göre suç, toplumsal hayatın oldukça normal bir yönüdür. Dahası, kışkırtıcı bir biçimde suçun; tüm sağlıklı toplumların bütünleyici bir parçası olduğunu savunur. Bunun nedeni suçun 'kolektif bilinçte' ifade edilen toplumsal değerlerle ilişkili olmasıdır. Bir eylem, bu kolektif bilincin derinlemesine benimsenen yönlerini incitirse suç haline gelir. Bir eylem, kendisi suç teşkil ettiği için ortak bilinci sarsmaz; bilakis, ortak bilinci sarstığı için suç teşkil eder.

Durkheim'ın suç hakkındaki düşüncelerinde, ceza asli bir unsurdur: Devlet, kendisine karşı suç işleyenleri cezalandırarak kolektif bilinci pekiştirir. Durkheim cezayı, 'toplumun, bir kurum vasıtasıyla, belli davranış kurallarını ihlal etmiş olan üyelerine karşı verdiği, şiddeti kademelendirilmiş, ihtirash bir tepki' olarak tanımlar.

Daha az gelişmiş toplumlarda cezanın bir toplumsal kontrol biçimi olarak nasıl daha şiddetli olduğunu da gösterir. Toplum ilerledikçe, ceza şekli daha yumuşak ve merhametli olur. Ancak cezalar suçtan kaynaklandığı için; suçun evrimi ile toplumsal dayanışma biçimleri arasında önemli bir korelasyon tespit eder.

Max Weber

Alman sosyolog Max Weber (1864-1920) hukuk tahsili görmüş ve genel sosyoloji kuramında hukuka merkezi bir rol vermiştir. Weber'in hukuk türleri sınıflandırması, farklı cinsteki hukuk görüşleri üzerine kuruludur. Kuramında, 'rasyonellik' anahtar kavramdır. Weber bu temel üstünde, 'şekli' sistemler ile 'maddi' sistemleri ayırır. Bu ayrımın düğüm noktası, sistemin ne ölçüde 'içsel olarak kendi kendine yettiğidir'. Bundan, hüküm vermek için gerekli olan kuralların ve usullerin sistem içinde erişilebilir olmasını kasteder.

İkinci önemli ayrımı 'rasyonel' ve 'irrasyonel' arasındadır: Bu terimler, hukuki malzemelerin (kurallar, usuller) sistem içindeki

uygulanma biçimini betimler. Nitekim en yüksek rasyonellik aşamasına, 'mantıksal olarak açık, içsel olarak tutarlı ve en azından teoride boşluksuz bir kurallar sistemi oluşturacak şekilde analitik olarak oluşan tüm hukuki önermelerin birleştirilmesi ile ulaşılır. Bu, akla gelebilecek tüm vaka durumlarının sistem içinde kapsanabilir olması gerektiğini beraberinde getirir.'

Weber'in karmaşık kuramının, ilke özelliğine sahip birbiriyle ilişkili iki unsuru, burada kısaca ele alınacaktır: Batı toplumlarında kapitalizmin gelişimi ile meşru otorite kavramı.

Birinci sorunsalda Weber, hukukun ancak dolaylı olarak ekonomik koşullardan etkilendiğini göstermeye çalışır. Hukuku 'görece otonom' olarak tasavvur eder: '[G]enellikle görülmektedir ki (...) hukuki yapının gelişimi hiçbir suretle ağırlıklı olarak ekonomik etmenler tarafından belirlenmemiştir'. Weber'e göre, hukuk ekonomik etmenlerle *asli olarak ilişkilidir* ancak onlar *tarafından belirlenmemiştir*. Rasyonel ekonomik davranış ('kar elde eden faaliyet' ve 'bütçe idaresi'), kapitalist sistemin kalbinde yer alır. Bu rasyonellik, mantık kurallarına uygun şekli rasyonel hukukun belirliliği ve öngörülebilirliği ile mümkün kılınır. Bu türde bir hukukun varlığı kapitalizmin gelişimine destek olur; ama ona neden olmaz.

Weber, şekli rasyonel hukuku, kapitalizmin ön koşullarından biri olarak görür. Çünkü şekli rasyonel hukuk, kar getiren teşebbüslerini devam ettirecek iş adamları için hayati olan belirlilik ve öngörülebilirliği sağlar. Weber'in görüşüne göre, bu şekli rasyonelliğin sağlanması, hukuki düzenin sistematikleştirilmesini gerekli kılmıştır. Bu sistematikleşme, onun bakışıyla İngiliz hukukunda kayda değer ölçüde eksiktir.

O zaman İngiltere'de kapitalizmin ortaya çıkmasını nasıl açıklayabilmiştir? Bu soru birçok sosyoloğu uğraştırmıştır. Weber'in yazınındaki bu açık çelişki için üç olası açıklama sunulmuştur. İlk

olarak, her ne kadar İngiliz hukuku, Roma hukukunun sistematik düzeninden yoksun olsa da, İngiliz hukukunun da oldukça şekli bir hukuk sistemi olduğu açıktır. Nitekim Weber, bu kadar şekilciliği irrasyonel olarak niteler (örneğin, *Common Law* sistemi, hukuk davalarında, belli özel dava tipleri için düzenlenmiş özel ilamların titiz ve detaycı usullerinin takip edilmesini zorunlu kılar). Ancak diğer yandan Weber der ki, tam da bu şekilcilik, hukuk sistemi üzerinde istikrar sağlayıcı bir etki yaratmış; ekonomik pazarda daha yüksek bir güvenlik ve öngörülebilirlik seviyesi oluşturmuştur.

İkinci olarak; İngiltere’de hukuk mesleğinin faaliyeti, kapitalizmin yükselişi sırasında, *The City* olarak bilinen ticari bölgeye yakın olacak şekilde aşırı derecede Londra’da yoğunlaşmıştı. Dahası, hukukçular, mutat olarak iş adamlarına ve şirketlere danışmanlık hizmeti veriyorlardı. Bu durum, onları hukuku, tüccar müvekkillerinin menfaatlerine uyacak şekilde düzeltmeye teşvik etti.

Üçüncü olarak, kıta Avrupası’ndaki emsallerinden farklı olarak İngiliz hukukçuları; eğitim, staj ve özelleşmelerini düzenleyen meslek loncaları oluşturmuştur. Bunlar hukukun içtihatla bağlı, şekli bir şekilde ele alınmasını doğurmuştur. Bu da Weber’in deyişiyle, Roma hukukunda olduğu üzere, ‘teminat hukuku biliminin’ oluşmasına yol açmıştır: gelecek uyuşmazlıkları önleyecek araçlar tasarlamaya ve “sözleşmelerde kullanılabilecek” yeni ibareler bulmaya önem verilmiştir. Bu durum, hukukçular ile (çoğunlukla tüccar) müvekkilleri arasında yakın bir ilişki kurulmasını doğurmuştur. Başka bir deyişle, hukuk uygulamasının bu özelliği, hukukun kendisindeki sistematikleşme eksikliğini telafi etmiştir.

Görünüyor ki, Weber’in asıl söylediği şey, İngiltere’nin hukuki sistematikleşme eksikliğine rağmen kapitalist bir ekonomik sistem geliştirmiş olduğudur. Hukuk sisteminin ‘diğer’ önemli bileşenleri bu gelişmeyi meydana getirmiştir. Ancak *Common Law* daha rasyo-

nel ve sistematik olsaydı, ekonomik sistem daha da hızlı ve verimli bir şekilde gelişebilirdi.

Weber'in genel tezi şudur; Batı toplumlarında hukukun şekli rasyonelleşmesinin nedenleri; kapitalizmin katı bir biçimde, şekli hukuk ve hukuki usulle ilgilenmesi ile mutlakıyetçi devletlerdeki bürokrasinin rasyonelliğidir. Bürokrasinin bu tutumu, kodifiye sistemlere ve homojen hukuka yönelik ilgiyi arttırmıştır. Weber, bu fenomene dair ekonomik bir izahat sunmaya çalışmıyor gözükmemektedir. Ancak kavramsal olarak sistematikleştirilmiş rasyonel bir hukuk yapısının idare edilmesi için temel teşkil eden bürokrasi kurumunun gelişmesine ve özellikle büyümesine neden olan bazı ekonomik etmenler tespit eder.

Weber, insanların neden hukuka itaat etmekle yükümlü olduklarına inandıklarını açıklarken, meşru otoritenin üç türünü ayırır: *geleneksel* ('meşruluğunu geleneği korumaya yönelik iddia eder ve asırlık kurallar ile güçlerin kutsallığından dolayı ona inanılır'), *karizmatik* ('tek bir kişinin istisnai azizliği, kahramanlığı veya örnek kişiliğine olan bağlılığa' dayanır) ve *hukuki-rasyonel* otorite ('yürürlüğe konulmuş kuralların hukukiliğine ve bu kurallara göre otorite seviyesine terfi ettirilenlerin emir verme hakkına dair bir inanca' dayanır). Tabii ki bu üçüncü tür, Weber'in hukuk anlayışının merkezi bir özelliğidir. Ve her ne kadar, hukuki-rasyonel otorite kavramı onun değer kuramı (hukuk sosyoloğunun dışardan bir bakışla araştırma konusuna yaklaşması gerektiğini savunur) ile iç içe olsa da; asıl önemli ilişki bu tür bir otorite ile modern bürokratik devlet arasındadır. Başka tür otorite türlerinde, otorite *kişilerdedir*; bürokraside ise otorite *kurallara* verilmiştir. Hukuki-rasyonel otoritenin alametifarikası tarafsızlığındadır. O da, Weber'in deyişiyle 'şekilci gayri şahsilik' ilkesine bağlıdır: resmi görevliler sorumluluklarını, 'nefret, öfke, şefkat veya coşkuya kapılmadan' yerine getirirler. Ege-

men normlar; kişisel hususlarla bağlı olmayan, dolambaçsız ödev kavramlarıdır. Weber'in hukuk sosyolojisinin önemi, çeşitli tipolojiler arasındaki korelasyonda yatar. Örneğin, hukuki-rasyonel otoritenin olduğu bir toplumda, hukuki düşünce biçimi mantıksal şekilci rasyonelliktir; adalet ve hukuki sürecin her ikisi de rasyoneldir; itaat hukuk düzeninedir ve idare biçimi bürokratik-profesyoneldir.

Diğer bir yandan, karizmatik bir lider tarafından hâkim olunan bir toplumda, hukuk düşüncesi şekli ve maddi olarak irrasyoneldir; adalet karizmatiktir; itaat karizmatik lideredir. Bütünüyle karizmatik bir lider tarafından hâkim olunan bir toplumda idare kurumu hiç yoktur bile.

Her ne kadar Weber, yaygın bir şekilde, önde gelen bir hukuk sosyoloğu olarak görülse de; onun aleyhinde konuşanlar, Weber'in analizinde birçok pürüz bulmuşlardır, özellikle yukarıda kabaca açıkladığım iki kuramında. Örneğin iddia edilir ki, otorite kurma süreci, bu sürecin Weber'in odaklandığı şekli ve hukuki dışavurumundan çok daha karmaşıktır. Ve bazıları da İngiltere'deki kapitalizmin yükselişini açıklama girişimini ikna edici bulmaz.

Karl Marx

Karl Marx (1818-1883) ve Friedrich Engels (1820-1895) her ne kadar hukukun kapsayıcı veya sistematik bir izahatını sunmasalar da, toplum kuramları; hukuk ile ekonomi (veya maddi koşullar) arasındaki ilişki hakkında gözlemlerle doludur. Ancak hukuka ekonomik etmenlerden daha aşağı bir konum atfedilmiştir: hukuk, her toplumun kendi maddi koşulları tarafından belirlenen (çeşitli kültürel ve siyasi fenomenler yanında) bir üstyapı parçasıdır.

Hukukun Marksist izahatları, altyapı ve üstyapı ile hukukun konumu arasındaki ilişkiye dair iki bakış açısından birini benimser. İlk

görüş, hukukun sadece ekonomik altyapının ‘yansıttığını’ savunduğu için ‘kaba materyalizm’ olarak adlandırılır. Hukuk kurallarının şekli ve içeriği, egemen üretim modeline karşılık gelir. Genel olarak bu bakış açısının, hukukun mevcut durumu hakkında basitleştirici ve tutarsız bir izahat sunduğu kabul edilir. İkinci görüş, ‘sınıf araçsalılığı’ olarak bilinir. Bu isimlendirmenin nedeni, bu görüşün, hukukun egemen sınıfın iradesinin doğrudan bir ifadesi olduğunu savunmasıdır. Makul olmayan yanı; egemen sınıfın kendisinin gerçekten bilincinde olduğu tek sesli bir ‘iradesi’ olduğunu iddia etmesidir.

Marx’ın kuramı esas olarak tarihselcidir. Toplumsal değişim, karşı konulamaz tarihsel kuvvetlerle açıklanır. Marx ve Engels, Hegel’in diyalektik tarih kuramını değiştirerek, ünlü ‘diyalektik materyalizm’ kavramını ileri sürmüşlerdir. Bu kavram ‘materyalisttir’; çünkü üretim araçlarının maddi olarak belirlendiğini iddia eder. ‘Diyalektiktir’; çünkü bir dereceye kadar iki düşman sınıf arasında kaçınılmaz bir çatışma öngörür. Özel mülkiyet ve planlanmamış rekabete dayanan burjuva üretim modeli, fabrikadaki işçi sınıfının üretiminin yükselen bir şekilde gayri bireyci, toplumsal karakteri ile çelişki halindedir. Marx proletaryanın üretim araçlarını ele geçirecek ve bir ‘proletarya diktatörlüğü’ kuracağını düşünür. En sonunda da, hukukun nihayetinde gereksiz olacağı sınıfsız, komünist bir toplum proletarya diktatörlüğünün yerini alacaktır.

Hukuk, önemli bir ideolojik rol oynar. İnsanlar zor durumları hakkında bir bilinç geliştirirler. Marx meşhur bir şekilde ilan eder ki: ‘İnsanların oluşlarını belirleyen onların bilinçleri değildir; tam tersine, toplumsal oluşları, onların bilinçlerini belirler’. Başka bir deyişle; düşüncelerimiz, nedensiz veya tesadüfi değildir. Onlar, ekonomik koşulların bir sonucudur. Bilgi birikimimizi, üretim ilişkilerinin toplumsal tecrübesinden özümseriz. Bu durum hukukun, egemen sınıfın menfaatlerini temsil eden bir toplumsal düzeni (ortaklaşa

ifade edilen bir istek olarak değil de, 'eşyanın tabiatının' bir parçasıymış gibi) nasıl muhafaza ettiğinin kısmı bir açıklamasını sunar.

'Egemen ideoloji', çeşitli toplumsal kurumlar vasıtasıyla üstü kapalı bir şekilde, eşyanın tabiatı olarak kabul edilir. Bu kurumlar 'ideolojik bir hegemonya' kurar. Bu da; eğitsel, kültürel, siyasi ve hukuki alanda bu egemen değerler grubunun baskın gelmesini sağlar. Bu açıklama ilk olarak İtalyan Marksist Antonio Gramsci'nin hapisane yazılarında ortaya çıkmış ve Fransız Marksist Louis Althusser tarafından daha yüksek bir derinlik seviyesine taşınmıştır.

Yalnız, Marksist materyalist hukuk izahatı, devletler işçi sınıfının refahını arttıran reformcu yasalar yürürlüğe koyduğu zaman zorluklarla karşılaşır. Bu yasalar, egemen ideoloji veya menfaatleri nasıl temsil edebilir? Marksistler tarafından öne sürülen bir çözüm, devleti 'görece otonom' olarak betimlemektir. Buna göre kapitalist devlet, arzu ettiği gibi hareket etmekte tamamen özgür değildir; belli toplumsal kuvvetler tarafından sınırlanmıştır. Ancak bu kısmı iyileştirmeler, kapitalist üretim modeline herhangi bir kökten itiraza izin vermez. Marx ve Engels'in deyişiyle esasında devlet, 'tüm burjuvazinin genel işlerini idare etmeye yönelik bir komitedir'.

Hukuk sınıfsal bir baskı aracı olduğu için; sınıfsız bir toplumda hukuk gereksizdir. Marx'ın erken yazınında ima edilen ve Lenin'in teyit ettiği argümanın özü budur. Bu tezin daha ilerletilmiş biçiminde Marx, proleter devrimi takiben burjuva devletinin bir kenara süpürülüp, proletarya diktatörlüğü ile yerinden edileceğini iddia eder. Gerici direniş alt edildikten sonra toplumun hukuka ve devlete artık ihtiyacı kalmayacaktır. Bunlar 'sararıp solacaktırlar'.

Bu öngörü ile ilgili bir sorun, hukuk ile proletaryanın zorbaca ezilmesi arasında pek yavan bir denklik kurulmasıdır. Bu iddia, hukukun kayda değer bir bölümünün başka işlevler gördüğü ve hatta (veya özellikle) komünist bir toplumun ekonomiyi planlamak ve dü-

zenlemek için kanunlara ihtiyacı olduğu gerçeğini görmezden gelir. Bunların, 'hukuk' olmadığını iddia etmek kuşku doğurur.

Marksist hukuk kuramında, hukukun, hiçbir özelliği olmayan bir şey olarak ele alınmadığını belirtmek önemlidir. Tarihsel materyalizmin kalbinde, toplumun hukukun bir ürünü olduğundansa; hukukun 'belli bir tür toplumun ürünü' olduğu önermesi vardır. Balbus'un sözleriyle; 'Hukuk fetişizmi, insanların, varlıklarını hukuka borçlu olduğunu onaylaması durumudur' -hukukun, varlığını insanlara borçlu olduğunun aksine. Bir meta fetişizmi formu olduğu gibi, hukuk sistemindeki yetkilerin kaynaklarını hukuk öznelerinden saklayan ve hukuk sisteminin kendi başına bir varlığa sahip olduğu algısını yaratan bir hukuk fetişizmi formu da vardır. Pek çok Marksist, hukuku; kendine has ve otonom bir akıl yürütme ve düşünce biçimine sahip, ayrı, özel ve tespit edilebilir bir fenomen olarak ele alan hukuk fetişizmini hor görerek reddeder.

Marksistler aynı şekilde, Marksist anlamda ağırlıklı olarak maddi koşullara bağlı olan adalet kavramını reddettikleri gibi; sözde özgürlüğü koruyan tarafsız bir kurallar bütünü olan hukukun üstünlüğü ülküsünü de kabul etmezler. Hukukun üstünlüğünü savunmak, hukuku; siyasi çatışmanın yukarısında, belli grup ve sınıfların egemenliğinden uzak, sakın bir hakem olarak kabul etmek anlamına gelecektir. Marksistler, bu 'uzlaşmacı' toplum modelini reddederler.

'Uzlaşmacı' ve 'çatışmacı' toplum modelleri arasındaki seçim, toplum anlayışımız açısından önemlidir. Hukuk kuramların çoğunluğu, gördüğümüz üzere, toplumu esas olarak bir bütün olarak gören 'uzlaşmacı' bir düşünceyi benimserler: Yasama organı, genel iradeyi temsil eder; yürütme organı ortak menfaatler doğrultusunda hareket eder; hukuk, genel iyiyi korumak için 'korkmadan veya iltimas göstermeden' hükümde bulunan yansız bir hakemdir. Değerler ve menfaatlere dair temel bir çatışma yoktur. Çıkan çatışmalar da

ancak kişisel seviyede gerçekleşir: Victoria, David'e sözleşmeye aykırı davrandığı gerekçesiyle tazminat davası açar ve bunun gibi.

Spektrumun diğer ucunda; toplumu, karşıt iki grup arasında bölünmüş olarak gören 'çatışmacı' model yer alır. Bu ayrım, mülkiyete sahip olanlarla olmayanlar arasındadır. Çatışma kaçınılmazdır. Bireylerin konumları, toplum yapısının ta kendisi tarafından tanımlanır: Bireyler, iki tarafın biri ya da diğerinin bir bileşeni olarak varlık gösterirler. Bu temsilde hukuk, tarafsız bir hakemden çok uzak olarak, aslında egemen grubun, elindeki kontrolü muhafaza etme aracıdır.

Ya insan hakları? 4. bölümde gördüğümüz gibi, giderek artan önemleri açıktır. Sosyalistler genellikle bireysel haklar düşüncesinin ta kendisini (ve onun bencillik ve egoizm çağrışımlarını), Marksizmin toplumcu felsefesi ile bağdaşmaz bulurlar. Bu nedenle, açıkça haklar kavramı ve haklar edebiyatını reddederler. Ancak Marksistler de muhtemelen bunların kullanımına (sadece) kısa vadeli taktik hedeflere ulaşmak amacıyla karşı çıkmayabilir. İddiaları şudur ki, toplumun değişimi, haklar üstüne nutuk çekmemizin bir sonucu olarak gerçekleşmez.

Ancak Marx, erken yazılarında siyasi devrimin; sivil toplum ile devlet arasındaki ayrımı sona erdireceğini savunmuştur. Sadece demokratik katılım, halkın devletten yabancılaşmasını sonlandırabilir. Onun kendi sosyalist haklar veya sosyalizmdeki haklar modelinin bu şekilde; kapitalist bir toplumun ayırt edici özelliklerini (yarattığı sömürü ve yabancılaşmanın) kınamasından doğduğu gözükmektedir.

Marx, 'yurttaş hakları' ile 'kişi haklarını' ayırır. Yurttaş hakları, başkaları ile ortaklaşa kullanılan ve toplulukta ilişki kurmayı gerektiren siyasi haklardır. Buna karşın, kişi hakları ise, başkalarından ayrı olarak kullanılan ve topluluktan uzaklaşmaya yol açan kişisel haklardır. 'Sözde kişi haklarının bir tanesi bile egoist insanın ötesine

geçemez (...) Egoist insan; kendi içine, kişisel çıkarlarına ve kişisel arzularına geri çekilmiş bir bireydir.' Ve çok etkileyici bir şekilde ekler; 'Özgürlüğe dair kişi hakkının fiili uygulaması, özel mülkiyete dair kişi hakkıdır.'

Marx'ın burada bu 'kişi haklarının' (hukuk önünde eşitlik, güvenlik, mülkiyet, özgürlük) önemsiz olduğunu kastetmediği şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Söylemek istediği; tam da böyle bir haklar anlayışının, kapitalist üretim ilişkilerine dayanan bir topluma özgü olduğudur. Bu desteklemesi zor bir iddiadır çünkü Marx bu hakların, başkalarından bağımsız olarak hiçbir önemi olmadığını gösterme peşinde olmuştur.

Marksistler, sık sık kapitalizmin hakiki bireysel özgürlüğü tahrir ettiğini ileri sürmüşlerdir. Marx'a göre özel mülkiyet; insan unsurundaki maddi âlem hâkimiyetini temsil eder. Komünizm ise, maddi âlem üzerindeki insan unsurunun hâkimiyetini temsil eder. 'Şeyleşme' kavramını; toplumsal ilişkilerin, şeyler arasındaki ilişkilerin biçimini alması sürecini betimlemek için kullanmıştır. Kapitalist bir toplumda, işçilerin emeklerinin ürününden yabancılaştırılmasının bir sonucu olarak, bu şeyleşmeyi görmüştür. 'Emeğin genel toplumsal biçimi, bir şeyin özelliği olarak ortaya çıkar'; 'meta fetişizmi' yoluyla şeyleştirilir. Kapitalist ilişkiler bireysel özgürlüğü koruyor gibi gözükür; ancak hukuk önünde eşitlik, özel mülkiyet sahipleri arasındaki karşılıklı alıp verme ilişkilerinin sadece şekli bir özelliğidir:

Devrimci Marksistler bireysel hakları, temel olarak bu hakların kapitalist ekonominin bir ifadesi oldukları ve sınıfsız, sosyalist bir toplumda gerekmedikleri nedeniyle reddetmişlerdir. Bu ret, bu haklara karşı dört itiraza dayanır:

Bireysel hakların kanunlara aşırı riayeti: Haklar, insan davranışını kuralların idaresine bağımlı kılar

Bireysel hakların baskıcılığı: Hukuk baskıcı bir donanımdır. Haklar, sermayenin çıkarlarını korudukları için lekelenmiştir.

Bireysel hakların bireycilikleri: Bireysel haklar atomlaşmış, çıkarıcı bireyleri korur.

Bireysel hakların ahlakçılığı: Bireysel haklar esasen ahlaki ve ütöpiktirler bunun sonucu olarak da ekonomik altyapı ile alakasızdırlar.

Ancak bazı Marksistler, hakların zorunlu olarak bireyci olduğu görüşünü biraz fazla basitleştirilmiş olarak görürler. Marksist tarihçi E. P. Thompson (1924-1993), Marksistlerin benimsediği iki fikre karşı çıkar. Bunlardan biri, tüm hukukun salt bir sınıf egemenliği aracı olduğu; diğeri de medeni özgürlükler kavramının sınıf egemenliğinin gerçekliklerini karartan bir yanılsamadan fazlası olmadığıdır. Thompson hukukun basit bir sınıf egemenliği aracı olmadığını; ancak aynı zamanda, sınıflar içinde ve arasında bir ‘arabuluculuk biçimi’ olduğunu belirtir. Hukukun işlevi sadece iktidara ve servete hizmet etmek değildir; aynı zamanda hukuk, ‘iktidar üzerinde etkili kısıtlamalar’ getirir ve ‘egemen sınıfı kendi kurallarına’ tabi kılar:

[H]ukukun üstünlüğünün kendisi, iktidar üzerinde etkili kısıtlamalar getirdiği ve iktidarın müdahaleci isteklerine karşı vatandaşı savunduğu için bana göre insan için mutlak bir iyidir. İktidar kaynaklarının ve iktidar iddialarının genişlemeye devam ettiği bu tehlikeli yüzyılda, bu iyiyi inkâr etmek veya küçümsemek, entelektüel soyutlamanın vahim bir hatasıdır. Dahası bu; bizi, kötü kanunlar ve sınıfa bağlı usullere karşı mücadeleden vazgeçmeye ve iktidara [mecazi anlamda] karşı silahlarımızı bırakmaya özendirir. Bu da; hukuk hakkında

ve hukuk içinde yapılan bütün bir mücadele dönemi mirasını fırlatıp atmak olur. Bu sürecin kesin-tiye uğraması durumunda tüm insanlar yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kalırlar.

Birçok Marksist, beklenileceği üzere, hukukun üstünlüğü fikrinin toptan kabulünü kınamışlardır. Bazıları da Marksistlerin otoriter yönetim üzerindeki sınırlamaları savunmasının, onların hukukun üstünlüğünün etrafı bir şekilde yücelttiği manasına gelmeyeceğini iddia etmişlerdir.

Sovyetler Birliği'nin ve Doğu Avrupa'daki uydu devletlerin çöküşü ile birlikte Çin devlet kapitalizminin sosyalizmi gölgede bırakmasıyla, Marksist hukuk kuramı ve pratiği derinden yaralanmıştır.

Jürgen Habermas

Başta gelen çağdaş Alman entelektüellerinden biri olan Jürgen Habermas (d. 1929), okunması kolay olmasa da, felsefesinin ve kavrayışlı toplumsal eleştirisinin özgünlüğünden dolayı yaygın olarak büyük saygı görmüş ve hayranlık uyandırmıştır. Ortaya koyduğu derin bakış açısı; incelikli kültürel, siyasi ve ekonomik analizlerden oluşur. Bunların içinde; 'araçsal-teknokratik bilincin' amansız ilerleyişi ile 'yaşam dünyasının' beraberinde getirdiği tahakküme rağmen kapitalist devletin daha geniş bir 'iletişimsel eylem' için imkânlar da sunduğu görüşü vardır.

Kapitalizm ve güçlü bir merkezi otoritenin birleşik etkisinin, davetsizce müdahale ettikleri (ortak normlar ve kimlikler alanı olan) 'yaşam dünyası' içinde sonuç verdiğini iddia eder. Bu durum, atomlaşmayı ve yabancılaşmayı (Marx'ın izleri) meydana getirir. 'Yaşam dünyasının' varlığı, iletişim ve toplumsal dayanışmaya dayanan süreçlerle oluştuğu için, bu davetsizce müdahale bizzat 'yaşam dünya-

sının' temelini çürütür ve kolektif olarak insanların kendi kaderlerini tayin etme olasılıklarını azaltır. Bununla beraber yine de; olgular, değerler ve manevi deneyime dair rasyonel iletişimsel söylemin başarılı olma olasılığını da kabul eder.

Bunun hukukla ne alakası vardır? Bu sorunun cevabı karmaşıktır. 'İletişimsel akıl' kavramının özgürlük ve eşitlik ilkelerine dayandığını düşünürsek, Habermas'ın belli bir liberalizm biçimini sahipleneceğini beklemek akıl dışı olmaz. Bu duruşundan hareketle, 'vasıta olarak hukuk' ile 'kurum olarak hukuku' ayırır. Vasıta olarak hukuk, hukuku; devleti ve ekonomiyi kontrol eden şekli, genel bir kurallar bütünü olarak betimler. Sonra Kurum olarak hukuk, 'yaşam dünyasında' ikamet eder ve 'yaşam dünyasının' ortak olarak paylaşılan değer ve normlarını kurumsal biçimde açığa vurur. Mesela ahlaka değinen ceza hukuku bölümleri böyledir. 'Vasıta olarak hukuk'un aksine 'kurum olarak hukuk' meşruluk gerektirir. Habermas çoğulcu ve parçalanmış toplumumuzda bu kurumların, normatif entegrasyon için aslında kuvvetli bir taban olduğunu belirtir.

Ayrıca hukukun meşruluğunun, hukukun yapılageldiği söylem faaliyetinin etkinliğine ciddi şekilde bağlı olduğunu ileri sürer. Bunun sonucu olarak, ifade özgürlüğü ve diğer temel demokratik haklar, onun 'iletişimsel eylem' kuramının merkezindedir.

Habermas, dev bir literatür kışkırtmıştır. Örneğin, toplumsal entegrasyonu yerine getirmeye yönelik bir araç olarak hukuka duyduğu aşırı güven nedeniyle eleştirilmiştir. Ve bazı yorumcular, Habermas'ın, ancak ilgili tüm kişilerin rasyonel söylemin katılımcıları olarak tasvip ettikleri hukuk normlarının geçerli olduğu iddiasını biraz hayalperest bulurlar; Habermas sanki bir çeşit Atina demokrasisi savunmaktadır!

Michel Foucault

İtibarlı Fransız düşünürü Michel Foucault'nun (1926-1984) anlaşılması güç düşünceleri, doğrudan ve dolaylı bir şekilde, hukukun toplumdaki rolüne değinir. Bilhassa, sıra dışı felsefesi veya sonraki yazınındaki değişimiyle "soybilimi" ile, iktidarın doğasını ve işlevini açığa çıkarmaya kalkışır. İktidarın, fiziksel kuvvet veya hukuki düzenlemeden ayrı olduğunu savunur. İktidar, özgürlüğe veya gerçeğe de düşman değildir. Bunun yerine Foucault; insan vücudunun, 18. yüzyıldan başlayarak, fabrikalar, hastaneler, okullar ve hapishaneler gibi kurumsal mekanlar aracılığıyla nasıl yeni bir iktidar 'mikrofiziğine' tabi kılındığını gösterir.

Disiplin dört 'pratik'ten oluşur: Her biri, kendine tabi kılınan şey üzerinde sonuçlar doğurur. Bu kontrol, kendisine tabi kılınanlarda bir 'bireysellik' yaratır. Bireysellik, dört ayırt edici özellik içerir: 'hüreseldir' ('uzamsal dağıtım oyunundan' dolayı), 'organiktir' (davranışları kodifiye etmesinden dolayı), 'genetiktir' (zamanın birikiminden dolayı) ve 'birleşimseldir' (kuvvetlerin birleşiminden dolayı). Ve disiplin dört büyük teknik kullanır: çizelgeler hazırlar, hareketler tembih eder, uygulamalar dayatır ve kuvvetlerin birleşimini elde etmek için 'taktikler' oluşturur. Foucault şu sonuca varır:

Taktikler, inşa etme sanatı; konumlandırılmış vücutlar, kodlanmış aktiviteler ve eğitilmiş kabiliyetler, tasarlanmış bir kombinasyonla çeşitli kuvvetlerin ürünü arttıran mekanizmalar ile birlikte, hiç kuşkusuzdur ki disipline edici pratiğin en yüksek biçimidir.

Bu yöntemlerin uygulanması, toplumsal düzeni daha kontrol edilebilir kılar. Disiplin iktidarı ayrıca, davranışlarımızın sanki doğal olduğuna bizi ikna eder ve bu şekilde hareket etmemiz konusun-

da bizi kandırır. Buna bağlı olarak, bu ‘teknolojiler’ başka çıkarlar için kullanılır ve biz idare ediliz: ‘Uysal bedenler’ haline geliriz ve sonuç olarak, kapitalizm ilerleyip büyüebilir.

İktidar analizi Foucault’un, liberal düşünceler ve bunların merkezileşmiş devlet iktidarı ile meşguliyetini sorgulamasına neden olmuştur. Gerçekten de Foucault, merkezileşmiş devlet iktidarını, liberalizmin azaltmaya çalıştığı tahakkümün ta kendisini destekleyen bir araç olarak görür.

Foucault’nun evreninde; disipline dair iktidar, toplumsal hayatın neredeyse her unsuruna yayılmıştır. Dolayısıyla hukukun, üstünlüğe dair özel bir iddiası yoktur. Düzenleyici hükümet, toplumsal düzenin muhafazasına karşı çeşitli tehditlerin kontrolüne yönelik olarak politikayı yönlendirir. Böylece, hukuk ‘sosyolojikleştirilmiş’ hale gelir. Şeklî eşitlik, arkasında postmodern devleti karakterize eden iktidarın yattığı bir duman perdesidir.

Sarsıcı yazınının önemli bir kısmının anlaşılmağına rağmen, Foucault’un disiplin iktidarının uygulanmasına karşı yaratıcı yaklaşımı; dikkatimizi hukukun kurumsal işleyişinden, hukukun bireyler olarak her birimize olan etkisine yönelterek, toplumsal kontrolün karanlık noktalarını aydınlatır.

Bölüm 6

Eleştirel Hukuk Kuramı

Önceki beş bölümde özetlenen birçok kuram (en geniş anlamda adlandıırırsak) eleştirel hukuk kuramına bağılı olanlar tarafından şüpheyile karşılanmıştır. Hukuk kuramının bu kanadı, hukuk biliminin kalbinde olduğı uzun zamandır kabul edilen birçok müesseseyi hor görerek reddetmiştir. Ve eşyanın tabiatı olarak kabul edilen şeylere: Bunlar, ataerkillik (feminist hukuk bilimi), ‘ırk’ anlayışı (eleştirel ırk kuramı), serbest piyasa (eleştirel hukuk araştırmaları) veya üstanlatılar (postmodernizm) vb.dir eleştirel kuramcılar tarafından itiraz edilir. Eleştirel düşüncenin tüm bu sahaları bu bölümde kısaca incelenecektir.

Makul bir şekilde savunulabilir ki, eleştirel hukuk kuramının esas amacı kendi iddia ettiğı şekliyle, hukukun ve hukuk sisteminin sahte bir meşrulukla üstünü örten hukukun evrensel akılcı temeline karşı koymaktır. Eleştirel hukuk kuramı, hukuku ayrı ve münferit bir disiplin olarak da kabul etmez. Onlara göre bu [yanlış] görüş hukuku, otonom ve belirli; siyaset ve ahlaktan bağımsız (ki asla böyle olamaz) bir kavram olarak resmeder.

Belirlilik miti, hukuka karşı eleştirel saldırının önemli bir bileşenidir. Belirli, tutarlı bir kurallar ve doktrin bütünü olmaktan öte; hukuk; belirsiz, muğlak ve istikrarsız olarak tarif edilir. Ve hukuk;

akılcılık ifade etmektense, siyasi ve ekonomik egemenliği yeniden üretir. Ayrıca, birçok eleştirel hukuk çalışmaları (EHÇ) taraftarı, hukukun ne tarafsız ne de nesnel olduğunu ileri sürer. Tarafsızlığa kavuşmak için hukuk, birtakım kurgular ve illüzyonları kullanır. En çarpıcı şekilde, hukukun egemenliğindeki liberal eşitlik ülküsü ile övünür. Ancak EHÇ'nin görüşüne göre bu bir mittir. Toplumsal adalet, içi boş bir vaattir.

Bu akım Amerikan hukuk fakültelerinin de ötesinde Britanya, Kanada, Avustralya ve diğer yerlerdeki hukuk fakültelerinde büyük bir etki yaratmıştır. Ancak bu günümüzdeki şıklığına rağmen EHÇ genellikle 1920 ve 1930'lardaki Amerikan Hukuki Realizm akımının güncel bir versiyonu olarak nitelenir. Peki, "realizm" nedir?

Realizm

İki realizm "okulu" vardır: Amerikan ve İskandinav. Belli benzerlikleri paylaşıyorlar da daha sonra açıklanacağı üzere yaklaşım ve metodolojilerinde birbirlerinden temelden ayrışırlar. Bilhassa, Amerikan hareketi, hukuki kavramsalcılığa karşıt bir biçimde "filiyattaki hukuk"un üzerinde durarak büyük ölçüde pragmatik ve davranışsal iken, İskandinavlar hukukun metafizik temellerine felsefi bir hücum başlatma derdinde idiler. Ayrıca, Amerikalılar "kural şüphesi" iken İskandinavlar "metafizik şüphesi" idiler. İskandinavların hukuk ve özellikle doğal hukuk üzerine kavramsal düşünceye olan görece kuvvetli husumeti, İskandinavya'da ciddi bir Katolik etkisinin yokluğu ile belki açıklanabilir. Veyahut hukuki pozitivizmin Birleşik Devletlere kıyasla Avrupa'da daha güçlü bir etkisinin olması da bunun nedeni olmuş olabilir. Amerikan realistleri yargı sürecinin içine dalarken İskandinav meslektaşları ise tüm hukuk sistemini bir bütün olarak ele almak için ağlarını daha geniş bir şekilde yaymakta idi. Ayrıca Amerikalılar İskandinavlara

kıyasla daha ampirik görüşlü idiler. İskandinav kanadın önemli temsilcileri Axel Hagerström (1939-1868), Alf Ross (1979-11899), Karl Olivecrona (1980-1897) ve A. V. Lundstedt (1955-1882)'tir.

Bunlara rağmen, bu iki akım önemli bir etmeni paylaşır: hukuk ile ahlakın kaynaştırılmasına ve “adalet” gibi mutlak değerlere olan güvensizlik. Bu pragmatizm, Amerikan Realizmi'nin öncü temsilcilerinden biri olan Oliver Wendel Holmes'ün “The Path of the Law” – “Hukukun Yolu” eserinden alınan bu vurucu kesitin sonundaki ünlü deyişinde en canlı şekilde ifade edilmektedir:

Temel sorunu ele alalım. Hukuku ne teşkil eder? Bazı kitap yazarlarının hukukun Massachusetts veya İngiltere'deki mahkemelerin hükümlerinden farklı bir şey; bir mantık sistemi; etik ilkelerden, kabul edilmiş belitlerden veya başka şeylerden elde edilen, söz konusu hükümlerle örtüşen veya örtüşmeyen bir tümdengelim çıkarımı olduğunu söylediğini göreceksiniz. Ancak bize bir hukuki uyumsuzluk için danışan arkadaşımızın bakış açısını ele alırsak, bu belitlerin veya tümdengelim çıkarımları onun umurunda değildir; tek umursadığı şey, Massachusetts veya İngiltere mahkemelerinin gerçekte muhtemelen ne yapacaklarıdır. Ben de tam olarak bu görüşteyim. Hukuk derken tam da, mahkemelerin bilfiil ne yapacağına dair kehanetleri kastediyorum; bundan başka gösterişli bir iddia da bulunmaksızın.

Bu yaklaşımı başka bir şekilde ifade edersek, İskandinav realist Alf Ross'un dediği gibi “adalet”e başvurmak masaya vurmak ile eş değerdir: bu bir kimsenin talebini mutlak bir faraziyeeye dönüştüren duygusal bir ifadedir. Bu nedenle “Realizm”, kurama dair bir ta-

harmülsüzlüktür; hukukun “olduğu haline” ve *toplumsal bağlamın-da* hukukun bilfiil işleyişine dair bir ilgidir. Bundan dolayı hukuki realizm, pozitivizme karşı bir hücumu temsil eder. Hukuku atıl bir fenomen olarak ele aldığı için formalizme karşı derin bir hasımlık duyar. Buna rağmen paradoksal olarak realistler, hukukun “olduğu haliyle” olan meşguliyetleri ile pragmatizm ve ampirizme olan neredeyse takıntıları yüzünden pozitivist olarak görülürler. Bu bölüm Amerikan realizmi akımı üzerine yoğunlaşacaktır.

Amerikan Realizmi

Caz çağı kendi caz hukuk bilimini doğurmuştur. Realistler, “fi-
liyatındaki hukuk”a dair daha az şekilci ve daha geniş bir açıklama
sunmuştur. Kavramsal “saçmalığa” karşı tahammülsüzlüklerinin
yanında bu kuramın takipçileri programlı, pedagojik bir değişimi
savunmuşlardır. Ancak, her ne kadar ampirik sorular ile meşgul ol-
salar da (örneğin yargıdaki karar sürecine etki eden sosyolojik ve
psikolojik etmenlerin belirlenmesi girişimi gibi), üstü kapalı kuram-
sal bağlılıkları ağırlıklı olarak pozitivizme yönelik idi.

Doğal hukukçu ve pozitivist pozisyonları (Bakınız 1. ve 2. Bölüm-
ler) reddeden bu akım, davalardaki olgulara dair siyasi ve ahlaki sez-
gilere daha büyük bir önem vermiştir. Öyle ki 1930’larda, kuramın
kuralların işleyişine dair asabiyeti bazı insanları realizmi nihilist ola-
rak damgalamasına neden olmuştur. Muhlifler bu akımın yargılama
sürecine dair açıklamalarında sadece ahlakın rolünün varlığına karşı
değil ama bunun da ötesinde hukuk kurallarının rolünün varlığına
karşı da bir itiraz gördüler. Bazı eleştirmenler realistleri anti demokra-
tik ve totaliter olarak yaftalayacak kadar ileri gitti.

Profesör Leiter’e göre bu akımın temsilcilerinin “ana iddiası”, hâ-
kimlerin ağırlıklı olarak davadaki *olguların* itkisine duyarlı oldukla-

rıdır. Hâkimler, davadaki olgular karşısında makul gözüken yargısal bir değerlendirmede bulunarak verecekleri hükümlere ulaşılır; uygulanabilecek hukuk kuralına göre değil. Bu iddiayı anlaşılır hale getirmek için Leiter şu üç unsuru belirler:

- Davaları karara bağlarken, hâkimler davanın altında yatan olgulara, bunlar hukuken önemli olsun veya olmasın (diğer bir deyişle: bu olgular uygulanabilir kurallar bakımından ilgili olsun veya olmasın), duyarlılık gösterirler.
- Hukuki kuralların ve gerekçelerin, özellikle üst mahkeme kararları üzerinde ya hiç etkisi yoktur ya da çok az etkisi vardır.
- Birçok realist bu “ana iddia”yı, kuralların daha fazla olgulara özgü hale getirilerek reform edilmesi amacıyla ileri sürmüştür.

İlk unsur, belirli olmayan davalarda yargısal hükümlerin, hukuki değerlendirmelerdense hâkimin siyasi ve ahlaki kanaatleri tarafından etkilendiğini savunur. İkincisinin ise hukukun belirli olmadığını öne sürdüğü söylenebilir. Bu unsur, birçok üst mahkeme kararı açısından, davada uygulanabilir hukuki kaynakların yegâne tek bir hukuki sonuç doğurmak için yetersiz olduğunu savunur.

Bu akımın mensuplarından üç tanesi ön plana çıkar: Oliver Wendell Holmes, Karl N. Llewellyn ve Jerome Frank. Holmes (1984-1935) Amerikan Realizmi’nin entelektüel ve belki de hatta manevi babası idi. “Hukuk, gökyüzünde kuluçkaya yatmış doğaüstü varlık değildir; tam tersine o, kimliği tespit edilebilen bir egemenin veya egemen benzeri bir şeyin tane tane gelen sesidir...”

Karl Llewellyn’in akıma esas katkısı onun işlevselciliği olmuştur. Bu yaklaşım hukuku, belli temel işlevleri, “hukuk işlerini”, yerine getiren bir şey olarak görür. Ona göre, hukuku “içinde amaçları olup, değerleri olmayan” bir motor gibi görmeliyizdir. Eğer bir toplum hayatta kalacak ise belli ihtiyaçların karşılanması gerekir. Bu da bizi

uyuşmazlıkların çözülmesi gerektiğine götürür. Llewellyn, altı “hukuk işi” saymıştır:

1. Sorun çıkaran durumların halledilmesi
2. Eylem ve beklentilerin önleyici biçimde yönlendirilmesi
3. Değişime ayak uydurmak için eylem ve beklentilerin önleyici biçimde tekrar yönlendirilmesi
4. Otoritenin dağıtılması ve otorite sahibi karar verme prosedürlerinin belirlenmesi.
5. Grubun idare ve teşvikinin sağlanması.
6. “Hukuki metot işi”

Realistlerin “realist” olduğu şeyler nedir?

1. *Akış halindeki hukuk*, devingen hukuk ve yargısal hukuk yaratımı düşüncesi.
2. Kendi içinde bir amaç yerine *toplumsal bir amaca yönelik bir araç olarak* hukuk düşüncesi.
3. Hukuktan daha hızlı bir şekilde *akış halinde olan toplum* düşüncesi.
4. *Araştırma amacıyla “olan” ile “olması gereken”in geçici ayrımı.*
5. Mahkemelerin veya insanların ne yaptığının betimlemesinde *geleneksel hukuk kuralları ve kavramların kullanılmasına karşı güvensizlik.*
6. Mahkeme kararlarının meydana gelmesinde *geleneksel emredici kural gösterimlerinin ana etmen olduğunu iddia eden kuramsal düşünceye karşı güvensizlik*
7. Davaları ve hukuki durumları daha dar kategorilerde sınıflandırılmasına dair olumlu kanaat.
8. Hukuku, onun *etkileri* bakımından değerlendirmek konusundaki ısrar.

9. Hukukun sorunlarına karşı *devamlı ve programlı* bir saldırı yapılmasındaki ısrar.

Karl Llewellyn, 'Some Realism about Realism' (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222.

Hukukun işlevselci açıklaması, birçok işler gerçekleştiren hukukun "kurumsallığını" ön plana çıkarır. Llewellyn'e göre bir kurum, bir veya bir grup işi yapma üzerine inşa edilmiş organize bir faaliyettir. Hukukun en önemli işi de sorun çıkaran durumları tanzim etmesidir. Hukuk bir "felsefe"den ziyade bir "teknoloji"dir. Büyük kurumları olduğu gibi (ki bunlar toplumun varlığının bağlı olduğu hayati iş veya iş grupları ile ilgilenirler) zanaat gibi küçük kurumları da vardır. Bunlar belli bir uzmanlar grubunun sahip olduğu becerilerden oluşur: Hukuk pratiği bir zanaattır.

Llewellyn, hukuki akıl yürütmedeki azami üslup ile şekilci üslup arasında meşhur bir ayırım yapmıştır. Bunlardan ilki, "politika" değerlendirmeleri açısından bilinçli olan "aklın üslubu"dur; diğeri ise mantıksal ve şekilcidir, hukuk kurallarına sığınır. Söylemeye bile gerek olmasa da, Llewellyn azami üslubu ve onun alametifarikası olan "özel duruma duyarlılığı" tercih etmiştir. O her iki üslubun da saf bir şekilde bulunduğunu iddia etmez. Onun yerine, bu ikisi arasında bir salınımın olduğu bir durumun varlığını tarif eder. Bu şekilde dokuzuncu yüzyılın erken döneminde, Amerikan hukukunun yaratıcılığının en tepesinde iken azami üslup ortaya çıkmıştır. Ancak on dokuzuncu yüzyılın ortasından itibaren, Llewellyn şekilci üsluba doğru bir kayma tespit eder. Yirminci yüzyılın ortasında azami üsluba doğru geri dönüşün emarelerini görür. Llewellyn bu gelişmeyi, "otoritelerin görünürdeki emirleri ile gerçekte hissedilen adalet talepleri arasındaki çatışmaları ve başıboş akan şu belirsizlik kuyusunu kurutmak için insan tarafından icat edilen en iyi alet" olarak destekler.

Jerome Frank (1889-1957) genellikle “kural şüphecileri” (onun tabiriyle Llewellyn’i de dâhil ettiği “üst mahkemeciler”) ile davadaki *olguların* ortaya çıkarılmasını ve yorumlanmasını etkileyen bilinçli olmayan kuvvetleri keşfetmek ile ilgilenen “olgu şüphecileri” (içine kendisini de dâhil eder) arasında yaptığı ayrım ile ilişkilendirilmiştir. Frank’e göre realistlerin çoğu üst mahkemeler ile meşguliyetleri nedeniyle yargılama sürecindeki önemli bir unsur olan rastlantısalılık ve öngörülemezlik boyutunu, *olguların* muğlaklığını, gözden kaçıırırlar. Nitekim hâkimlerin ve jürilerin türlü türlü önyargıları (örneğin kadınlara, evli olmayan kadınlara, kızıl veya esmer kadınlara; kalın sesli erkeklere, yerinde durmayan erkeklere, kalın gözükmeyen erkeklere, göze batan jestleri veya asabi tikleri olan erkeklere karşı olumlu veya olumsuz tepki verilmesi) çoğu zaman davanın sonucunu etkiler. Frank’in saldırısının ana gövdesi belirliliğin hukuki kurallar ile sağlanabileceği düşüncesine karşı idi. Frank, “Eğer böyle olsaydı herhangi bir kişi uyuşmazlık süreci ile uğraşır mıydı?” diye sorar. Uygulanabilir bir kural olsa dahi karşıt iki sonuçtan her biri olasıdır. Çocukluktan beri süregelen güvenlik ve emniyete dair içten gelen ihtiyacımız yüzünden hukukun belirli olmasını *isteriz*. Bir çocuğun babasının bilgeliğine güvenmesi gibi, biz de hukukta ve başka kurumlarda benzer bir rahatlatıcı emniyet ararız.

Amerikan Realizmi, hukuka yönelik davranışsalcı yaklaşımdan etkilenmiştir. Bu durum akımın tüm öncü üyelerinde bariz şekilde gözükmektedir. Davranışsalcılık, akli süreçlerin dışı vurumunu ve doğrudan gözlemlenip ölçülemeyen diğer fenomenleri betimlemeye ve açıklamaya çalışır. Bu davranışsal psikoloji, esas olarak hukuki ve özellikle yargısal *davranışın* ölçülmesi ile ilgilenir. “Öngörü” konusunda neredeyse takıntılı olan realistlerde bu durum özellikle aşikârdır. Bu ayağı yere tam basmayan yaklaşıma ilgisi nedeniyle bu akım, “naif realizm”, “yalın ayak ampirizm” ve en son “pragmatik

araçsalcılık” ve “derin muhafazakârlık” ile nitelenerek eleştiri çekmiştir.

Hukukun otonomisine yönelik realist itiraz, bu bölümde daha sonra ele alınacak olan eleştirel hukuk çalışmalarının ve hukuka ve hukuk sistemine yönelik post modern yaklaşımların şüphesiz önemli bir habercisi idi. Realist akım ile sosyolojik hukuk bilimi arasındaki ilişki de oldukça güçlüdür (Bakınız 5. bölüm).

Amerikan Realizmi yakın zamanda Brian Leiter tarafından yeniden ele alınmıştır. Leiter Realizmin, “hukuk biliminin bir alay konusu, bir felsefi kafa karışıklıkları silsilesi” olduğu görüşüne karşı çıkmıştır. Ona göre, “hukuk felsefecilerinin Realizme tarihi bir antika gibi muamele etmeyi bırakmasının ve bu akıma layık olduğu olumlu bir gözle bakmaya başlamasının zamanı gelmiştir”.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları

EHÇ, 1970’lerde Birleşik Devletler’de, ortodoks hukuk öğretinin genel olarak sol eğilimli bir eleştirisi olarak ortaya çıktı. Başlangıçta, üç tipik özelliği vardı. Bu kuram ilk olarak siyaset bilimi veya sosyoloji biliminin aksine hukuk bilimi alanında yer alıyordu. İkinci olarak bu kuram, hukuk öğretilerinde tespit ettiği adaletsizliklere meydan okumayı amaçlıyordu. Son olarak, hukuk eleştirisini açıklamak için siyaset, felsefe, edebi eleştiri, psikanaliz, dilbilim ve göstergebilimden yararlanarak disiplinler arası bir yaklaşım benimsemişti.

Hem Amerikan realizminin hem de EHÇ’nin şüphesi, şekilcilik karşıtı bir görüşü paylaştıkları doğrudur. Ancak EHÇ tam anlamıyla ‘yeni realizm’ olarak görülemez. Her ne kadar iki akım da hukuku gizemli noktalardan arındırmayı ve ‘fiiliyattaki hukuk’un işleyişini ortaya çıkarmayı amaçlasa da; EHÇ, realistlerin kafasını meşgul eden pragmatik veya ampirik sorunlarla ilgilenmemiştir.

Bunun yerine, bu akımın taraftarları, toplumun baskıcı doğasını yeniden oluşturması bakımından hukuku ‘sorunsal’ olarak görmüşlerdir. Dahası, hukuki akıl yürütme ile siyaset arasındaki ayrımı kabul eden Amerikan realistleri aksine EHÇ; hukuku, aksiyomatik olarak görür; aslına bakılırsa, hukuk siyasettir. Buna ilaveten, her ne kadar realistler hukuk kuralları ile bunların toplumdaki asıl var olan işlemleri arasındaki farkı göstermeyi amaçlasa da, onlar genel olarak hukukun tarafsızlığını ve liberalizm ideolojisini kabul etmişlerdir. EHÇ ise her ikisini de reddeder.

Gerçekten de, Marksist ve Freudçu düşünceleri kullanarak, EHÇ hukukta ‘hegemonik bir bilinç’ biçimi saptamışlardır. Bu terim İtalyan Marksist Antonio Gramsci’nin eserlerinden alınmıştır. Gramsci, toplumsal düzenin, ‘sağduyu’ ve doğal düzenin parçası olarak kabul edilen bir inançlar sistemi tarafından muhafaza edildiğini gözlemlemiştir. Başka bir deyişle, bu düşünceler ebedi ve gerekliler gibi muamele görür ama aslında sadece egemen elitin geçici, keyfi çıkarlarını yansıtır.

Bu değerler ‘şeyleştirilmiştir’. Marx’ın kullandığı ve Macar Marksist György Lukacs’ın rafine ettiği bu terim, düşüncelerin maddi şeyler haline gelmesi ve aslında bağımlı, keyfi ve öznel olmalarına rağmen asli, gerekli ve nesnel olarak resmedilmeleri biçimini ifade eder. Bundan başka, Freud’u takip edersek, hukuki düşünce, bir ‘inkâr’ biçimidir; bizim bilinçli zihinlerimizde kaldıramayacağımız kadar çok ıstıraplı çelişkilerle başa çıkabilmemiz için bir yol sağlar. Buna binaen, bir taraftaki vaat ile: bu eşitlik ve özgürlük olsun; diğer taraftaki gerçeklik olan baskı ve hiyerarşi arasındaki çelişkiyi inkâr eder.

Brezilyalı toplum kuramcısı, Roberto Unger (d. 1947) EHÇ fikirleri için önemli bir kaynaktır. Toplumun temsilinin şu dört düşünce ile aşılandığını ileri sürer. İlki, hukuk bir ‘sistem’ ve bir “öğreti” bütünü olduğu ve hukukun layıkıyla yorumlandığında toplumsal

davranış hakkındaki tüm sorulara cevap verdiğidir. İkincisi, öğretindeki cevapları bulan özel bir hukuki muhakeme biçiminin varlığıdır. Üçüncüsü, bu öğretinin, kişiler ve toplumun doğası arasındaki ilişki hakkında tutarlı bir görüş yansıttığıdır. Ve dördüncüsü de, toplumsal eylemin hukuk sistemi tarafından oluşturulan normları yansıttığıdır; bu ya insanların bu normları içselleştirmesinden ya da mevcut cebrin onları bu şekilde davranmaya zorlamasından kaynaklanır.

EHÇ bu önermelerin tamamına karşı çıkar. İlk olarak, hukukun bir sistem olduğunu veya her akla gelebilecek sorunu çözmeye kadirdi olduğunu inkâr eder. Bu *belirsizlik* ilkesi olarak betimlenir. İkinci olarak, otonom ve tarafsız bir hukuk muhakemesi yöntemi olduğu görüşünü reddeder. Bu formalizm-karşıtlığı ilkesi olarak betimlenir. Üçüncü olarak, öğretinin tek tutarlı bir insan ilişkileri görüşü içerdiği görüşüne karşı çıkar. Bunun yerine EHÇ öğretinin, hiçbir baskın olarak nitelenmesi için yeterli biçimde tutarlı veya nüfuzlu olmayan, birçok değişik, çoğu zaman çatışan bakış açılarını temsil ettiğini ileri sürer. Bu çelişki ilkesi olarak betimlenir. Son olarak, mutabakatın olduğu durumlarda bile hukuku toplumsal davranış içerisinde belirleyici bir etmen olarak görmenin yerinde olduğundan şüphe eder. Bu *marjinallik* ilkesi olarak betimlenir.

Eğer hukuk belirsiz ise, hukuku tarif eden hukuk bilimi, adeta bir taraftarlık biçimi haline gelir. Eğer hukuk muhakemesinin açık bir biçimi yoksa o zaman böyle bir bilim siyasi tartışmaya indirgenecektir. Eğer hukuk öğretisi aslında çelişkiliyse, hukuki yargılama eğer bir beraberlikle sonuçlanmayacak ise ona dayanamaz. Ve eğer hukuk marjinalse, toplumsal yaşam hukukun dışındaki normlar tarafından kontrol ediliyordur.

EHÇ'nin bazı daha radikal düşüncelerini ciddiye almak zordur. Örneğin hukuk fakültelerinde yaygın olan hiyerarşiyi ortadan kaldırmak için önerdikleri, tüm çalışanlara (profesörlerden hademelere

kadar) eşit maaş ödenmesi gerektiği fikri pek coşkulu bir şekilde (en azından profesörler tarafından) desteklenmemiştir. Ancak hiç şüphe yoktur ki EHÇ, retorik ile gerçeklik arasındaki çatlağı aydınlatmada çok önemli bir rol oynamıştır. Ancak bununla birlikte, hukuku dönüştürme olasılıkları EHÇ'nin bazı daha dogmatik taraftarlarının yıkıcı, hatta nihilist eğilimlerince oldukça seyreltilmişe benzemektedir. EHÇ'nin birçok düşüncesi bu bölümün geri kalanını işgal eden kuramlar tarafından soğurulmuş, uyarlanmış ve inceltilmiş olsalar da hukuk akademisinde hala etkilidir.

Postmodern Hukuk Kuramı

Nüfuz sahibi kitabı *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*da [Postmodern Durum: Bilgi Üzerine Bir Rapor] 'Ben *postmodern*'i üst anlatılara karşı kuşkuculuk olarak tanımlıyorum' der Jean-François Lyotard (1924-98). Kant, Hegel, Marx ve diğerlerinin yüce 'üstanlatılar'ı tarafından verilen adalet ve hakikat vaatlerine, çağımızda ihanet edilmiştir. Evrensel değerler, 'üstanlatılar'; Lyotard gibi postmodernistler tarafından anlamsız olmasa da lüzumsuz olarak görülmüştür. Aydınlanma ile ilişkilendirilen büyük tarihsel devirler, gelişmeler ve düşünceler (ve Aydınlanmanın kendisi) derin bir kuşkuyla ele alınmıştır. İnsan 'gelişiminin' 'medeniyete' doğru 'evriliyor' olduğu konvansiyonalist varsayım, bireylerin kişisel tecrübelerinde yorum ve anlayış arayan postmodernistler tarafından reddedilmiştir.

Aydınlanmaya karşı bu hücum, modernizmin bireysel haklar, eşitlik ve adalet kavramlarına olan Kantçı ilgisine karşı bir itirazdır. Ancak hedef daha büyüktür, çünkü bu kavramların taraftarlığı sadece doğal hakları (1. bölüme bakınız) savunanlarla sınırlı değildir. Bu kavramlar, pozitivizm (2. bölüme bakınız) dâhil olmak üzere birçok Aydınlanma sonrası hukuk kuramı tarafından da benimsenmiştir.

Postmodernizm; 'Kültürel kuram'ın unsurları ile Michel Foucault (5. bölüme bakınız), Jacques Derrida, Jacques Lacan (aşağıya bakınız) ve genellikle Fransız ve Alman diğer kuramcılarının eserlerinden yararlanılarak; Anglo-Amerikan felsefi geleneğinin metotlarını, varsayımlarını ve fikirlerini boşa çıkarma veya en azından bunlarla çekişme girişimi olarak anlaşılabilir.

Toplumun ve bunun içindeki hukukun rolünün postmodernist tarifleri şekilcilik, esasçılık, devletçilik, ütopyacılık ve hatta demokrasi hakkındaki yanılsamaları ifşa eder. Şüphecilik burada da bitmez. Eleştirel kuram; estetik veya etik olsun, gerçek hakkındaki 'kurucu nitelikteki' fikirleri altüst etmeyi amaçlar. Modern devletin bireyi bürokrasi ile boğmasına, devletin her şeyi kapsayan varlığına, piyasaların artan küreselleşmesine ve değerlerin evrenselleşmesine bir tahammülsüzlüğü ifade eder.

Kuram (belki de kaçınılmaz olarak) yeni bir pragmatizme de tanık olmuştur. Ayakları yere basan bir hedefler grubu-ekonomik, ekolojik, siyasi-; kadınların, azınlıkların, yoksul ve fakirlerin özel kötü durumlarına vurgu yapan daha kapsayıcı bir topluluk savunusu ile ele ele gider. Popüler bir ifade (EHÇ ve feminist kuramlarda da bulunan) 'güçlendirme'dir. Ancak radikal postmodern siyasi ajanda; kafa karışıklığı yaratacak veya 'ideolojilerin çarpımı' denilecek kadar karmaşıktır.

Hem 'özne' hem de 'nesne' fantezi olarak görülür. 'Özne' ile olan post modern ilgi, özellikle hukuk bağlamında, bireyin; bir ahlaki fail, bir hak taşıyıcısı veya sadece hukuk sisteminde bir oyuncu olarak büyüleyici tariflerini doğurmuştur. Bazıları açıkça psikolojik veya dilseldir. Lacan'ın yapısal psikanalitik kuramları ve Derrida'nın post-yapısalcı fikirleri kayda değer etki yaratsa da, aşağıda iddia edildiği üzere, hukukun doğasını anlama arayışımızda yararlılıkları azdır.

Jacques Lacan

Fransız psikanalizci Jacques Lacan (1901-81), sık sık postmodern psikanalitik göstergebiliminin mimarı olarak betimlenir. Freud, Saussure ve Lévi-Strauss'un fikirlerinden yararlanarak, bilinçdışının bir dil gibi yapılandığını savunur; Bu nedenle (bilgi, güç, kişilik ve arzunun toplandığı yer olan) bilinçdışında gerçekleşen söylemin iç işleyişlerini belirlemek çok önemlidir. Söylediğimizi kontrol etmeyiz; bilakis, dilin yapısı düşünce ve arzu ile önceden belirlenmiştir. Freudçu bölünmüş insan öznesi (ego, süperegö ve bilinçdışı) kavramını; dil tarafından ifade edilen 'Ben'in (onun deyişiyile 'ifadenin öznesi'nin) bir bireyin asla 'gerçek' kimliğini (onun deyişiyile 'sözcelemedenin öznesi'ni) temsil edemeyeceğini göstermek için kullanır.

Yaşamlarımızın ilk on sekiz ayında kimlik ile onun temsili arasındaki bu parçalanmayı tecrübe ederiz ve sonra da bu gerçek kimlik ebediyen kaybolur. Sadece fantezi sayesinde; sürdürülebilir olmayan, bireysel ve toplumsal bir istikrar görüntüsü inşa ederiz. Özne bu nedenle bölünür veya merkezsizleşir. Bilinçdışının dili tüm tecrübe, bilme ve yaşamının belirleyicisidir. Adalet fikri, Lacancı anlamda, erişilemez bir ahenkli topluluk arzusunu kamufle eden bir fantezidir.

Jacques Derrida

Tartışmalara yol açan Fransız felsefeci Jacques Derrida (1930-2004) yakın bir şekilde yapı-sökümcülük kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Derrida, bu (Alman felsefeci Martin Heidegger'den aldığı) terimi, *différance* kavramını açıklamak için kullanır. Bu kelime uydurması, hiyerarşik karşıtlıklar arasındaki karşılıklı bağımlılık ve farklılık durumunu betimler. 'Farklılığın', Fransızcadaki fiil karşılığı *différer* sözcüğüdür; bu da, farklı olmak ve ertelemek anlamlarına

gelir. Derrida, *Différance* kelimesinde ‘e’ harfini ‘a’ harfi ile değiştirir. Kelimelerin telaffuzu konuşma Fransızcasında ayırt edilemez.

İsviçreli dil bilimci Ferdinand de Saussure’un göstergebilim çalışmalarına dayanarak Derrida, ‘gösterenler’le ‘gösterilenler’ arasında bir ayrım yapar. Saussure, *langue* (dil kurallarının derin yapısı) ile *parole* (bir dil topluluğu üyeleri tarafından yapılan konuşma edimleri grubu) arasında ayrım yapmıştır. *Langue*, dil anlayışında, daha önemli unsurdur çünkü bir dili oluşturan çeşitli işaretlerin arasındaki ilişkiler sistemidir. Çünkü örneğin, ‘köpek’ kelimesi aslında bildiğimiz ve sevdiğimiz yaratığa karşılık gelmez. Ancak biz onu ‘göbek’, ‘kapak’, ‘köpük’ gibi benzer seslerden farklı olmasından anlarız. Derrida, ön doğru olarak kabul eder ki, ‘köpek’in anlamı, gösterenler arasındaki bu farklılık yarışından meydana çıkıyorsa; bu kelimenin anlamı (ve tüm gösterenlerin anlamları) sonsuza kadar ertelenmiştir. İstikrarın ancak dilin yapı-çözümü ile sağlanabileceği sonucuna varır. Dilin yapı-çözümü, bir gösterenin anlamının, bir başka göstereni nasıl içinde kapsadığını meydana çıkartma amacındadır.

Derrida’nın girişimi iddialıdır: Batı felsefesindeki ‘varlık metafiziğini’ açığa vurmak. Bununla, her karşıtlık grubunda; bir tür ‘varolmanın’, ona karşılık gelen bir tür ‘yokluğa’ karşı üstün tutulduğunu ifade eder. İddia eder ki Batı felsefesi, bilincimize en görünür olanın (bariz veya yakın olanın) en gerçek, kurucu veya önemli olduğu gizli ön kabulü üzerinde temellenmiştir.

Derrida’nın huzur kaçırıcı çıkarımı şudur; dil bu istikrarsız farklar yapısından meydana çıkıyor ise her zaman belirsiz olacaktır. Bir kimlik öznesi (ve bu şekilde bireysel bir hak sahibi) kurma olasılığı da sonuç olarak düşüktür.

Postmodern hukuk kuramı büyükçe bir izleyici toplasa da, hukuku anlamamıza büyük ölçüde yardımcı olup olmadığını sormak gerekir. Örneğin yapı-sökümcülük, nasıl hukuk kavramına dair yapıcı

bir anlayış sunabilir? Gördüğümüz gibi, hukukun meşruiyeti belli bir adalet anlayışında yatar ve hukukun dili kaçınılmaz olarak normatiftir. Lacancı psikanaliz veya Derrida'nın yapı-sökümünün hangi biçimde hukuki düşünceler anlayışımızı ilerlettiğini görmek zordur.

Feminist Hukuk Kuramı

Geleneksel hukuk felsefesi çarpıcı bir biçimde kadının konumunu göz ardı etmiştir. Feminist hukuk kuramı bu ihmalin düzeltilmesinde kayda değer ölçüde başarılı olmuştur. Bu kuram sadece üniversite hukuk müfredatında değil, aynı zamanda hukukun kendisinde de kayda değer bir etki yaratmıştır. Çünkü feminist hukuk bilimi saf akademinin çok ötesine: kamu hukukunun hususlarını içerecek şekilde, ceza hukukunda, özellikle tecavüz ve aile içi şiddette, aile hukukunda; sözleşme, haksız fiil, eşya ve diğer maddi hukuk dallarında bulunan birçok eşitsizliğin kapsamlı analizine uzanır.

Son yıllarda örneğin, hem İngiliz hem Amerikan mahkemeleri, kadının cinsel ilişkiye rıza vermeyi reddetmesine rağmen kocanın karısına tecavüzden yargılanamayacağına dair *Common Law* ilkesini terk etmişlerdir. Karının evlilik dolayısıyla rıza verdiği sayılırdı. Hâkimler her ne kadar feminist hukuk bilimine açıkça atıf yapmamış olsa da, bu kuramın etkisi kararlarında pekâlâ bir rol oynamış olabilir.

Beklenildiği üzere feminist yazın, kadın tarafından tecrübe edilen adaletsizlikler hakkındaki endişeli bakış açısından dolayı çoğu zaman açık bir biçimde polemiktir. 'Kişisel olan siyasi olandır' lafı erken feministler tarafından benimsenen etkili bir slogandır. Bu kuram bir dereceye kadar da, kadının evde veya işte rutin olarak ezilmesinin üzerine eğilmeyen toplumsal hareketlerin sözde radikalliğinin ifşasını temsil etmiştir.

Tabii ki feministler tek bir sesle konuşmaz. En az beş büyük hukuki feminizm akımı vardır. Aşağıdakiler bunların farklı bakış açılarının ana hatları olduğu gibi; feminist hareketin teori ve pratikteki kazanımlarının bir özetidir de.

Liberal Feminizm

Liberalizm, medeni ve siyasal, birey haklarına değer verir. Liberaller, başkalarını zarardan korumak dışında; ifade, inanç, dernekleşme, cinsel özgürlük ve devlet müdahalesine karşı bağımsızlık dâhil olmak üzere büyük bir kişisel özgürlük alanı ihtiyacı öne sürmüşlerdir. Liberal feminizm; bireyleri otonom, hak sahibi failler olarak görür ve eşitlik, rasyonellik ve otonomi değerlerini vurgular. Eğer erkek ve kadınlar eşit olarak rasyonel ise, o zaman; rasyonel seçimlerini yapabilmeleri için aynı fırsatlara sahip olmaları gerektiği iddia edilir. Eşitlik üzerine yapılan vurgu, göreceğimiz üzere, radikal feministler tarafından hatalı olarak damgalanmıştır. Çünkü kadınların erkeklere olan benzerliğini iddia etmek kadını erkeğin nüfuz alanına sindirir. Bu şekilde kadınları erkek yapar.

Liberal feministlerin çoğunluğu, her ne kadar hukuk ve siyasi sistemin ataerkil olduğunu kabul etse de, radikal ajandada evrensel olmasa da önemli bir unsur olan ataerkil sisteme yapılacak kapsamlı bir saldırıyı reddeder. Liberal savaş bölgesi, özellikle istihdam alanındaki olmak üzere ayrımcılığın var olan kurumsal yapısıdır.

Radikal feminizm farklılık ile ilgilenirken, liberal feminizm eşitliği vurgular. Liberal feministlerin en büyük eleştirel kaygıları arasında özel ve kamusal alan arasındaki sınır vardır. Bunun genel olarak nedeni, siyasi eşitliğin gerçekleştiği kamusal alandan kadınların dışlanmaya meyilli olmalarıdır. Benzer şekilde, evin ve iş yerinin özel alanı, kadınların tabi kılındığı ve sömürüldükleri yerlerdir.

Aile içi şiddet suçları doğal olarak hukukun çoğu zaman müdahale etmekte isteksiz olduğu evin içinde gerçekleşir. Radikal feministlere göre bu nedenle liberalizmin kendisi, kadınların ezilmesine ortak olmuş olabilir.

Radikal Feminizm

Başta gelen radikal feminist Catharine MacKinnon (d. 1946), erkekler kadınları farklı olarak tanımladığı için kadınların asla eşitliğe erişemeyeceği fikrine itiraz eder. Ona göre, erkeklerin kadınlara tahakküm ettiklerini düşünürsek; konu nihayetinde bir güç meselesidir. Hukuk fiilen erkeksi koca bir binadır; sadece kadınları onun kapılarından içeri kabul etmekle veya kadın değerlerini onun kuralları ve usullerine dâhil etmekle bu bina tadil edilemez. Radikal duruş, hukuku reform etmenin de muhtemelen işe yaramayacağını ileri sürer. Hukukun erilliği görüşüne göre bu sadece erkeğe yönelik sonuçlar üretecek ve erkek egemen ilişkileri yeniden doğuracaktır. MacKinnon'un sözleriyle: "Soyut haklar (...) hayatın eril tecrübesi yetkisini verir."

Radikal feminizm, hukukun tarafsızlığını liberal bir yanılsama olarak görür ve reddeder. Maskenin arkasındaki gerçekliği açığa vurmayı amaçlar. Bu şekilde kadınlar, onları ezen ataerkil sistemin değişmesi gerektiğinin farkına varacaklardır.

Frances Olsen'e göre cinsiyetler arası farklar – veya ikilikler- 'cinselleştirilmiştir'. Eril özellikler üstün kabul edilir.

ERİL	DİŞİ
Rasyonel	İrrasyonel
Aktif	Pasif
Düşünce	Duygu
Kültür	Doğa

Güç	Duyarlılık
Objektif	Sübjektif
Soyut	Bağlamsal

(Frances Olsen, 'Feminism and Critical Theory: An American Perspective' (1990) 18. *International Journal of the Sociology of Law* 199.)

Carol Smart hukukun gerçek eşitlik yaratabileceğini kabul etmez. Ann Scales, hukuk yoluyla değişimi reddederken anlamlıdır:

Hukukçuları dinlerken bilhassa ihtiyatlı olmayı. Onlar kadar bilişsel nesnelliğe bağlı olmalı; kadınların sesinin mevcut sistemde bir yeri olduğunu ortaya koymalıyız. Cinsiyetçiliğin adaletsizliği, irrasyonellik değil hegemonyadır. Hukuk hegemonyaya odaklanmalıdır. Ve bu odaklanma, şekli bir lens ile sağlanamaz.

Christine Littleton farklılığın kaynaklarındansa sonuçları üzerinde duran 'kabullenme olarak eşitlik'i savunur. Bu, eşit maaş ve iş koşulları hususunda apaçık hukuki sonuçları olan bir yaklaşımdır.

Radikal feminizm 'kadın sorusunu sorarak' kadınlar üzerindeki egemenliği meydana çıkarmayı amaçlar. Bu şekilde, başka türlü tarafsız veya yansız olarak görülebilecek olan kurallar ve uygulamaların cinsiyete dair olası sonuçlarını ortaya koyar.

Postmodern Feminizm

Gördüğümüz postmodernistler genellikle 'özne' fikrini reddederler. 'Eşitlik', 'cinsiyet', 'hukuk', 'ataerkillik' ve hatta 'kadın' gibi nesnel doğrulara karşı bir tahammülsüzlük sergilerler. Gerçekten de, tam da şeylerin, eğer o belli şey olacaklarsa belli özelliklere sahip

olmaları gerektiği (yani 'özleri' olduğu) düşüncesi çoğu postmodernist tarafından yadsınmıştır. 'Özcülük', postmodern feministler tarafından, kadınların yüzeyinin altında 'kültür öncesi kadın'ın yattığını iddia eden Catherine MacKinnon gibi radikal feministlerin yaklaşımında fark edilmiştir.

Drucilla Cornell ve Frances Olsen; Jacques Derrida ve Julia Kristeva'nın çalışmalarından yararlanarak, Cornell'in deyişiyle gerçek tecrübenin özcülüğünün ötesine geçip mitoloji âlemine giren 'hayali bir genel olgu' inşa etmişlerdir. Hukukun erilliği -toplumun falosentrizmi- postmodern feminist yazında merkezi bir temadır. Katherine Barlett hukuki süreci incelemede kullanılan en az üç feminist hukuk metodu belirlemiştir: 'kadın sorusunu sormak', 'feminist pratik akıl yürütme', ve 'bilinç yükseltme'.

İlki, tarafsız gibi görünebilen kuralların ve uygulamaların cinsiyete dair olası sonuçlarını ortaya koymaya girişir. Feminist pratik akıl yürütme, özellikle tecavüz ve aile içi şiddet davalarında toplumu temsil ettiğini ileri süren normların meşruluğunu sorgular. Üçüncü olarak bilinç yükseltme, kadınlara yapılan baskıyı anlamayı ve ortaya koymayı amaçlar.

Fark Feminizmi

Fark feminizmi (veya kültürel feminizm), liberal feministlerin şekli eşitlik ve cinsiyete olan bağılıklarından rahatsızdır. Fark feminizmine göre bu duruş, erkekler ve kadınlar arasındaki farkların altını oyar. Bunun yerine fark feminizmi hukukun maddi içeriği, uygulaması ve usulündeki ifade edilmemiş ön kabulleri açığa vurmaya çabalar. Bunu; ceza hukuku, ispat hukuku, haksız fiil hukuku ve hukuki akıl yürütme sürecinin kendisinde zımni olarak var olan muhtelif türlü ayrımcılığı ortaya koyarak yapar. Bu örneğin, 'makul

insan' [reasonable man, makul adam] kavramına, tecavüz davalarında tatbik edilen kadın cinselliğine karşı erkek bakışına ve hukukun kendi diline karşı bir saldırıyı içerir.

Bu akım, eşitliğin liberallerin mahal verdiğinden daha ince ve karmaşık bir hedef olduğunu iddia eder. Nitekim bir psikolog olan Carol Gilligan, kadınların ahlaki değerlerinin sorumluluğu vurgularken; erkeklerin haklar üstünde durduğunu gösterir. Kadınlar bağlama baskarken, erkekler tarafsız, soyut adalet kavramlarına başvururlar. İddia eder ki özellikle, kadınlar hiçbir kimsenin canının yanmaması gerektiğini beyan eden bir 'özen etiğini' onaylarlar. Bu özen ve bakım ahlakı, cinsiyetler arası temel bir farkı belirler ve tanımlar.

Fark feminizmi, kadınların başkaları ile olan 'özel bağının' olumlu niteliği üzerine odaklanır. Radikal feminizm ise olumsuz boyutuna yoğunlaşır: örneğin MacKinnon'un, bir 'zorla seks biçimi' olarak betimlediği pornografi aracılığıyla kadınların cinsel olarak nesnelleştirilmesi gibi.

Eleştirel Irk Kuramı

Eleştirel ırk kuramı (EIK), 1989 Madison, Wisconsin'de, kendi bakışınca EHÇ'nin yapısökümcü aşırılıklarına karşı olarak ortaya çıktı. Bununla birlikte, 'adalet', 'gerçek' ve 'akıl' gibi Aydınlanma düşüncelerine karşı daha az şüpheli değildi. Ancak ana çıkış nedeni hukukun her yanına nüfuz etmiş ırkçılığı açığa çıkarma ihtiyacıdır. Bu görüşe göre, ayrıcalıklı beyaz orta sınıf akademisyenler, durumun doğasını ve kapsamını tam olarak su yüzüne çıkaramazlar. Ayrımcılığın haysiyet kırıcılığı ve adaletsizliğinden kendileri bizzat zarar görenler, ötekileştirilmiş ırksal azınlıkların hakiki sesleridir. İddia edilir ki, hukukun şekli yapıları; ayrıcalıklı, elit, erkek, beyaz çoğunluğun gerçekliğini yansıtır. İşte bu kültür, yaşam şekli, tutum

ve normatif davranış; hukukun üstün gelen 'tarafsızlığını' oluşturmak için birleşir. Irksal bir azınlık, hukuki varlığın kıyısında yaşamaya mahkûmdur.

EİK, en kökten şekilde, tam anlamıyla postmodernist (yukarıya bakınız) olan tariflerden ayrılır. Bu ayrışmanın nedeni, en azından bu akımın bazı üyelerinin, eşitlik ve özgürlük arayışında alışlagelmiş 'haklar muhabbeti'nin önemini kabul etmesidir. Bu nedenle bazı durumlarda, EİK'nin toplum ve hukuk analizi taraflıdır. Haklara karşı bu postmodernist husumetten geri çekilme; özgürlük, eşitlik ve adalet ülkülerini sahiplenmek için belirgin bir istekliliği ifade eder. Ancak birçok EİK taraftarı, liberalizm ve onun koruma peşinde olduğu şekli eşitlik hakkında derin şüphelerini belli eder. Bireysel haklar ve liberal paketin içerdiği diğer şeylere karşı hoşnutsuzluk duymuşlardır.

Mutakabatın sonu mu?

Her ne kadar Eleştirel Hukuk Kuramcıları, realizm sonrası Amerikan hukuk felsefesi öğretisine hâkim olmuş mutabakat arayışı gayretlerine karşı saldırılar da, toplumu dönüştürebileceklerine dair inançları hala alternatif bir toplumsal mutabakat olabileceğini ima eder. Feministler ve eleştirel ırk kuramcıları ise bu ihtimali imkânsız bulur. Söz konusu bu yeni toplum, kadınların ve azınlıkların tecrübeleri, değerleri ve endişeleri konusunda liberal hukuktan pek farklı olmayacaktır. Feminist hukuk felsefesi ve eleştirel ırk kuramı bu anlamda ortak bir şekilde mütabakat arayışına bir son verilmesi yönünde çağrıda bulunur.

N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*,
s. 509.

EİK ilmi, toplumsal ve hukuki ilişkileri değerlendirmek için sık sık 'otobiyografi ve biyografiden' yararlanır. Patricia Williams örneğin, hukuki öznelliği eleştirmek için hukuki analiz ile kişisel anlatıyı birleştirmiştir. EİK, konvansiyonalist hukuk ilminin 'oto/biyografiye' karşıt olmasını; Konvansiyonalizmin hukuku, var olan toplumsal ilişkilerden, özellikle de kendi ürettiği ırk ve cinsiyet ayrımcılığından uzaklaştıran bir yöntemi olarak görür.

EİK'nin yan bir dalı da, koloni devletlerinin dağılmasının, bu toplumlardaki ırksal bölünme ve kabulleri sona erdirmeye başarısız olduğunu öne süren post kolonyal tezi takip eder.

Bölüm 7

Hukuku Anlamak: Çok Kısa Bir Son Söz

Bu kitap bir dizi soru ile başladı. Hukuk nedir? Doğa ile uyumlu evrensel ahlaki değerleri içerir mi? Veya hukuk sadece ağırlıklı olarak insan yapımı kurallar, emirler veya normlar derlemesi midir? Hukukun adalet, bireysel haklarının korunması veya ekonomik, siyasi, cinsiyet, ırk eşitliği gibi belli amaçları var mıdır? Toplumsal bağlarının gerçek bir değerlendirmesini yapmadan hukuk anlaşılabilir mi? Ve bunlar hukuk felsefesinin ilgilendiği konuların sadece bir kısmıdır. Ya adil olmayan kanunlar? Onlara itaat etmekle yükümlü müyüz? Suç işleyenleri cezalandırmayı nasıl gerekçelendiririz? Hukuk; çevreyi, engellileri ve hayvanları nasıl daha iyi koruyabilir?

Bu ve bununla ilgili sayısız konu çağdaş hukuk felsefesinde hayat bulur. Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye dair bitmek bilmeyen sorsalsal, akademik tartışmada baskın olmaya devam ediyor. Hukuk, hukuki pozitivistlerin kanıtlamaya çalıştığı gibi nötr ve değerden bağımsız olabilir mi? Veya hukuk kaçınılmaz olarak ahlaki değerlerin içinde midir? Hukuk kavramsal olarak ahlaktan ayrılabilir mi? Veya Austin ve Bentham'dan Realistler ve onların çağdaş takipçilerine kadar hukuki pozitivistlerin nötrlük ve nesnellik arayışı iyimser bir hayalden mi ibaret? "Hukuk bilimi" (Kelsen'in "Saf Kuramı" örneğin-

deki gibi) korkunç bir canavar mıdır? Hart'ın "ulusal hukuk sistemi" üzerindeki vurgusu küreselleşme ve çoğulculuk çağında hala bize faydalı mı? Eğer hukukun bir amacı varsa bu ne olabilir? Dertli gezegenimizi paylaşan herkes için daha fazla adalet nasıl sağlayabilir?

Bu soruların hiçbirinin kolay bir cevabı yok. Ancak tam da bunları sorarak ve üstünde dikkatlice düşünerek hukukun amacını, doğasını daha iyi anlayabilir ve bu şekilde belki de daha adil bir toplum elde edebiliriz. Bu da hukuk felsefesi yapmak için yeterli bir gerekçe değil midir?

Kaynakça

1. Bölüm: Doğal Hukuk

A. Passerin D'Entrèves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, 2nd edn, (London: Hutchinson, 1970), s. 116.

J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edn (Oxford: Clarendon Press, 2002) ss. 3, 34.

Cicero, *De Re Publica*, çev: C.W. Keyes (London: William Heinemann, 1928) (Loeb Classical Library), 3. 22. 33.

St. Augustine, *City of God*, çev: W. C. Greene, (London: William Heinemann, 1960) (Loeb Classical Library), 4. 4.

St. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae in Selected Political Writings*, çev: J. G. Dawson, ed: A. Passerin D'Entrèves (Oxford: Basil Blackwell, 1970 reprint of 1950 ed), I/II. 96. 4.

“Çoğu zaman,...”, J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2011), s. 3.

“Bir kişinin zihninde...” Op. cit., ss. 219-20, vurgu bana ait.

“Kürtaj karşıtı gruplar ile...” R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia* (London: HarperCollins, 1993), s. 4.

“Hastanede yatıyor...” *Airadale NHS Trust v Bland* (1993) AC 789 at 824-5 per Hoffmann L. J.

Roe v. Wade 410 US 113 (1973).

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

S. J. Shapiro, *Legality* (Cambridge Mass., and London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011).

2. Bölüm: Hukuki Pozitivizm

“Bir şeyin hukuki olarak geçerli...” H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 3rd edn with introduction and notes by L. Green and postscript edited by J. Raz and P. A. Bulloch (Oxford: Clarendon Press, 2012), ss. 210, 117, 57.

“Bir hukuk sisteminin var olduğu iddiası...” Hart, op. cit., s. 113.

“Belli davranış kalıpları için...” Hart, op. cit., s. 56.

“Cebri eylemler, önce anayasa ve...” H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (1967), ss. 115-6. J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press 1979), ss. 37 ff.

3. Bölüm: Dworkin: Hukukun Ahlaki Bütünlüğü

“Hâkim, başka hâkimlerin...” R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986), s. 239.

“Bütünlük olarak hukuk,...” R. Dworkin, op. cit., ss. 95-6. Vurgu bana ait.

“Çünkü “soykırımın ahlaken...” R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011), s. 17. Vurgu bana ait.

“Bir kimse, kendisi için iyi...” R. Dworkin, op. cit., ss. 419-20.

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously, new impression with a reply to critics* (London: Duckworth 1978), ss. 116-17.

4. Bölüm: Haklar ve Adalet

W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. W. W. Cook (New Have, Conn and London: Yale University Press, 1964).

“Çünkü “soykırımın ahlaken yanlış...” R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass: The Belknap Press, 2011), s. 224.

“İnsan hakları” terimi neredeyse...”, J. Griffin, *On Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2008), ss. 14-15.

“kültürler arasında indirgenemeyecek...” J. Ladd, “Introduction”, *Ethical Relativism*, ed: J . Ladd, (Belmont, Calif: Wadsworth, 1973), 2.

R. Posner, *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 1981), s. 115.

R. Posner, *The Economic Analysis of Law*, 2nd edn (Boston, Mass: Little Brown, 1977), s. 179.

R. Posner, “The Right to Privacy” (1978), *Georgia Law Review* 393, 401.

Justinian, *Corpus Juris Civilis*: İlk alıntı Justinian’ın Derlemesi’nin 1. kitap, 1. başlık, 10. paragrafından. İkinci alıntı aynı kaynağın, 1. kitap, 2. başlığından. Yazar Ulpian’dır. Çeviriler yazara ait.

J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed: J.H. Burns ve H. L. A. Hart (London: Athlone Press, 1970) (*The Collected Works of Jeremy Bentham*, ed: J. H. Burns, 1970), bölüm 1, para 1.

İssız ada örneği Nigel Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, 3rd edn (London: Sweet & Maxwell, 2008), s. 26’den.

Bu dört eleştiri, H. L. A. Hart, ‘Between Utility and Rights’, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1982), ss. 200–2’da dile getirilmiştir.

5. Bölüm: Hukuk ve Toplum

“mantıksal olarak açık...”, *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed: M. Rheinstein, çev: E. Shils, M. Rheinstein, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1954) (20th Century Legal Philosophy Series, Cilt 6, ss. 5, 62.

M. Weber, *The Religion of China: Confucianism and Taoism*, ed, çev: H. H. Gerth (Glencoe III: The Free Press, 1951), s. 149.

Max Weber on Law in Economy and Society, s. 225. ‘Hukuki fetişizm...’ kısmında yazarın eserde kullandığından farklı sözcüklerle açıklıyorum: Balbus, ‘Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy of the Law” ’(1977) 11 *Law and Society Review* 582.

K. Marx ‘On the Jewish Question’, D. McLellan (ed.), *Karl Marx: Selected Writings* (Oxford: Oxford University Press, 1977). Türkçesi: Karl Marx, *Yahudi Sorunu*, çev: Muzaffer İlhan Erdost, Sol Yayınları Ankara 2009, 49 s.

“Hukukun üstünlüğünün kendisi...” E. P. Thompson, *Whigs and Hunters* (Penguin, 1975), s. 266.

“Taktikler, inşa etme sanatı;...” M. Foucault, *Discipline and Punish*, çev: A. Sheridan (Harmondsworth: Penguin, 1977), s. 167. Türkçesi: M. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay İmge Kitabevi Yayınları, 2013, 445 s.

6. Bölüm: Eleştirel Hukuk Kuramı

‘Amerikan realizmi...’: metafizik kavramlara benzer bir güvensizlik İskandinav realistlerle doruğa ulaşmıştır. Önderleri arasında Axel Hägerström (1868–1939), Alf Ross (1899–1979), Karl Olivecrona (1897–1980), and A. V. Lundstedt (1882–1955) yer alır. Ameri-

kan realistleri genellikle pragmatist ve davranışsalcılardır ve 'eylem halindeki hukuka' (hukuki kavramsallaştırmaya karşı olarak) vurgu yaparlar. Ancak İskandinavlar, hukukun metafizik temellerine felsefi bir saldırı başlatırlar. Amerikalılar 'kural şüphecisiyken', onlar 'metafizik-şüphecileri'dirler. Ancak makul olarak iki 'okulu', önemli bir hususta birlikte tutabiliriz: her ikisi de tüm mutlak değerlere ('adalet' gibi) savaş açar ve her ikisi de ampirik, pragmatik, ve tabii ki 'realisttirler'.

"Temel sorunu ele alalım. Hukuku ne teşkil eder?" O. W. Holmes Jr. (1897) 10 *Harvard Law Review* 460-1. Vurgu bana ait.

Realistlerin "ana iddiası" B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

K. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence - The Next Step" (1930) *Columbia Law Review* 431.

K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston, Mass: Little, Brown&Co., 1960).

Bu 'dört kanaat...': David Trubek, 'CLS and Empiricism: Where the Action is' tarafından bir sempozyumda betimlenmiş, (1984) 36 *Stanford Law Review* 413'da yayımlanmıştır.

Aile içi tecavüz davaları: *R v. R* [1992] 1 AC 599, House of Lords; *Smith v. Smith* 85 NJ 193, 426 A 2d 38 (1981).

"Hukukçuları dinlerken bilhassa ..." A. Scales, 'The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay' (1986) 95 *Yale Law Journal* 1373, 1385.

K. Bartlett, 'Feminist Legal Method' (1990) 103 *Harvard Law Review* 829.

R. Delgado and J. Stefanic, 'Critical Race Theory: An Annotated Bibliography' (1993) 79 *Virginia Law Review* 461.

Ek okuma

Giriş

Bix, B., *Jurisprudence: Theory and Context* (6. baskı, Sweet & Maxwell, 2012).

Christie, G. C. ve P. H. Martin (ed.), *Jurisprudence: Texts and Readings on the Philosophy of Law* (3. baskı, West Publishing, 2008).

Davies, H. ve D. Holdcroft, *Jurisprudence: Texts and Commentary* (Butterworths, 1991).

Feinberg, J. ve J. Coleman (ed.), *Philosophy of Law* (7. baskı, Wadsworth/ Thomson Learning, 2003).

Freeman, M. D. A. (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (8. baskı, Sweet & Maxwell, 2008)

Harris, J. W., *Legal Philosophies* (2. baskı, Butterworths, 1997).

Hayman, R. L., N. Levit ve R. Delgado, *Jurisprudence, Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism* (2. baskı, West Publishing, 2002).

McCoubrey, H. ve N. D. White, *Textbook on Jurisprudence* ed: J. Penner, E. Melissaris (5. baskı, Oxford University Press, 2012).

Meverson, D., *Jurisprudence* (Melbourne: Oxford University Press, 2011).

Penner, J., D. Schiff ve R. Nobles (ed.), *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials* (Butterworths, 2002).

Simmonds, N. E., *Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights* (3. baskı, Sweet & Maxwell, 2008).

Tebbit, M., *Philosophy of Law: An introduction*, 2. Baskı (London: Routledge, 2005).

Veitch, S., Christodoulidis, E. Ve Farmer, L., *Jurisprudence: Themes and Concepts*, 2. Baskı (London: Routledge, 2012).

Wacks, R., *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012)

1. Bölüm: Doğal hukuk

Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.baskı (Clarendon Press, 2011).

— (ed.), *Natural Law* (2 cilt, International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth, 1991).

— ‘Natural Law: The Classical Tradition’ in Jules Coleman & Scott Shapiro (ed), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP, 2002).

Fuller, L. L., *The Morality of Law* (rev. edn., Yale University Press, 1969).

George, R. P., *In Defense of Natural Law* (OUP, 1999).

— *Conscience and its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism* (ISI Books, 2013).

Passerin D’Entrèves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy* (2. baskı, Hutchinson, 1970).

2. Bölüm: Hukuki Pozitivizm

Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (Weidenfeld & Nicolson, 1954).

Bentham, J., *A Fragment on Government; or, A Comment on the Commentaries* (2. baskı, W. Pickering, 1823).

— *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns ve H. L. A. Hart (Athlone Press, 1970).

— *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart (Athlone Press, 1970).

Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* (OUP, 2001).

— *The Practice of Principle: In Defence of A Pragmatic Approach to Legal Theory* (OUP, 2001).

George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Clarendon Press, 1995).

Hart, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies on Jurisprudence and Political Theory* (Clarendon Press, 1982).

— *The Concept of Law* (3. baskı, L. Green'in girişi ve notları ve J. Raz ve P. A. Bulloch'un kitaba sonradan yazılan ek bölüme editörlüğü ile beraber (Clarendon Press, 2012).

Himma, K. E., 'Inclusive Legal Positivism' in Jules Coleman ve Scott Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP, 2002).

Jori, M. (ed.), *Legal Positivism* (Dartmouth, 1992).

Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, tr. Anders Wedberg (Harvard University Press, 1949)

— *Pure Theory of Law*, çev. M. Knight (University of California Press, 1967).

— *General Theory of Norms*, çev. M. Hartney (Clarendon Press, 1991).

— *Introduction to the Problems of Legal Theory*, çev. B. Litshewski Paulson and S. L. Paulson (Clarendon Press, 1992).

Kramer, M., *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (OUP, 1999).

Marmor, A., 'Exclusive Legal Positivism', in Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP, 2002).

Morison, W. L., *John Austin* (Edward Arnold, 1982).

Postema, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition* (Clarendon Press, 1986).

Raz, J., *The Authority of Law* (OUP, 1979).

— *The Concept of Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2. baskı, Clarendon Press, 1980).

— *The Morality of Freedom* (OUP, 1986).

— *Ethics in the Public Domain* (OUP, 1994).

— *Practical Reason and Norms* (OUP, 1999).

— *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (OUP, 2000).

— *Value, Respect, and Attachment* (Cambridge University Press, 2001).

Shapiro, S. J., *Legality* (Cambridge Mass. and London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011).

Tur, R. ve William T. (ed.), *Essays on Kelsen* (Clarendon Press, 1986).

Waldron, J. (ed.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man* (Methuen, 1987).

Waluchow, W. J., 'Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism' (2000) 6 *Legal Theory* 45, pp. 76–81.

— *Inclusive Legal Positivism* (1994).

3. Bölüm: Dworkin: Hukukun ahlaki bütünlüğü

Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Duckworth, 1984).

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, eleştirilere cevaplar ile (Duckworth, 1978).

— *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985).

— *Law's Empire* (Belknap Press, 1986).

— *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia* (Harper Collins, 1993).

— *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011).

Guest, S., *Ronald Dworkin* (3. baskı, Stanford University Press, 2013).

4. Bölüm: Haklar ve adalet

Haklar

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, eleştirilere cevaplar ile (Duckworth, 1978).

— *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985).

Griffin, J., *On Human Rights* (Oxford University Press, 2008).

Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. W. W. Cook (Yale University Press, 1964; also in (1913) 23 *Yale Law Journal* 28).

Nussbaum, M., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Belknap Press, 2006).

Simmonds, N. E., *Central Issues in Jurisprudence: Law, Justice, Law and Rights* (3. baskı, Sweet & Maxwell, 2008).

Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights* (OUP, 1984).

White, A. R., *Rights* (Clarendon Press, 1984).

Adalet

Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice* (Basil Blackwell, 1975).

Hart, H. L. A., 'Between Utility and Rights', in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press, 1982).

Morawetz, T. (ed.), *Justice* (Dartmouth, 1991).

Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia* (Basil Blackwell, 1974).

Polinsky, A. M., *An Introduction to Law and Economics* (Little, Brown & Co., 1983).

Posner, R. A., *The Economic Analysis of Law* (2. baskı, Little, Brown & Co., 1977).

— *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 1981).

Rawls, J., *A Theory of Justice* (OUP, 1973).

— *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993).

Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Clarendon Press, 1979).

5. Bölüm: Hukuk ve toplum

Cain, M., ve A. Hunt, *Marx and Engels on Law* (Academic Press, 1979).

Campbell, T., *The Left and Rights: A Conceptual Analysis of the Idea of Socialist Rights* (Routledge & Kegan Paul, 1983).

Collins, H., *Marxism and Law* (Clarendon Press, 1982).

Cotterrell, R., *The Sociology of Law: An Introduction* (Butterworths, 1984).

— *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective* (Clarendon Press, 1995).

Durkheim, É., *Toplumsal İşbölümü*, çev. Özer Ozankaya (Cem Yayınevi, 2006).

Hunt, A., *The Sociological Movement in Law* (Macmillan, 1978).

Kronman, A. R., *Max Weber* (Edward Arnold, 1983).

Lukes, S., ve A. Scull (ed.), *Durkheim and the Law* (Martin Robertson, 1983).

Marx, K., *Kapital*, çev. Alaattin Bilgi (Sol Yayınları, 2000).

Weber, M., *The Religion of China: Confucianism and Taoism*, çev. ve ed. Hans H. Gerth (Free Press, 1951).

— *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. M. Rheinstein, çev. E. Shils ve M. Rheinstein (Harvard University Press, 1954).

— *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, ed. G. Roth and C. Wittich (Bedminster Press, 1968).

6. Bölüm: Eleştirel Hukuk Kuramı

Realizm

Duxbury, N., *Patterns of American Jurisprudence* (Clarendon Press, 1995).

Fisher, W. W., M. J. Horwitz ve T. A. Reed (ed.), *American Legal Realism* (OUP, 1993).

Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

Llewellyn, K. N., 'Some Realism about Realism' (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222.

Olivecrona, K., *Law as Fact* (2. baskı, Stevens & Sons, 1971).

Ross, A. , *On Law and Justice*, çev. Margaret Dutton (Stevens & Sons, 1958).

Rumble, W. E., *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (Cornell University Press, 1968).

Twining, W., *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (Weidenfeld & Nicolson, 1973).

Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Boyle, J. D. A. (ed.), *Critical Legal Studies* (Dartmouth, 1992).

Kairys, D. (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique* (Panthéon Books, 1982).

Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies* (Harvard University Press, 1987).

Norrie, A. (ed.), *Closure or Critique: New Directions in Legal Theory* (Edinburgh University Press, 1993).

Unger, R., 'The Critical Legal Studies Movement' (1983) 96 *Harvard Law Review* 561.

— — *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* (Cambridge University Press, 1987).

Postmodern Hukuk Teorisi

Lacan, J., *The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, çev. A Sheridan (Penguin, 1979).

Lyotard, J. F., *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (Manchester University Press, 1984).

Patterson, D. (ed.), *Postmodernism and Law* (Dartmouth, 1994).

Rorty, R., *Philosophy and the Mirror of Nature* (Basil Blackwell, 1990).

Feminist Hukuk Teorisi

Bartlett, K., 'Tradition, Change, and the Idea of Progress in Feminist Legal Thought' (1995) *Wisconsin Law Review* 303.

Gilligan, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Harvard University Press, 1982).

Kingdom, E. F., *What's Wrong with Rights? Problems for Feminist Politics of Law* (Edinburgh University Press, 1991).

Lacey, N. (ed.), *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (Hart Publishing, 1998).

MacKinnon, C., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard University Press, 1987).

— *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (Metis Yayınları, 2003).

Olsen, F. E., 'Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective' (1990) 18 *International Journal of the Sociology of Law* 199.

— (ed.), *Feminist Legal Theory* (Dartmouth, 1994).

Rhode, D., *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law* (Harvard University Press, 1989).

— 'Feminist Critical Theories' (1990) 42 *Stanford Law Review* 617.

Scales, A., 'The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay' (1986) 95 *Yale Law Journal* 1373.

Smart, P., *Feminist Jurisprudence* (Clarendon Press, 1993).

Eleştirel Irk Teorisi

Delgado, R., and J. Stefancic, 'Critical Race Theory: An Annotated Bibliography' (1993) 79 *Virginia Law Review* 461.

— — (eds.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror* (Temple University Press, 1997).

Harris, A. P., 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory' (1990) 42 *Stanford Law Review* 581.

Dizin

A

- Adalet VII, XVII, 39, 55,84, 92-94, 97, 101, 102, 106, 114, 115-118, 122-124, 125, 128, 135, 138, 148, 153, 155, 158, 160-162, 168, 171, 172, 176, 185
- Aquinas, Aziz Thomas 39, 40-43, 46, 53, 55, 174
- Amerikan Hukuki Realizmi 1149, 150, 151, 154, 155, 176
- Aristoteles 37, 39-41, 52, 113, 114
- Austin, J. 61-72, 171, 180, 182
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 49

B

- Bentham, J. 43, 61-71, 95,115, 118, 171, 175, 180-182
- Birleşmiş Milletler, 37, 49, 110, 111
- Blackstone, Sir W. 42, 43

C

- Chicago Okulu 121
- Cicero 38, 39, 41, 173
- Coase teoremi 122
- Cornell, D. 166, 186

D

- Derrida 159-162, 166
- Derrida, J. 159-162, 166
- Doğal Hukuk 71, 110, 148
- Durkheim, E. 130, 131, 185
- Dworkin, R. 55, 71, 85, 87, 88, 89-102, 109, 111, 119, 173

E

- Ebedi hukuk 39, 40
- Egemenlik 47, 68, 111
- Ehrlich, E. 130
- Ekonomik Analiz 115, 121, 122, 142
- Eleştirel hukuk kuramı 147, 176
- Emir Kuramı 71

Engels, F. 135-137

Etkililik 141, 145

F

Fark feminizmi 166, 167

Faydacılık 116, 118-120, 123

Finnis, J. 37, 50-55

Foucault, M. XXVI, 118, 130, 144, 145, 159, 176

Freud, S. 156, 160

Fuller, L. L. 50, 51

G

Gilligan, C. 167

Gramsci, A. 137, 156

Grundnorm 76, 77

H

Habermas, J. 130, 142, 143

Hägerström 176

Haklar 38, 50, 105, 109, 110

Hart, H. L. A. XIV, 63, 70, 73, 74, 80, 84, 90, 175, 181, 187

Hobbes 44-47, 110, 123

Hohfeld, W. N. 106-108

Holmes, O. W. 149, 151

Hukuk II, V, VII, IX, X, XIV-XVII, XX, XXI, XXIII-XXVI, XXIX, XXXI-XXXV, 38, 44, 50-52, 64, 70, 72, 79, 81, 84, 85, 89, 93, 95, 99, 101, 105, 106, 122, 129, 133, 136-138, 141, 147, 149, 153, 155, 158, 162, 164, 165, 168, 171, 176

Hukuk kuramı XXXII, XXXV, 50, 106, 147

Hukuki pozitivizm 48, 61, 63, 66, 69, 71, 82, 83, 85, 87, 90, 91, 94, 95, 148, 174, 180

Hume, D. 48, 49, 52, 53, 101, 102

İ

İdeoloji 85, 122, 136, 137, 156, 159

İrk Kuramı, Eleştirel (EIT) 147, 167, 168

İlkeler 93

İnsan Hakları 37, 49, 105, 109, 110, 111, 112, 139, 175

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 49, 110, 111

K

Kant, 76, 158

Kapitalizm 142
Kelsen, H. 62, 69, 75-80, 171
Konvansiyonalizm 91
Kristeva, J. 166
Kurallar 70, 89

L

Lacan, J. XXVI, 159, 160
Liberalizm 96, 163
Littleton, C. 165
Liyakat 114, 115, 127
Llewellyn, K. 151-154, 177, 185, 186
Locke, J. 44, 46, 47, 110, 123
Lukacs, G. 156
Lundstedt, A. V. 149, 176

M

MacKinnon, C. 164, 166, 167, 187
Meşru Otorite 132, 134
Mill, J. S. 110

N

Normlar Sistemi 75

O

Olsen, F. 164, 166, 187

P

Posner, R. XXV, 120-122, 175, 184
Postmodernizm
Pound, R. 130

R

Rawls, J. 43, 115, 119, 123-128, 184
Raz, J. 69, 80-83, 174, 181
Ross, A. 149, 176, 186
Rousseau, J-J. 44, 47, 48, 123

S

Sert Pozitivizm 83, 84, 85
Smart, C. 165, 187
Sözleşme 43

T

Tanıma kuralı 62, 71, 72, 74, 75, 84, 90, 93, 95, 129

Thompson, E. P. XXX, 141, 176

Toplumsal Dayanışma 137, 131, 142

U

Unger, R. 156, 186

V

Verimlilik 53, 122

W

Weber, M. XXVI, 129-135, 176, 185

Williams, P. 169

Y

Yumuşak Pozitivizm 83, 84

Yükümlülük 67-69, 72, 73, 74, 101, 108, 109