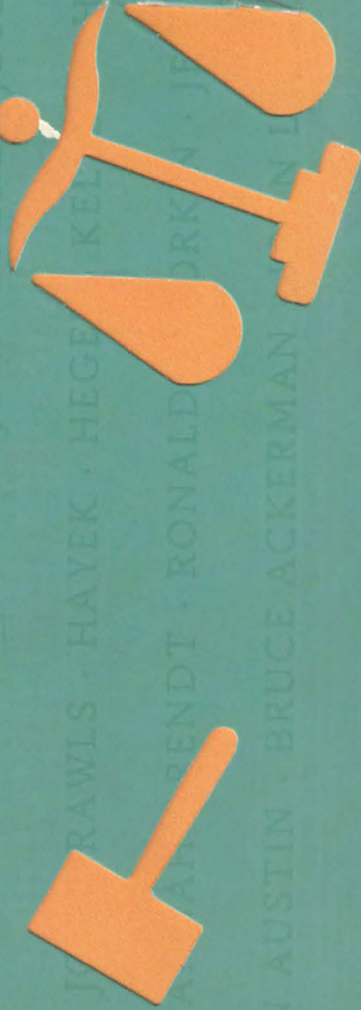


AKLA ZARAR SERİSİ



hukuk felsefesi

DAVID BRUCE INGRAM

ÇEVİREN / EZGİ SU DAĞABAK

FÖL

David Bruce Ingram, elinizdeki eserinde,

Anglo-Amerikan ve Kıta-Avrupa felsefelerine dayanarak hukuk felsefesinin klitt düşünürleri Rousseau, Hobbes, Austin, Hegel, Mill, Marx, Dworkin ve Rawls'ın çalışmalarını özetlemekte; ceza hukuku, medeni hukuk ve anayasal hukuk gibi merkezi öneme sahip konuları, uluslararası hukuk, ırk ve cinsiyet sorunları ile birlikte ele almaktadır.

Eserleri birçok dile çevrilen, Amerikan felsefeci David Bruce Ingram'ın *Hukuk Felsefesi* kitabı, kapsamlı içeriği, anlaşılır ve veciz üslubu ile hukuk felsefesinin temel sorunlarına giriş yapmak isteyenler için ideal bir tartışma ortamı yaratmaktadır.

ISBN 978-605-80688-1-0



FOL

HUKUK FELSEFESİ

FOL 29

© MAK GRUP MEDYA PRO. REK. YAY. A.Ş.
SERTİFİKA NO: 13858

FELSEFE 29
AKLA ZARAR SERİSİ 03

HUKUK FELSEFESİ
DAVID BRUCE INGRAM

ÇEVİREN: EZGİ SU DAĞABAK

ÖZGÜN ADI: *LAW: KEY CONCEPTS IN PHILOSOPHY*
EDİSYON: CONTINUUM, LONDON 2006

YAYINA HAZIRLAYAN: ERTUĞRUL UZUN
REDAKSİYON: MAK GRUP REDAKSİYON EKİBİ
SON OKUMA: OSMAN BARAN KAPLAN, EBUBEKİR DEMİR
GÖRSEL YÖNETMEN: NURULLAH ÖZBAY
GRAFİK TASARIM VE UYGULAMA: TAVOOS

ISBN 978-605-80688-1-0

BASKI: AYRINTI BASIMEVİ ANKARA - SERTİFİKA NO: 13987

I. BASKI: MAYIS 2019

İLETİŞİM ADRESLERİ
CINNAH CD. KIRKPINAR SK. 5/4
06420 ÇANKAYA ANKARA
TEL.: 0312. 439 01 69
www.folkitap.com
bilgi@folkitap.com
siparis@folkitap.com
www.twitter.com/folkitap

HUKUK FELSEFESİ

DAVID BRUCE INGRAM

ÇEVİREN
EZGİ SU DAĞABAK

DAVID INGRAM'IN TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ'Ü İLE

FOL

DAVID BRUCE INGRAM

1952 doğumlu Amerikan felsefeci. Lisans, yüksek lisans ve doktora çalışmalarını Kaliforniya Üniversitesi'nde tamamladı. Loyola Üniversitesi Chicago'da felsefe profesörlüğü görevini sürdürmektedir.

Başlıca eserleri: *World Crisis and Underdevelopment: A Critical Theory of Poverty, Agency, and Coercion* (2018), *Ethics and Development: An Introduction*, (Thomas Derdak ile, 2018), *Habermas: Introduction and Analysis* (2010), *Rights, Democracy, and Fulfillment in the Era of Identity Politics: Principled Compromises in a Compromised World* (2004), *The Complete Idiot's Guide to Understanding Ethics*, (Jennifer Parks, 2002).

EZGİ SU DAĞABAK

Ankara'da doğdu (1991). Hacettepe Üniversitesi Mütercim Tercümanlık Bölümü'nden mezun oldu. Gazi Üniversitesi Çeviri ve Kültürel Çalışmalar Bölümü'nde yüksek lisans eğitimini tamamladı. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Çeviri ve Kültürel Çalışmalar Bölümü'nde doktora eğitimine devam etmektedir.

Başlıca eserleri: Tübitak Popüler Bilim Yayınları (2018), David B. Ingram, *Hukuk Felsefesi* (2019).

İÇİNDEKİLER

TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ	11
TEŞEKKÜR	13
BİRİNCİ BÖLÜM	15
HUKUK NEDİR?	
1. Hukuku Tanımlamak: Üç Vaka	17
İKİNCİ BÖLÜM	36
HUKUK VE AHLAK	
1. Doğal Hukuk Kuramı: Thomas Aquinas	36
2. Hukuki Pozitivizm: Hart	45
3. Ahlak ve Hukukun Üstünlüğü: Finnis, Raz ve Fuller	57
4. Özet: Pozitivizm, Doğal Hukuk ve Demokrasi	78
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	83
ANAYASA HUKUKU: YAPISI, YORUMLANMASI VE ESASLARI	
1. Anayasa Krizi: 2000 Yılı Başkanlık Seçimi ve Mahkemenin Yetkisi	83
2. Güçler Ayrılığı	86
3. Amerika Bağlamında Yargı Denetiminin Gücü	91
4. Anayasanın Yorumu	103
5. Anayasal Temeller: Arendt ve Hart	115
6. Anayasanın İleriye Dönük Olarak Meşrulaştırılması: Derrida ve Habermas	130
7. Hegel ve Ackerman'ın Anayasal Devrimlere İlişkin Fikirleri	133
8. Sivil İtaatsizlik: Platon, Thoreau ve Arendt	138
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	145
SUÇ VE CEZA	
1. Suç Nedir? Düşman Muharip Konusu	145
2. Cezanın Tarihçesi: Nietzsche ve Foucault	166
3. Bentham'ın Cezaya İlişkin Sonuç Odaklı Gerekleştirilmesi	171

4 Hak Etmeye Dayalı Ceza Kuramları: Locke, Kant ve Hegel	178
5. Cezanın Sınırları: Karma Kuramlar ve Ölüm Cezası	186
BEŞİNCİ BÖLÜM	
KÖR ADALET: IRK, TOPLUMSAL CİNSİYET, BİYOLOJİK CİNSİYET VE HUKUKİ CEBRİN SINIRLARI	193
1. Mill'in Zarar İlkesi	194
2. Eşcinsellik ve Hart-Devlin Tartışması	197
3. Ceza Kanunu ve Eşit Koruma	205
4. Toplumsal Cinsiyet, Irk ve Yeti Meselelerine Duyarlı Hukuk: Liberaller v. Radikaller	207
5. Eşit Korunma v. İfade Özgürlüğü: Mackinnon'ın Pornografi Karşıtı Kanunu	215
ALTINCI BÖLÜM	
ÖZEL HUKUK VE EKONOMİK RASYONELİTENİN SINIRLARI	223
1. İstimlak Yetkisine İlişkin İhtilaflar	223
2. Özel Hukuk ve Bilimsel Akıl: Başlangıç Mahiyetinde Gözlemler	226
3. Formalist Hukuki Muhakeme ve Kapitalizm	229
4. Araçsal Hukuki Muhakeme: Hukuk ve Ekonomi Hareketi	238
5. İlimli Hukuki Realizm: Yürütmenin Ekonomik Aracı Olarak Hukuk	261
6. Habermas'ın Özel Hukukta Ekonomik Rasyonalitenin Sınırları Üzerine Görüşleri	262
7. Kamulaştırmaya İlişkin Sonsöz	271
YEDİNCİ BÖLÜM	
SONUÇ: İDEOLOJİK OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ – MARKSİZM, YAPISÖKÜM VE ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI	273
1. Hukuk Üstünlüğünün Altında Yatan İletişimsel ve Ekonomik Mantık: Dewey ve Radikal Realistler	273
2. Realistler, Eleştireller ve Hukukun Marksist Eleştirisi	276
3. Yapisöküm ve Radikal Hukuk Eleştirisi	279
4. EHÇ Değerlendirmesi	285
5. Son Yorum	287
KAYNAKÇA	289
DİZİN	295

TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ

Akla Zarar: Hukuk Felsefesi, hem Anglo-Amerikan sistemine hem de Kıta Avrupası'na ait hukuki kavramlara yönelik derinlemesine bir inceleme sunar. Kitabın odaklandığı davaların çoğu yazarın memleketi olan Birleşik Devletler'de görülmüş davalar olsa da ele alınan kavramların uygulama alanı oldukça geniş, hatta kimi durumlarda evrenseldir. Bildiğim kadarıyla, hukuk felsefesine giriş eserleri arasında bu kadar farklı uluslararası kuramsal yaklaşımdan yararlanarak bu kadar kapsamlı bir çerçeve çizen başka bir kitap yoktur.

Yazdığım metni belli bir sayfa sayısı ile sınırlandırmam gerektiğinden, uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk kavramlarından dilediğimce derinlemesine söz edemediğimi ifade etmeliyim. Kitabın ilk yayımlandığı tarihten beri bu alanlardaki uzmanlığımı geliştirdim. Bugün kitabı yeniden düzenleyecek olsam, anayasal modelin uluslararası hukuka uygulanmasına dair yürüttüğüm Kelsen, Habermas ve Hart tartışmasını Koskenniemi, Teubner ve diğer düşünürlerin hukuki çoğulculuk ve hukuki fragmentasyonun neden olduğu sorunlara ilişkin son araştırmalarını da dâhil edecek şekilde genişletirdim. Ayrıca insan hakları kavramına ve insan hakları, bağımsızlık ve uluslararası ticaret hukuku arasındaki kurumsal uyumsuzluklara dair bir bölüm de ekledim. *World Crisis and Underdevelopment* (2018) ve *Ethics of Development* (2018) adlı eserlerde yayımlanan hukuk ve uluslararası kalkınmaya ilişkin son çalışmalarım uluslararası hukukun bu ekonomik, politik ve insani yönlerini bir araya getirmektedir.

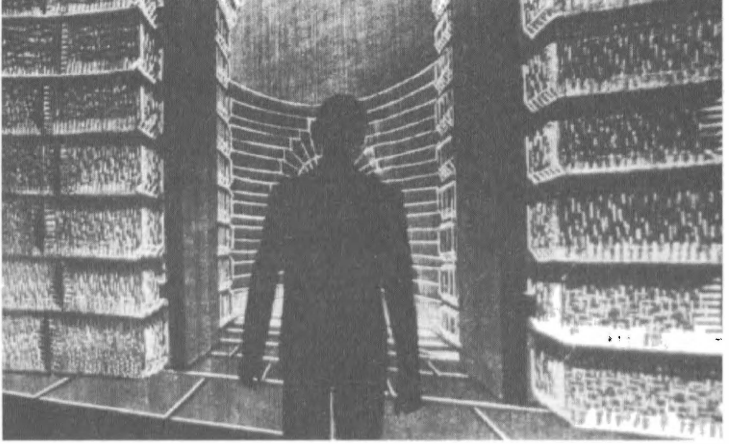
Türk okurlarımın özellikle ilgisini çeken, karşılaştırmalı anayasa hukukuna ilgimin artması oldu. Bu bağlamda,

Türkiye ve İran'daki anayasal gelenekler ve siyasi hareketler üzerine detaylı çalışmalar kaleme almış olan eski meslektaşım Güneş Tezcür'ün araştırmalarına katkısı büyüktür. Bu konulara giriş niteliğindeki naçizane fikirlerimi karşılaştırmalı hukukla ilgili şu makalemde bulabilirsiniz: "How Secular Should Democracy Be? A Cross-Disciplinary Study of Catholicism and Islam in Promoting Public Reason", *Politics, Religion, and Ideology* [2014] 15(3): 1-21. Türk laiklik modeline ve karşıtlıklar taşıyan birkaç İslam temelli anayasaya göndermeler barındıran bu çalışmanın temelleri özellikle Endonezya'nın bağdaştırıcı anayasal geleneğine odaklandığım üç yıllık bir uluslararası çalışmaya katıldığım sırada atıldı. Bu makalede ve *World Crisis and Underdevelopment* kitabının sonuç bölümünde dile getirdiğim üzere, ılımlı İslam yönetim çeşitlerini de içeren dinî kozmopolitizmin ayrıştırıcı –kutuplaştırıcı ve güçsüzleştirici– küresel kapitalizmin etkilerine karşı koyabilecek seküler bir demokrasinin (belirli şartlarda) koruyucusu ve destekleyicisi olabilmesini ümit ediyorum.

DAVID INGRAM
Loyola Üniversitesi, Şikago
25 Şubat 2019

TEŞEKKÜR

Bu kitap okura hukuk felsefesindeki anahtar kavramların kapsamlı bir incelemesi olduğuna inandığım bir bütünü sunmaktadır. Kitabın yazım sürecinde, giriş niteliğinde iki kaynak kitabı model olarak kullandım: Andrew Altman'ın *Arguing About the Law*, David Adams'ın ise *Philosophical Problems in the Law* başlıklı kitapları. Başta Justin Schwartz, Iris Young, Tom Wren ve Dan Hartnett olmak üzere meslektaşlarım ve arkadaşlarımla gerçekleştirdiğim sohbetlerden de büyük ölçüde faydalandım. Diğer meslektaşlarım Heidi Malm, Daviz Ozar ve Olufemi Taiwo ise araştırmalarıyla bana ilham kaynağı oldular. Kitabın ilk taslağı üzerine ayrıntılı yorumlarını esirgemeyen Brian Buckley'e; ilk dört bölüme ilişkin önemli geri bildirimler yapan Ike Balbus'a; altıncı bölüm hakkındaki ayrıntılı yorumlarıyla ekonomik kuramın dalgalı sularında yolumu bulmama yardım ettiği için David Schweickart'a; metni yayımlanacak hâle getirmeme yardımcı olan Paul Leisen'e en derin teşekkürlerimi sunuyorum. Kitaba ilişkin vizyonumu desteklediğı için editörüm Sarah Douglas'a minnettarım. Son olarak kitabın ikinci taslağını baştan sona özenle okuduğı ve takıntılı, dalgın anlarımda bile beni koşulsuz sevmeye devam ettiği için hayat arkadaşım ve felsefeci meslektaşım Jennifer Parks'a hayatımı borçluyum.



Yasa'nın önünde bir bekçi durur. Bir gün taşradan bir adam bu bekçiye gelir ve Yasa'ya girmek için izin ister. Bekçi adamın şu an girmesine izin veremeyeceğini söyler. Adam biraz düşünür ve daha sonra girip giremeyeceğini sorar. Bekçi: "Mümkün. Ama şimdi olmaz." diye cevap verir. Yasa'nın kapısı her zaman açık durduğundan, Bekçi bir adım kenara çekildiğinde adam kapıdan içeri bakmak için hafifçe eğilir. Bekçi bunu görür ve gülerken der ki: "Eğer içerisi bu kadar çekici geliyorsa yasağıma karşı gelip girmeyi dene. Ama şunu da unutma: Ben güçlüyüm ama buradaki yalnızca en küçük bekçilerden biriyim." ¹

FRANZ KAFKA

¹ "Before the Law", *The Trial*, Parables and Paradoxes içerisinde, New York: Schocken, 1970, s. 61; çeviri değiştirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM HUKUK NEDİR?

Çoğumuz kanunlara aşınayız ama kanunların gerçekten ne olduğunu çok azımız biliriz. Yaygın kanaate göre kanunlar, yaptırım tehdidi olan “Bunu yap” ve “Bunu yapma”lardan müteşekkildir. Bu durumun gündeme getirdiği bir soru var: Peki, bu şekilde tasavvur edilen kanunlar ile istediklerini yapmazsak bizi zarar vermekle tehdit eden güçlü zorbalardan emirleri arasında ne fark vardır?

İlk anda buna cevap olarak zorbalığın aksine kanunların ahlaken gerekçelendirilmiş ve kabul edilebilir olduğunu söyleme eğiliminde olabiliriz. Örneğin kanunların cinayeti ve hırsızlığı yasaklıyor olması makul ahlaki buyruklar gibi görünüyor. Ancak bazı durumlarda bir kanun bize ahlaken yanlış ve kabul edilemez olduğunu düşündüğümüz bir şeyi yapmayı emredebilir. Bu durumda bu kanun artık bir kanun olmaktan çıkar mı?

Bazı kanunlar ise otomatik park sayacına ödeme yapmak gibi makul olan ancak ahlaken zorunlu olmayan şeyler emreder. Dahası, evlenmek gibi çeşitli izinler bahşeden bazı kanunlar¹ bize herhangi bir şey yapmamızı emretmez. Bunun yerine bazı eylemlere *yetki verirler* veya yapıp yapmayacağımızı seçebileceğimiz bazı eylemlerin gerçekleştirilmesi için gereken prosedürleri belirlerler. Bazı kanunlar ise herhangi bir emir veya yetki vermez, onun yerine *yargı* ifade

¹ Evlilik merasiminin yapılabilmesi için merasim öncesinde izin alınmasını gerektiren hukuk sistemlerinde bulunan kanunlar kastediliyor. (Yay. Haz.)

eder². Kesin olarak bir emir veya yetki verdikleri söylene-
mez; çünkü geçmişte gerçekleşmiş eylemlerden (vakalardan)
söz ederler. Bir yargının mevcut bir eylemi yasaklaması veya
eyleme izin vermesi, söz konusu eylemin geçmişteki eyleme
olan benzerliğine dayanır. Bunun yanı sıra, bu yargıların
bazıları hukuki geçerlilik kazanmak için kanun koyucunun
veya hâkimin yasal otoritesi yerine, geleneğin anonim otorite-
sinde de başvurabilir. Dolayısıyla hukukun müşterek, onu
tanımlayan (veya ayırıcı nitelikteki) bir özelliğini bulmak
'ilkel' denilen hukuk (kabile toplumlarını yöneten kurallar)
veya tüm ülkeler tarafından aynı şekilde ve evrensel olarak
kabul görmemiş olan uluslararası hukuk söz konusu oldu-
ğunda daha da karmaşık hâle gelir.

Böyle düşününce hukukun tanımlayıcı müşterek bir özelli-
ği olmadığı sonucunu kolaylıkla ulaşılmak mümkün olabilirdi.
Böyle olunca da, tıpkı bir ailenin üyesi fertlerin bazı müşte-
rek özelliklere sahip olması gibi, 'hukuk'un da sadece örtüşen
benzerlikler sergilediğini söyleyebilirdik. Ancak bu doğru ol-
saydı, hukuka ilişkin felsefi incelememiz baştan çökmüş olur-
du; çünkü artık bu konuya dair genel fikirler ileri süremezdik.
Verilecek felsefi açıdan daha ilginç bir karşılık ise hukukun
çekirdeğini temsil eden örneklerine tam anlamıyla uyan, 'ide-
al/gaye' tarzı bir şeye işaret ettiğini söylemek olacaktır.

Burada Aristoteles'in rasyonel ve etik bir varlık olarak
insan tanımından destek alabiliriz. Rasyonel ve etik olmak
insanı diğer hayvan türlerinden ayıran yegâne özelliklerdir;
ancak bu özellikler aynı zamanda insan toplumları ve tek
tek bireyler arasında da değişen oranlarda görülen gayeler-
dir. Benzer şekilde, (bu kitapta da benimsenen bir tutum
olan) 'hukuku bir ideal olarak görmek', kendisini değişen
derecelerde göreceğimiz anlamına gelmektedir.

² Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde yeri geldikçe kanun olarak çevrilen 'law'
kelimesi mahkemeler eliyle kurala bağlanmış kararlara/yargılara da karşılık
gelecek şekilde kullanılır. Burada bahsedilen 'yargı bildiren kanun' ifadesin-
deki 'kanun'u (veya belki 'kural'ı) Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ifade
ettiğinden daha geniş anlamak gerekiyor. (Yay. Haz.)

1. Hukuku Tanımlamak: Üç Vaka

Gerçek dünyada hâkimler ve kanun koyucuların sık karşılaştığı bir problem olduğundan, hukuku tanımlamak önemli ve baskı oluşturan bir durumdur. Biri farazi, ikisi gerçek üç örneğe şöyle bir bakmak bile bu durumu destekliyor. Lon Fuller'ın *Kinci Muhbir Problemi*'nden alınan (Fuller, 1969:245-9) farazi örneğe bakalım: Zorlu ekonomik koşullar ve artan toplumsal bölünmeler arasında anayasal demokrasi ile yönetilen halk; hukuku uygulaması ve düzeni getirmesi için seçimle bir diktatörü başa getirir. Diktatör önceki rejime ait anayasayı, medeni kanunu veya ceza kanununu kaldırmadığı gibi; seçimleri iptal etmez, hâkimleri veya diğer hükümet görevlilerini görevden almaz. Ancak zaman içerisinde eski hukuku diktatörün istediği şekilde yorumlamayan hâkimler ve görevliler görevden alınır ve yerine diktatörün istediği şekilde davranan görevliler getirilir. Bu yeni hâkimler ve kanun koyucular eski hukukun anlamını çarpıtır, eski hukukun onayladığı ve koruduğu eylemleri suç hâline getiren geriye dönük ve olağanüstü hâl hükümlerini yürürlüğe sokarlar. Ancak sonunda diktatör devrilir ve eski hukuk yeniden yürürlüğe girer. Ancak bir problem baş gösterir. Aile üyelerine, komşu ve patronlarına kin gütmekte olan bazı vatandaşlar bu kişileri diktatörlük döneminde diktatör tarafından koyulmuş, seçim mitingine katılmak gibi, eskiden hukuka uygun olduğu hâlde 'geçmişe yönelik' olarak suç hâline getirilmiş eylemlere ilişkin kanunlar da dâhil olmak üzere, kanunları ihlal ettikleri gerekçesiyle tutuklatmışlardır. Buradan doğan soru şudur: Bu 'kinci muhbirler' kişisel hesaplarını görmek için tartışmaya açık kanunlardan çıkar sağladıkları için cezalandırılmalı mıdır? Cezalandırılmaları gerekiyorsa, bu ceza *hangi* hukuka dayandırılacaktır?

İntikam talebine ilişkin toplumsal baskıya dayanamayan yeni Adalet Bakanı, beş Bakan Yardımcısı'nın fikrini alır. İlk Bakan Yardımcısı, diktatörlük idaresi nezdinde söz

konusu eylemler gerçekten de yasa dışı olduğu için muhbirlere işlem yapılmaması gerektiğini dile getirir. Bu Bakan Yardımcısı'nın fikrine göre, kanunu en üst düzeydeki kişi belirlediğine göre, muhbirler vatandaş olarak görevlerini yerine getiriyordu: Diktatöre itaat etmek.

İkinci Bakan Yardımcısı da ilki ile hemfikirdir; ancak kurduğu mantık farklıdır. Ona göre diktatörlük 'hukukun üstünlüğü/hukukun yönetimi'³ bakımından ara dönem' anlamına gelir, bu dönemde diktatör yalnızca kendine hizmet eden tutarsız kurallar koymuştur. 'Hukuk' gelecekteki eylemlere rehberlik edecek görece sabit bir yönetim olmasına rağmen, bu hukuksuzluk ve belirsizlik durumunda kişilerin kendilerini kurtarmak için gerekli olduğunu düşündükleri eylemleri yerine getirmekten başka çareleri yoktur. Bu nedenle eylemlerinden sorumlu tutulmamalıdır.

Ancak üçüncü Bakan Yardımcısı diğer iki meslektaşının vardığı sonuçlara da kurdukları mantığa da katılmamaktadır. İlimli bir bakış açısı benimseyerek diktatörlük döneminin, kendisinden önceki hukuk sistemi ile onun ahlaki hedeflerinin bir kısmını sürdürdüğünü dile getirir. Bu amaçlar arasında ağır haksızlıkları yasaklamak da vardır ki adil olmayan kanunlardan faydalanarak düşmanlarını ortadan kaldırmak da (göründüğü kadarıyla) bu yasak kapsamındadır. Üçüncü yardımcıya göre hukuk yalnızca yazılı hukuk kurallarından veya buyruklardan değil, aynı zamanda adalet ve dürüstlüğe ilişkin *zımni* ahlaki ilkelerden de müteşekkildir. Bu nedenle tümüyle adaletsiz kanunlara dayanarak düşmanlarını ortadan kaldırmaya çalışan muhbirler, insanlığa karşı suç işlemiş olmaktan yargılanmalıdır.

³ *Rule of law*: Kalıp Türkçede hukukun üstünlüğü/yönetimi/hükümlerliği/hâkimiyeti şeklinde ifade edilir; Kıta Avrupası menşeli 'hukuk devleti' anlayışının karşılığı olarak görülür. Asıl kastedilen, kişilerin değil hukukun/kuralların yönetiminin geçerli olması gerektiridir. İzleyen birkaç cümlede 'yönetimi' vurgusu yapılacak, sonra sadece 'hukukun üstünlüğü' şeklinde dile getirilecektir. (Yay. Haz.)

Dördüncü Bakan Yardımcısı daha ilkeli olduğunu düşündüğü bir yaklaşım önerir. Diktatörlükte eski hukukun işine geldiği gibi yorumlanmasına benzer şekilde geçerli ve geçersiz kanunları birbirinden ayırmaya çalışmak yapay ve ilkeli olmayan bir harekettir, bunun yerine yeni rejim geçmişteki kinci muhbir eylemlerini suç hâline getiren *yeni* bir kanun koymalıdır. Dördüncü Bakan Yardımcısı'nın fikri, birinci Bakan Yardımcısı'nın fikriyle esas itibarıyla aynıdır; hukuk, içerikleri ne olursa olsun belli bir yerde belirli bir zaman diliminde mevcut olan buyruklardan ve yazılı kurallardan meydana gelmektedir. Ancak birinci Bakan Yardımcısı'nın aksine, dördüncü Bakan Yardımcısı gerçekleştirildiği zamanda hukuka uygun olan eylemleri daha sonra suç hâline getirmeyi yanlış bulmaz.

Beşinci Bakan Yardımcısı bu çözümü de en az değiştirilmeye çalışılan alternatif kadar ilkesiz bularak çözüme karşı çıkar. Kendisi, hakiki kanunların vatandaşlara makul bir uyarı sağlaması gerektiği konusunda ikinci Bakan Yardımcısı ile hemfikirdir. Diktatörlük özünde hukuksuz bir rejim olduğundan, muhbiirlere adaletin –kanunlara dayanmaksızın– halkın eliyle dağıtılmasını önerir.

1.1. Birinci Vaka: Nazi Hukuku Gerçekten Hukuk muydu?

Kinci muhbiirlere ilişkin farazi problem, esasında Nazi diktatörlüğünün hukuki bir rejim olup olmadığına karar vermeye çalışan hukukçular için ortaya atıldı. 'Hukuk' ve 'düzen' birlikte var olurlar, bu nedenle ne pahasına olursa olsun düzeni sağlamak üzere ortaya çıkmış bir rejimin kesinlikle meşru olduğunu düşünebilirdik belki. Ne var ki yalnızca diktatörün keyfine dayalı bir düzen bariz şekilde gayrimeşrudur.

Carl Schmitt, Nazi rejiminin son derece, hatta yerine geçtiği anayasal demokrasiden daha meşru olduğunu savu-

nan bir hukukçuydu. Schmitt'e göre Üçüncü İmparatorluk öncesinde var olan Weimar Cumhuriyeti (1919-33) hukuksuz anarşi denilebilecek bir duruma gelmişti: Komünistler, sosyal demokratlar, ekonomik liberaller, muhafazakârlar gibi her türden aşırı parti'nin parlamentoda temsilini tolere eden Weimar Anayasası'nın liberal hükümleri, Anayasa'nın demokratik savlarındaki halkın bütüncül iyiliğini düşünen bir düzen oluşturma hedefine hiç uymuyordu. 'Yasama kördüğümü'ne saplanıp kalan Alman parlamentosu (*Reichstag*), ulusu ekonomik çöküşten ve siyasi anarşiden kurtarabilecek etkin bir eylem planı oluşturacak ve uygulayacak istikrarlı bir koalisyon hükümeti kurmayı başaramadı. Bu krizden kurtulmanın tek yolu diktatörlük yönetimi lehine olacak şekilde başkana olağanüstü hâl ve sıkıyönetim ilan etme, böylece belirli temel hakları (ve hatta Schmitt'e göre siyasi partileri ve parlamentonun kendisini bile) askıya alma hakkı veren anayasa hükmünü (Madde 48) kullanmaktı.

Schmitt olağanüstü hâlin, liberal yönetim şeklinin bir istisnası değil, o yönetim şekline içkin bir durum olduğunu düşünmektedir (Bu bakış açısı 'her şeyin herkese karşı savaşı'nın *üniter* egemen bir kanun koyucusu olmayan devletlere içkin olduğunu düşünen Thomas Hobbes'un fikriyle benzerdir). Schmitt'e göre gücü karşıt siyasi partiler ve farklı hükümet birimleri (başkan, parlamento ve yargı organı) arasında paylaşım fikri hukuki bir kararsızlık krizine neden oldu. Hitler 1933 yılında Şansölye olduktan ve aynı yıl halk referandumunda fiilen diktatörlük gücü kazandıktan kısa süre sonra, mevcut krize Schmitt'in teorisini doğrular nitelikte bir son verdi: Gerçek bir halk demokrasisi 'üniter irade'sini tek bir 'halk lideri' bünyesinde toplar. Demokratik referandum ve kanunun birleştiği nokta da burasıdır: Çünkü hukukun varlığı ve anlamına ilişkin her türlü belirsizlik hukuksuz bir olağanüstü durum gerektirdiğinden, egemen buyruğu nihai ve en üst düzey buyruk olacak tek bir kişi olması gerekir: Führer. Schmitt'in gözlemlediği kadarıyla

“olağanüstü hâl, sınıflandırılmayandır; genel kodifikasyondan uzak durur ama aynı zamanda spesifik hukuki form unsurunu –mutlak saflığıyla kararı– açığa vurur”⁴ (Schmitt 1988b: 13).

Olağanüstü hâl durumlarında uygulanacak yasaya ilişkin olası tüm istisnaları kapsayacak genel hukuk kuralları belirlemek mümkün olmadığından, birisi hangi istisnalara izin verilebileceğine karar vermelidir. Normalde bu hâkimlerin görevidir; ancak hâkimler fikir ayrılığına düştüğünde kararı kim verir? Sorumluluğun tamamı karar verme (yani hem istisnanın ne olduğuna hem de onu hayata geçirme) yetkisine sahip tek bir baş hâkimde toplanmazsa, hukuk belirsizlik içinde kalır. Schmitt’in mantığına göre düşünürsek, Nazi yetkililerinin her biri Führer’e kadar giden bir emir zincirinde bir üstünün emrine uyduğunu iddia ettiğinden, eylemleri (etik olarak aşağılık olsa da) hukuka uygundur. (Göreceğimiz gibi, ‘teröre karşı savaş’ mücadelesindeki aynı olağanüstü hâlle karşı karşıya kaldığında, kimlerin zanlılara uygulanan olağan hukuki prosedürler bakımından istisna teşkil ettiğine karar verirken mahkemelerin ve Anayasa’nın etrafından dolanma hakkını kendinde gören Başkan Bush’a karşı Adalet Bakanlığı mensupları da benzer bir gerekçe ortaya koyabilirlerdi.)

İlk bakışta Schmitt’in Nazi yetkililerinin hangi hukuka göre sorumlu tutulabileceği konusundaki fikirleri Fuller’ın farazi vakalarındaki ilk Bakan Yardımcısı’nın savunduğu fikri andırıyor. Bu Bakan Yardımcısı muhbirlerin sorumlu tutulabileceği tek hakiki yasanın diktatörün egemen buyruğu olduğunu savunmaktaydı. Benzer şekilde akıl yürütecek olursak, Nazi yetkililerinin de ahlaken vahşet mahiyetindeki eylemlerinin meşru olduğu söylenebilir. Nihayetinde, uyguladıkları emirleri veren kişi Hitler, yani Nazi rejiminin en üst düzey yetkilisi değil miydi?

⁴ Türkçe metin şuradan alınmıştır: Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005, s. 20. (Yay. Haz.)

Ancak ayrıntılı incelendiğinde, Schmitt'in beyan ettiği bazı noktalar ikinci Bakan Yardımcısı'nın ileri sürdüğü fikri destekler nitelikte de yorumlanabilir. Bu Bakan Yardımcısı diktatörün egemenliğinin meşru olmadığını, sürekli değişen ve zaman zaman birbiriyle çatışan emirlerden oluşan anarşik bir hüküm süreci olduğunu savunmaktaydı. Benzer şekilde akıl yürütecek olursak, Schmitt'in vardığı sonuçların aksine, Hitler'e mutlak yetki bahşeden hukuki *kararcılık*'ın hukuki yönetimin tam zıttı olduğu ileri sürülebilir. Böyle bir akıl yürütme, Nazi yetkililerinin ahlaken vahşet mahiyetindeki eylemlerde bulunurken hukuka aykırı davrandıkları sonucuna varmamıza müsaade etmemekle birlikte, hukuka uygun hareket ettiklerine karar verebilmemizi de sağlamaz.

Hannah Arendt, totalitaryanizm hakkındaki ünlü çalışmasında Schmitt zıttı bir düşünce çizgisi geliştirdi. Arendt'e göre, hukuku tek bir diktatörün keyfi emirlerine indirgeyen totaliter yönetimler gerçek bir hukuk sisteminin en temel özelliklerinden birini yok ediyor: *Hukukun üstünlüğü/yönetimi*. Hukukun üstünlüğü/yönetimi İkinci Bölüm'de söz edeceğim karmaşık ve zor bir kavramdır. Bu kavramı şimdilik Arendt tarafından açıkça kabul edilmiş ve en az tartışmalı olan anlamıyla kullanmamız yeterli olacaktır. Bu bakış açısında, hukukun üstünlüğü/yönetimi araçsal etkililiğin ahlaki açıdan nötr bir nosyonu olarak ele alınmaktadır. Ünlü İngiliz hukuk felsefecisi Joseph Raz'ın (1979: 210-29) izinden giderek, hukuk üstünlüğünün/yönetiminin genel kabul gören ahlak standartlarına göre demokratik veya adil olmayan sistemler de dâhil olmak üzere pek çok hukuki ve siyasi sisteme uygun araçsal bir ideal olduğunu varsayalım. Hukukun üstünlüğünün araçsal bir ideal olduğunu söylemek bu nosyonun ortadan kalkması ile söz konusu sistemin etkisiz kalacağı, hatta kendi varlığından şüphe ettirecek kadar hükümsüzleşeceği anlamına gelmektedir. Çünkü hukuk sistemleri özünde kendi hayatlarını özgürce ve sorumluluk sahibi bir şekilde planlayabileceği varsayılan hukuki öznelerin eylemle-

rine rehberlik etmeyi hedefler. Bunun gerçekleşmesi için, söz konusu sistemlerin kısmen de olsa görece istikrarlı ve kamunun erişimine açık kuralları, tercihen anayasası da olması, bu kuralların anlam açısından yeterince açık, formu bakımından genelleyici olması, tutarlı ve tarafsız bir şekilde uygulanmaları ve yürütülmeleri, ayrıca yasayı çiğnemekle suçlanan bireyler için adil savunma hükümleri içermesi gerekmektedir.

Hukukun üstünlüğünün bu araçsal niteliğe ilişkin en çarpıcı özelliklerinden biri şudur: hukukun üstünlüğü *hukukun bizzat kendisinin yarattığı* –keyfî olarak uygulandığında yasaların eylemlere rehberlik etme kapasitesini yok edebilecek– *gücü de sınırlandırır*. 18. yüzyıl filozoflarından biri olan Baron de Montesquieu’nün (1949: XI.4) öğretilerini izleyen Arendt’e göre, hukukun üstünlüğünün hukuken kendini sınırlandırma özelliğini uygulamaya geçirmenin en iyi yolu yasa çıkarma işlevi ile yasayı yorumlama, uygulama ve yürütme gibi adli ve idari işlevlerin birbirinden ayrılmasıdır. Bu durumun aksine, hukuku tek bir kişinin mutlak egemenliği olarak tanımlayan hukuk sistemlerinde bu işlevler çöker, bu sistemler mutlak ve keyfî hukuki güce karşı güvence sunamazlar. Bu nedenle Arendt, totaliter rejimlerden istikrarlı yönetim şekilleri olarak değil, bir liderin *ad hoc* kararları ile yönetilen ‘devinimler’ olarak bahseder. Arendt’in dile getirdiği üzere, “Bu ideolojilerde bizzat ‘yasa’ teriminin anlamı değişmiştir: Yasa, beşeri eylemlerin ve hareketlerin meydana gelebileceği bir istikrar alanını ifade etmek yerine hareketin kendisinin ifade edilmesine dönüştü”⁵ (Arendt 1968: 162). Bu teşhisin doğruluğunu İtalyan faşist diktatör Benito Mussolini’nin hukuki istikrar yerine esnek karar verme ihtiyacını savunduğu yazılarında görmek mümkündür. Mussolini “... bugünün tüm siyasi deneyleri anti-liberaldir bu nedenle, bir doktrin retorik bir uygulama yerine hayati bir eylem olmalıdır. Bu da faşizmdeki

⁵ Türkçe metin: Hannah Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları – 3 Totalitarizm*, Çev. İsmail Serin, İstanbul, 2014, İletişim, s. 290. (Yay. Haz.)

pragmatik baskıyı, faşizmin içindeki güç arzusunu, yaşama etki etme arzusunu, şiddet eylemine karşı tutumunu oluşturur ...” (Schnapp 2000: 57).

Özetlemek gerekirse, kinci muhbirlerin veya Hitler yan-
daşlarının hukuku ihlal edip etmediklerini belirlemek tümüyle
hukuku nasıl tanımladığımızı göre şekillenir. Eğer hukukun
üstünlüğü kusurlu olarak da olsa her hakiki yasanın uyması
gereken bir ideal olarak belirlenirse, yukarıdaki sorunun ce-
vabı diktatörlüğün bizim hukuk üstünlüğü ile ilişkilendirdi-
ğimiz özelliklerin ne kadarını taşıdığına göre belirlenir. Nazi
rejimi sırasında Almanya’daki hukuk sisteminin zaman za-
man bu özellikleri de taşıdığına şüphe yok. Eski Alman hu-
kukunun Naziler tarafından muhafaza edilmiş kimi kısımları,
hatta kendilerinin bilhassa ilan ettiği yasaların bazıları eksik
şekilde de olsa bu özelliklere sahipti. Örneğin, Üçüncü İmpa-
ratorluk hakkında olumsuz konuşmayı veya Alman halkının
askerî savunmasını zayıflatmayı yasa dışı hâle getiren Nazi
hukuku yeterince anlaşılır ve geniş ölçüde duyurusu yapılmış
titizlikle uygulanan, insanların davranışlarına rehberlik ede-
bilecek genel bir kural ortaya koymuştur. Ancak Nazilerin
ırklara ilişkin kurallarını Yahudilere uygulandığı şekliyle in-
celediğimizde işler bulanık bir görünüm kazanmaya başlar.
Örneğin, bu kurallar muğlaktır, ‘Aryan’ ve ‘Yahudi’ tanımla-
rının uygulanması zordur; zira kimi ‘özel’ Yahudilere (ye-
terince parası olan veya muafiyet kazanabilecek siyasi gücü
olan Yahudiler dâhil) sağlanan muafiyetler nedeniyle gerçek
hayattaki uygulamaları ise gelişigüzel olmuştur. Uygulama-
larındaki keyfiyetle birlikte ele alındığında, Yahudilerin yap-
masına izin verilmeyen şeyleri (hafiften ağıra doğru ilerleyen
yasakları) belirleyen bu kurallardaki hızlı değişimler ırklara
ilişkin kuralların hukukun üstünlüğü idealinden önemli ölçü-
de saptığını göstermektedir. Bu kuralları ihlal ettiğinden şüp-
helenilen bu kişilere sıklıkla adil ve tarafsız sorgulanma hakkı
da tanınmadığı düşünüldüğünde, varmış olduğumuz sonuç
iyice pekişmektedir.

Yukarıda da belirtmiş olduğum gibi, Nazi hukukunun, hukukun üstünlüğünü yeterince kapsayıp kapsamadığına ve böylece hakiki bir hukuk olup olmadığına karar vermek bizi Hitler yandaşlarının hukuku çığneyip çığnemediğine ilişkin bir cevaba götürmez. İlk vakamızdaki birinci ve ikinci Bakan Yardımcılarının akıl yürütmelerinden yola çıkarak, yandaşların Hitler'in mutlak emrine 'uymaları veya herkesin kendi kararlarının nihai yargıcı olduğu anarşik terör egemenliği dışında uyulabilecek geçerli bir hukuk olmaması nedeniyle yasaları ihlal etmedikleri sonucuna varabiliriz. Ancak, üçüncü Bakan Yardımcısı'nın akıl yürütmesini izleyerek başka uluslararası kurallar olduğu sonucuna varabiliriz ve belki de yasama ile olmasa bile akıl yoluyla yürürlüğe konabilecek ahlak yasası ile söz konusu yandaşlar Nazi rejiminin hukukiliğine bakılmaksızın yargılanabilir.

1.2. İkinci Vaka: Nürnberg Mahkemesi

Nazi rejiminin meşruiyetine ilişkin incelemelerimiz Nürnberg Mahkemeleri'ni kuşatan tartışmaları anlamamıza yardımcı olmaktadır. Üst düzey Nazi yetkililerinin bir saldırı savaşı yürütmek, esir ve sivillere karşı savaş suçu işlemek, soykırım ve toplu katliam yapmak ve insanlığa karşı başka çeşitli suçlar işlemek gibi nedenlerle yargılanmasına ilişkin genel talepler arasında, İtilaf Devletleri bir ikileme karşı karşıya kalmıştı. Britanya ilk başta farazi örneğimizde beşinci Bakan Yardımcısı'nın desteklediği gibi bir "Adalet kendi yolunu çizsin." anlayışına benzer şekilde yargısız infaz taraftarıydı. Böylece taraflı ve ilkesiz duruşmalar gerçekleşmesinin önüne geçerken intikam arzusu da giderilmiş olacaktı. Ancak nihayetinde Amerika'nın, Nazi yetkililerinin uluslararası hukukta yer alan anlaşma ve teamüllere göre yargılanması (üçüncü Bakan Yardımcısı'nın 'diktatörlüklerin, yerini aldıkları hukukla bağlı olmaları gerektiğine' ilişkin akıl yürütmesine benzer) fikri kazandı.

Bu kararın ardından Nürnberg Tüzüğü uyarınca insanlığa karşı suça ilişkin görülen ilk dava tartışmaya açıldı. Massachusetts yargıcı Charles Wyzanski Jr davanın ‘galiplerin adaleti’ne karşılık geldiğini söylüyordu; çünkü İttifak Devletleri Nazileri, kendilerinin de işledikleri bazı savaş suçlarını kasten sivilere saldırmak ve (Rusya meselesinde) saldırı savaşı yürütmek gibi) işlemiş olmakla itham ediyorlardı.⁶ Sanıklara yöneltilen üç suç isnadına (savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barış karşıtı suçlar) ilişkin hukuki dayanaklara bakılacak olursa, Wyzanski uluslararası hukukta yalnızca ilkinin bir temeli olduğunu gözlemledi. 1907 ve 1927 tarihli Lahey ve Cenevre Konvansiyonları esir ve sivillere karşı işlenen savaş suçlarını uluslararası hukukun ihlali olarak tanımlamış ve bu nedenle –Almanya her iki konvansiyonu da imzalamış olduğundan– önceden var olan bağlayıcı hukuk olarak kullanılabilir olmalarına rağmen, insanlığa karşı işlenmiş suçları yasaklayan hukuk ancak savaştan sonra çıktığı için ‘geriye dönük’ yasaya tekabül etmekteydi. Aynı durum saldırı savaşlarını yasaklayan hukuk için de geçerliydi. Savaştan önce yürürlükte olan uluslararası sözleşmeler hiçbir zaman tamamen bağlayıcı şekilde uygulanmamıştı ve yeni Nürnberg Tüzüğü’nün öngördüğü gibi *bireylerin* suç teşkil eden fiillerine değil *ulusların* suçlarına yaptırım uygulamak üzere tasarlanmışlardı. Tüzük uyarınca, bireyler esas suçu işleyenlerin planlama aşamasına –ne kadar hafifletilmiş şekilde olursa olsun– iştirak ettikleri müddetçe suç işleme planı yapmakla suçlanabiliyorlardı. Bu aşamada Wyzanski ortaya bir soru attı: “İktidardaki partinin amaçlarını bilen, hükümette rol alan veya resmî görevlere gelen herkes hükümetin gerçekleştirdiği her eylemden sorumlu mu tutulacaktır?” (Wyzanski, 1946, Adams: 35 içerisinde).

⁶ Wyzanski davanın usulituhafliklarını da ele almıştır: Sanıkların Anglo-Amerikan ceza kanununun çekişmeli duruşma usulü uyarınca kendi savunmalarını yapmaları beklenmiştir; ancak kendi lehine şahit çağırma veya aleyhteki şahitleri çapraz sorgulama hakkı sunulmamıştır. Kıta Avrupası yargılama usulü uyarınca, iddia makamının avukatları ile ortak çalışan hâkimler tarafından sorguya tabi tutulmuşlardır.

Nürnberg Mahkemesi'nin ilkesiz ve yanlı yönlerini *hukukun üstünlüğünden* sapma olarak nitelendiren bu eleştiriler davanın uluslararası hukukta yine de kısmen bir temeli olduğunu kabul etmektedir. Ancak diğer eleştiriler daha ileri giderek uluslararası hukukun geçerli bir hukuk olmadığını iddia etmektedir. 17. yüzyıl filozofu Thomas Hobbes ve on dokuzuncu yüzyıl hukukçusu John Austin'in hukuk kuramlarına kadar giden *hukuki pozitivizm* geleneğinden yola çıkarak, bu eleştiriler belli bir bölgede gücü tekelinde tutan egemen yönetim tarafından koyulan uygulanabilir buyruklar olduğunu ileri sürer. Bu hukuk kuramına göre, uygulanabilir buyruklar ortaya koyan küresel bir yönetim olmadığı müddetçe uluslararası hukuk var olamaz.

Nürnberg Mahkemesi'nin adaletine ilişkin tartışmalar hâlâ devam etmektedir. Eğer hukuki pozitivizm doğruysa, anlamlı olarak nitelendirilebilecek yasalar *yalnızca* bağımsız devletlerin yaptığı yasalardır. Bu durumda, 'uluslararası hukuk' kendi içinde çelişkili bir terimdir, bu nedenle bireylerin savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara ilişkin olarak yargılanması amacıyla kullanılamaz. Bu ihtimali bir sonraki bölümde inceleyeceğiz. Bu esnada, eğer hukuki pozitivizm doğru değilse, geçerli yasa aralığımızı bu suçları işlemiş olmakla suçlanan bireylerin yargılanabileceği yasalara genişletebiliriz. Uluslararası hukuk ve hatta ahlak yasası bile bu aralığa girebilir. Bu durumda, Nazi yetkililerinin yargılanmasında kullanılan yeni yasaların mevcut uluslararası hukuku mu tekrarladığı, yoksa yalnızca söz konusu bireylerin davranışlarını geriye dönük olarak (kimilerine göre hukuka aykırı şekilde) suç kapsamına mı soktuğu konuları belirsiz kalmaktadır.

Ancak bireylerin yeni 'Tüzük'e göre geriye yönelik olarak suç hâline getirilmiş eylemleri için yargılandığı varsayılırsa, Mahkeme yine de İttifak Devletleri'nin sahip olduğu (kusursuz olmasa da) en meşru alternatif değil midir? Yargı dışında sağlanacak adaletten feragat edip Nazi yetkililerine

kendilerini savunma şansı vererek –üç tanesi tüm suçlamlardan beraat etti, on bir tanesine ölüm cezası ve sekiz tanesine ise hapis cezası verildi– Mahkeme hukukun üstünlüğü kavramını aslında ihlal ederek ilerletmiş de olabilir. Dahası, Nazi rejiminin ahlaki açıdan gayriinsaniliğinin altını çizmek gibi önemli bir amaca da hizmet etmiştir. Amerikalı savcı ve eski Yüksek Mahkeme üyesi Robert H. Jackson’ın da belirttiği üzere, Nürnberg Tüzüğü’nün ilk kez resmen kodifiye ettiği insanlığa ve barışa karşı işlenen suçların aslında uluslararası örf ve âdet hukukundan doğduğu ve bu açıdan *Common Law*’da⁷ hukukun emsal davalar yoluyla gelişmesi yöntemine benzediğine ilişkin yeterince kanıt da mevcuttu (Adams: 27). Örf ve âdet hukukundaki içtihatların yeni uygulamalarını ‘yanlış tahmin eden’ sanıkların yeni bir yasa tarafından gafil avlandıklarını iddia etmeye hakkı yoktu; çünkü yapmakta oldukları eylemler daha önce uluslararası yargı nezdinde açıkça yasa dışı olarak nitelendirilmese dahi, önceden söz konusu eylemlerin ahlaki açıdan suç olduğuna ilişkin çok sayıda ikaz mevcuttu. Bu bağlamda, Jackson, Mahkeme’nin insan haklarının yasal olarak ilerici şekilde tanınmasına ilişkin bir içtihat yaratmış olabileceğini de düşünmüştü, nitekim 1993 tarihli Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ve 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulmasında gözlemlendiği üzere gerçekten de böyle bir içtihat yaratılmış oluyordu. Son olarak, eğer farazi vakamızdaki üçüncü Bakan Yardımcısı’nın da ileri sürdüğü üzere hukuk fikrine temel oluşturan yüksek bir ahlaki adalet ilkesinden –veya felsefi tabirle *doğal hukuktan*– bahsedebiliyorsak, bu bağlamda Mahkeme’nin eylemleri ‘hukuka uygun’ olarak nitelenecek ve temize çıkacaktır. Tabii böyle bir hukukun var olup olmadığı da bir sonraki bölümde göreceğimiz üzere, oldukça büyük bir tartışma konusudur.

⁷ Tarihsel olarak iktidarın çıkardığı kurallardan ziyade mahkemelerin verdiği kararlardan oluşan ve gelişen Anglo-Sakson hukuk sistemlerine verilen ad. (Yay. Haz.)

1.3. Üçüncü Vaka: Amerika'nın Irak'ı İşgali

Mahkeme'nin neden olduğu belki de en kalıcı felsefi sorulardan biri, hukukun yukarıda sözü edilen ikinci (ahlaki) anlaşılışının statüsü ve anlamı ile onun uluslararası hukuka oluşturabileceği olası dayanaklık olmuştur. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) kurucuları bu belgeler için evrensel ahlaki standartlardan destek almıştır. BM üyesi ülkelerin bu belgeleri yazılı olarak kabul etmesine karşın, belgelerin bağlayıcı yetkisinin imzacı olsunlar veya olmasınlar tüm devletleri kapsadığı varsayılmıştır.

BM Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin bağlayıcı otoritesi 11 Eylül 2001 olaylarının ardından, Başkan George W. Bush yönetiminin Irak'taki askerî müdahaleyi haklı göstermeye çalıştığı son dönemlerde tekrar gündeme geldi. Başkan ve yönetimi bu müdahaleyi Birleşik Devletler'in de imzalamış olduğu Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre haklı göstermiş olsa da pek çok eleştirmen bu durumun Sözleşme'nin ana hükümlerini göz ardı ettiğini veya ciddi şekilde çarpıttığını düşünmektedir. Daha da önemlisi, bazı eleştirmenler Bush Ulusal Güvenlik Doktrini ile diğer dış politika uygulamalarının başkanın ve başkana tabi askerî yetkililerin eylemlerini tek taraflı olarak Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve daha önce onaylanmış diğer tüm uluslararası sözleşme ve anlaşmaların üzerinde tuttuğunu ileri sürmüşlerdir. Önceki uygulamalar bu uluslarüstü kuralları imzacı ülkeler için bağlayıcı kıldığından, Bush yönetiminin politikalarının başkanı ve kendisinden sonra gelen yetkilileri Anayasa'nın bu tür anlaşmaları 'ülkenin en üst yasası' olarak niteleyen Dördüncü Maddesi'nin üzerinde tuttuğunu iddia etmişlerdir.

Eleştirmenler tarafından dile getirilen en bariz örneklerden birisi, bir önceki başkanın, yakın zamanlarda savaş suçu, insanlığa karşı suç ve bazı diğer menfur insan hakları ihlallerini işlemekle suçlanan Slobodan Milosevic gibi

kişileri yargılamak için Yugoslavya savaşlarının ardından kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni tanıyan kararının Bush tarafından reddedilmesidir. Başkan, 30 Eylül 2004'te, Nurenberg içtihadını reddedişini "Güvenilmez yargıçlar ve savcılar askerî birliklerimizi veya diplomatlarımızı davalara karıştırabilir." diyerek gerekçelendirmişti. Birleşik Devletler askerî yetkililerine Guantanamo Körfezi ve Ebu Garip Cezaevi'nde bulunan gözaltı merkezlerindeki işkence ve diğer insan hakları ihlallerine ilişkin suçlamalarda bulunulmasının ardından, başkanın kararı yeni bir anlam kazandı.

Gerçekten de başkan ve yönetimi terörist sanıklardan bilgi edinmek için işkence ve diğer insan hakları ihlallerini, resmî olmasa da gerekli bir araç olarak görmüş olabilirler. Eleştirilenler, Birleşik Devletler'in terörist olduğundan şüphelenilen düzinelerce bireyi yasa dışı şekilde işkence görecekleri bilinen ülkelere nakletmesinin 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile belirlenmiş olan uluslararası sözleşme yükümlülüklerinin ihlali olduğunu söylemektedir.⁸ Daha sonra Adalet Bakanı Yardımcısı olacak Jay Bybee'nin, dönemin Adalet Bakanı Alberto Gonzales'e (Daha sonra Adalet Bakanlığı Hukuk Müşaviri olacaktır.) yazmış olduğu 1 Ağustos 2002 tarihli kısa not, açıkça Sözleşme'yi ihlal etmenin yolunu arıyordu. Not, Birleşik Devletler Kanunnamesi'nin 'tıbbi acil durum' tanımından yola çıkarak, Sözleşme'de 'şiddetli acı'ya neden olan eylemleri yasaklı uygulamalar arasına

⁸ İşkenceye Karşı Sözleşme 2 Ekim 1994 tarihinde Birleşik Devletler tarafından kabul edilmiştir. Madde 3 (1)'de şu ifadeler yer almaktadır: "Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınırdışı etmeyecek veya iade etmeyecektir." Madde 2 (2) "Hiçbir istisnai durum, ... işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez." demektedir. Ağustos 2006'da, Bush yönetimi 'aşağılayıcı ve onur kırıcı davranış' gibi 'kişisel saygınlığa saldırı'yı yasaklayan Cenevre Konvansiyonu, Madde 3'ü takip eden Savaş Suçları Akdi'ni (1996-7) değiştirerek askerî olmayan yetkilileri cezai sovruşturmadan muaf tutmaya çalıştı.

dâhil edilmesinin, bireylerin sağlığı ciddi tehlikeye girmediği, bedensel işlevler şiddetli şekilde hasar görmediği veya hayati organlarda ciddi işlev bozukluklarına neden olunmadığı müddetçe Sözleşme'nin bu eylemlere izin verdiği şeklinde yorumlanabileceğini önerdi.

Bush yönetiminin Irak'a saldırmaya ilişkin gerekçelendirilmesi ayrıntılı inceleme gerektirmektedir; çünkü Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin savaşa ilişkin temel unsurlarını aynı anda hem uygulamış hem de reddetmiştir. 51. madde savaşı yalnızca 'silahlı bir saldırı meydana geldiyse' meşru müdafaa durumunda onaylar. Bölüm VII 'barış karşıtı tehditler'e şiddet içerikli karşılık verilmesine ancak Güvenlik Konseyi'nin (a) bir ihlal oluştuğuna kanaat getirmesi, (b) askerî olmayan çözüm yollarının tükendiği konusunda hemfikir olması ve (c) askerî müdahalenin araç ve yöntemini tayin etmesi durumlarında izin verir (41 ve 42. Maddeler).

Yönetim, Sözleşme'nin hukuki ve askerî müdahaleye ilişkin öngördüğü her iki belirlemeye de uymuştur; ancak eleştirmenlere göre bunları *yeniden yorumlamıştır*. Örneğin, yönetim Saddam rejiminin Kuveyt'i işgali, teröristleri desteklemesi ve Kuzey Irak'taki Kürtlere karşı kimyasal silah kullanması gibi geçmişteki eylemleri nedeniyle 'barış karşıtı tehdit' oluşturduğunu ileri sürdü. İddiaya göre, Saddam rejimi Güvenlik Konseyi'nin 'kitle imha silahlarının' üretim ve saklanma alanlarını denetimini mecbur tutan 687 sayılı kararına tam olarak uymaması nedeniyle bu tehdit devam etmişti. Bush yönetimi askerî olmayan çözüm yollarının da tükendiğini ileri sürdü. Ancak Güvenlik Konseyi'nin askerî müdahalede bulunma konusunda Birleşik Devletler'e yetki veren bir kararı olmadığından, Birleşik Devletler Sözleşme'de bulunmayan bir araca müracaat etti: 'Zımnî yetkilendirme' kavramı. Bu kavram özünde Sözleşme'deki (c) koşulunu yeniden yorumlar; Birleşik Devletler'e, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın, hatta Konsey'e muhalif şekilde, tek taraflı eyleme geçme izni verir.

Yönetim, Sözleşme'nin 'meşru müdafaa' savaşı ile ilgili maddesini de 'önleyici müdafaa' veya 'ön-alma'yı içerecek şekilde genişleterek yeniden yorumladı. 'Ön-alma' Sözleşme'nin meşru müdafaa tanımını içeren 51. maddesinde hiç geçmemesine rağmen, 'önleyici müdafaa' bir şiddet eyleminin yakın/ hemen gerçekleşecek olduğu durumlardaki meşru müdafaa olarak kabul edilir. Ancak Irak'ın, Birleşik Devletler'e karşı hemen gerçekleşecek bir saldırı planladığına dair ortada kanıt bulunmamaktaydı. Bush yönetimi de böyle bir kanıt sunma girişiminde bulunmadı. Bunun yerine, yönetim 'yakın tehdit' kavramını 'gerçekleştirme potansiyeli'ni içerecek şekilde yeniden yorumladı. Yönetimin böyle davranma konusundaki argümanı yeni ulusal güvenlik stratejilerinin taslağını oluşturan belgede özetlenmiştir. Bu belge, terörizmin Soğuk Savaş döneminde çok işe yaramış olan eski caydırma yöntemleri kullanılarak engellenemeyecek yeni güvenlik tehlikeleri oluşturduğunu belirtmektedir. Birleşik Devletler; "Yakın tehdit kavramını bugünkü düşmanlarının, özellikle de teröristleri şehitlik eylemlerine azmettirmek uğruna kendi vatandaşlarının iyiliğini feda etmeye hazır olan 'haydut devletler'in liderlerinin hedef ve potansiyellerine uyarlamalıdır." Yönetimin kendi cümleleriyle ifade edecek olursak:

Tehdit ne kadar büyükse, eylemsizliğin riski de o kadar büyüktür. Bu durumda, düşman saldırısının yeri ve zamanı belirsiz olsa bile kendimizi savunmak için önleyici eyleme geçme mecburiyeti de o kadar büyük olur. Karşıtlarımızın bu tür düşmanca hareketlerini durdurmak ve engellemek amacıyla gerekli durumlarda Birleşik Devletler ön-alıcı tarzda eylemde bulunacaktır (Bush 2002: 14).

Eleştirmenler yönetimin önleyici mukabele nosyonundaki tehlikeye işaret etmektedir. Yönetim 'hayati ulusal çıkarlar'ın korunmasını 'önleyici savaş ilanı'nı yakından ilişkilendirmiştir. Yukarıda alıntılanmış olan belgede şu ifadeler yer almaktadır:

Birleşik Devletler Ulusal Güvenlik Stratejisi, belirgin şekilde kendi değerlerimiz ve ulusal çıkarlarımızın birleşimini yansıtmakta olan Amerikan enternasyonalizmine dayanacaktır. Bu stratejinin amacı dünyayı yalnızca daha güvenli değil, aynı zamanda daha iyi bir yer hâline getirmektir. (Birleşik Devletler Başkanlık Ofisi 2002: 1)

Diğer belge ve konuşmalar söz konusu hayati ulusal çıkarlar ve değerlerin ne olduğuna değinmektedir. Eylül 2001 tarihli Dört Yıllık Savunma Değerlendirme Raporu'nda, askerî kuvvetler tarafından güvenceye alınacak 'kalıcı ulusal çıkarlar' arasına 'küresel ekonominin canlılığı ve verimliliği' ile 'önemli pazar ve stratejik kaynaklara erişim' de dâhil edilmiştir. Başkan Bush, West Point mezuniyet töreninde bir katılımcıya "Amerika, askerî kuvvetini herhangi bir meydan okuma ihtimalinin ötesine taşımıştır ve öyle tutmayı hedeflemektedir." hatırlatmasında bulunmuştu (Birleşik Devletler Dört Yıllık Savunma Değerlendirmesi [2001: 2, 30, 62]). 'Enternasyonalizm'e yaptığı göndermelere rağmen, yönetimin dünyanın geri kalanı üzerinde devam etmekte olan askerî ve ekonomik üstünlüğünü garantiye almak için askerî kuvvet kullanma teklifi, pek çok eleştirmen için en güçlü bir gücünü sınırlamak amacıyla işleyen hukukun üstünlüğü ilkesine hakaret niteliğindedir.

Özetle Bush yönetimini eleştirenler, bu yönetimin "Güç haklı kılar." politikası güderek hukukun üstünlüğünden saptıklarını ileri sürmüşlerdir. Bush yönetiminde savaş Amerika'nın gücünü sağlamlaştırmak için bir yöntem olarak görenler olduğu gibi, bunun yalnızca meşru olduğuna değil aynı zamanda ahlaki açıdan doğru olduğuna inananlar da vardı (Bush dâhil). Saddam Hüseyin'in El Kaide'yi azmettirdiğine veya kitle imha silahı üretme kapasitesine sahip olduğuna ilişkin bile kanıt gösteremeyince, Saddam rejimini devirmek için yeterli gerekçe olarak bu rejimin gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerini gösterdiler (çoğunlukla Şii ve

Kürtler olmak üzere Saddam Hüseyin tarafından öldürülen insanların sayısı yüz binleri bulmaktadır).

Şüphesiz, Bush yönetimi eleştirmenlerinin de kendilerine ait ahlaki kaygıları vardır. Savaş, günümüz Iraklılarının insan haklarını korumak için elzem miydi? Kendi halkına karşı hangi korkunç suçları işlemiş olursa olsun, artık Kürt bölgesinin Saddam'ın kontrolünden çıktığı ve rejimini tahkim etmek için dış düşmanlarına karşı Şiiilerin desteğini kazanmaya yönelik umutsuz çabaları göz önünde bulundurulursa, bu suçların geçmişte kaldığı ileri sürülebilir. Savaşın diğer amaçları –Irak'ın özgürleştirilmesi ve zayıf bir demokrasi umudu– savaşın kendisinin neden olduğu sivil zayıyata değdi mi? (Savaş başladığından beri Irak'ta ölen sivillerin sayısının 30.000 civarında olduğu tahmin ediliyor. Bu, İraçlı Body Count (Iraklı Ölü Sayısı Projesi) tarafından yaklaşık olarak hesaplanan ve Bush tarafından 14 Aralık 2005 tarihli Philadelphia Dünya Meseleleri Konseyi'ndeki konuşmasında referans göstermeden kullanılan sayıdır; İngiliz tıp dergisi *The Lancet* ve John Hopkins Bloomberg Kamu Sağlığı Okulu tarafından hesaplanan sayı ise 100.000'in üzerindedir). Savaş terörle mücadele için en iyi yöntem miydi? Savaş, şüphesiz pek çok Müslümanı ötekileştirdi (böylece istemsiz bir şekilde bu kişilerin teröristlerin safına çekilmesine yardım etmiş oldu), aynı zamanda uluslararası hukuka ve teröristlerle bizim aramızdaki ideolojik farkın altını çizmeye yarayan diğer ahlaki insan hakları sözleşmelerine duyulan saygıyı da azalttı.

Bush yönetimi son soru hariç hiçbirine cevap vermeye değmeyeceğine kanaat getirdi. Yönetim, Birleşmiş Milletler'in korkunç insan hakları ihlallerine çözüm getirme konusunda etkin bir hukuki araç *olmadığını* düşünüyordu (Ruanda, Yugoslavya ve dünyanın diğer yerlerinde öldürülen yüz binlerce sivilin hayatını korumayı başaramamış olduğunu kanıt göstererek). Bush yönetiminin destekçileri, hukuki pozitivist çizgiye paralel iddiayla, egemenlik erkenden yoksun uluslararası bir örgütün buyruklarının hukuk olarak tanınmaya-

çağını söylediler. Dolayısıyla, Saddam Hüseyin'in cezasının ihkak-ı hak yoluyla –bunu icra etmeye ehil yegâne süper güç tarafından– verilmesi pekâlâ haklı çıkarılabilir nitelikteydi.

Ancak bu durum Bush yönetimi destekçilerinin savunduğu yegâne şey değildi. Bu destekçiler savaşın da tek *hukuki* yol olduğunu iddia ettiler. Burada kullanılan 'hukuki' ifadesi uluslararası hukuk ve insan yapımı herhangi bir hukuktan daha üstün bir otoriteye işaret etmektedir. Bu üstün hukuk, *doğal hukuktur*. Onlara göre Birleşmiş Milletler, kendi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni Sözleşme'de yer alan hedeflere (insan haklarını ihlal eden rejimlerin ulusal egemenliğine saygı duymak pahasına barışı sürdürmek) tabi kıldığından Ulusal Güvenlik Konseyi'nin Birleşik Devletler'in savaş kararını onaylamaması kararı hukuken bağlayıcı değildir.⁹

Özetle bu soruya verdiğimiz ilk belirsiz cevap hukukun, bir devletin egemen yönetiminin uygulanabilir emirlerine eşdeğer olduğuydu. Ancak yukarıdaki vakaları biraz inceleyince fikrimiz de değişti. Gerçek hukuk, hukukun üstünlüğünü de kapsar. Bir sonraki bölümde bu hukuk üstünlüğünün ahlaki olarak da adil olması gerekip gerekmediğini göreceğiz.

⁹ Nürnberg Tüzüğü Madde 6 (c), Egemen'in kendi halkına karşı işlediği insanlığa karşı suçların uluslararası yaptırıma tabi olduğunu beyan eder. Ancak bu maddeyle açıkça çelişen Madde 6 (a) bu davalardaki yaptırım hakkını yalnızca Egemen'in diğer ulusların barış ve güvenliğini tehdit eden şiddet eylemleri gerçekleştirmesi ile sınırlandırır.

İKİNCİ BÖLÜM HUKUK VE AHLAK

Nürnberg Mahkemesi ve Irak Savaşı, hukukun ne olduğunu anlamamızda ahlak anlayışının da rol oynayabileceğine işaret etmektedir. Uluslararası hukuk bu iki olaya uygulanmasa bile, ahlaki (doğal) hukuk uygulanabilir. Çünkü Naziler tarafından veya Irak'ın işgali ile, yerleşik insan yapımı yasalar ihlal edilmemiş olsa bile, ahlak yasalarının ihlal edilmiş olduğu savunulabilir. Peki, doğal hukuk kavramının kendisi bize eksiksiz ve meşru bir hukuk fikri sağlamaya yeterli midir? Eğer yeterli değilse, bu kavram en azından diğer gerekli kısımlara karşı değerlendirilmesi gereken kısımlardan biri midir? Yeterli değilse bile, en azından hukukun diğer zorunlu kısımlarını kendisine göre tartabileceğimiz en azından zorunlu bir parçasını teşkil edebilir mi? Veya hukuki pozitivistler ahlaken adil olup olmadığına bakmaksızın hukuka itaat etmemiz gerektiğini söylemekte haklı mıdırlar?

1. Doğal Hukuk Kuramı: Thomas Aquinas

Doğal hukuk, yani insan doğasına içkin bazı evrensel adalet ilkeleri olduğu ve insan yapımı hukukun bu ilkelere uyması gerektiği fikri Antik Yunan'a dayanmaktadır. Aristoteles bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Eğer yazılı hukuk davamıza aykırıysa, evrensel hukuka başvurmalı ve daha büyük bir eşitlik ve adalet için ısrarcı olmalıyız” (Aristoteles 1941: 1375a). Aristoteles'in fikri geliştirilerek daha sonra Stoacılık olarak bilinen bir felsefeye dönüştü. Bu felsefenin en

bilinen hukuk kuramcısı Romalı filozof Cicero'ydu (MÖ. 106-43): “Başka bir Roma ya da Atina yasa olmayacak, ne şimdi ne de sonra başka bir yasa olacak, aksine her dönem her soyu daimi ve değişmez olan tek bir yasa kuşatacak”¹ (Cicero 1998: Bk III. 33).

Cicero doğal hukukun, doğanın değişmez ve evrensel ilkesine işaret ettiğini iddia eder, insan yapımı bütün yasalardan üstün olan bu hukukun otoritesi “tek bir efendi ve öğretmen niteliğindeki –bu yasanın kurucusu, hakemi ve taşıyıcısı– Tanrı”dan² gelmektedir. Başka bir yerde, Cicero ‘yasanın/hukukun kendisinde adil ve doğru olanı seçme gücünün ve kararının bulunduğu’nu ileri sürer; ‘doğru akıl’ın ebedî adaletine uymadığı müddetçe “Halk nezdinde de halkın, zararlı olduğu hâlde kabul ettiği bir şeye yasa denemez”³ (Age.: Bk II.11-13). Doğru akıl yalnızca birkaç insanın sahip olduğu bir imtiyaz değildir, “kendisi sayesinde hayvanlardan üstün olduğumuz ve kendisi yoluyla çıkarılarımızı desteklediğimiz, bir görüşü savduğumuz, yürüttüğümüz, tartıştığımız, tamamladığımız ve bir sonuç çıkardığımız ... kuşkusuz hepimizde ortak”⁴ olan bir şeydir. (Age.: Bk I.30). Sonuç itibarıyla doğal adaletin buyruğuna göre “insanlar arasında herkes için eşit olan tek bir yaşam türü, tek bir ortak akıl var[dır], sonra, herkes doğal bir hoşgörü ve iyi niyet ile doğmuştur, hukuk birliğiyle bir arada[dır]”⁵ (Age.: Bk I.35).

Cicero'nun doğal hukuk ve insanların eşitliği tanımlarında, daha sonra bizim ‘insan hakları’ olarak adlandıracağımız modern doktrinin yattığını fark etmek için büyük bir hayal gücüne ihtiyaç yoktur. Kişisel çıkarı insan sevgisinin

¹ Türkçe metin: Cicero, *Devlet Üzerine*, çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul 2014, s. 202. (Yay. Haz.)

² Age., s. 202. (Yay. Haz.)

³ Türkçe metin: Cicero, *Yasalar Üzerine*, çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul 2016, s. 39. (Yay. Haz.)

⁴ Age., s. 16. (Yay. Haz.)

⁵ Age., s. 19. (Yay. Haz.)

üzerine koyan adaletsiz yasalar, yasa değildir ve yalnızca ilahi olarak onaylanmış yasanın üstün egemenliğini kabul eden uluslar kendi egemenliklerini iddia edebilirler.

Stoacı doğal hukuk anlayışı St. Paul'den sonra da Hristiyan filozoflar arasında güçlü etkilerini sürdürdü. Beşinci yüzyıla gelindiğinde, St. Augustine bu felsefeye kendi Platoncu idealizm anlayışını da yerleştirdi. Dünyevi her şeye karşı düşmanlık besleyen bu bakış açısına göre, insan yapımı yönetimler hiçbir zaman hakiki anlamda hukuki ve adil olamazdı. Augustine'e göre, doğru akıl ve meşruiyet yalnızca ilk günahın ölümcül etkilerinden etkilenmemiş olan 'Tanrının şehri'nde bulunabilirdi. Dünyevi krallıklar ise günahın 'cezası' olarak insanın insana tahakkümüne, cebri yasalara, şahsi mülkiyete ve köleliğe tevessül eder. Augustine bunu şu şekilde ifade etmektedir: "Adaleti çekip çıkardığınızda krallık dediğiniz şey devasa bir çeteden başka ne olabilir ki?" (Augustine 1950, IV. 4).

Augustine'in doğal hukuka ilişkin yorumları ne kadar radikal olursa olsun, kavramın devrim niteliğindeki ifadelerinin görünür hâle gelmesi St. Thomas Aquinas (1225-74) ile birlikte gerçekleşmiştir. Aristoteles'in daha az idealist olan sağduyu felsefesinden etkilenen Aquinas'ın dünyevi tahakküm, hukuki cebir, özel mülkiyet ve köleliği tamamen 'doğal' ve 'rasyonel' olarak meşrulaştırdığı düşünüldüğünde bu durum oldukça gariptir. Ancak Aquinas'ta ilk bakışta görünenden fazlası vardır. Örneğin Aquinas'ın doğal hukuk tanımında, özel mülkiyet fikri yalnızca yaşamı korumak ve barışı temin etmek için uygulanması koşuluyla savunulur. Özel mülkiyet hakkı bu görevi görmediğinde göz ardı edilebilir. Gerçekten de Aquinas 'ihtiyaçtan çalmak' fikrini ismen olmasa dahi fikren meşrulaştıracak kadar ileri gider: "Bir kişi yakın bir tehlike altındaysa ve başka çaresi yoksa açıkça veya gizlice ihtiyaçlarını başka birinin mülkünden meşru bir şekilde tedarik edebilir" (Sigmund 1988: 72).

Aquinas doğal hukuku, eylemleri adaletsiz ve kamu yararına aykırı olan zorba yönetimlere itaatsizliği, hatta

böyle yönetimleri devirmeyi meşrulaştırmak için de kullanır; ancak ‘tiranın hükmü altında yaşanandan daha büyük huzursuzluğa neden olarak tiranın yönettiği toplumun eskisinden daha çok zarar görmesine neden olan düzensizlik’le sonuçlanan rejim değişikliklerini reddeder (Age.: 65). Genel olarak Aquinas, savaşın yalnızca haklı olduğunu (kendini şiddetten korumak veya bir yanlışın intikamını almak) gösterilebildiği takdirde meşru görülebileceğini ve altında yatan amacın ‘hayra ulaşma [barış gibi] ve şerden uzaklaşma’ olması gerektiğini ileri sürer (Age.). Dahası, herhangi bir nefsi müdafaa eyleminde kullanılan güç miktarının ‘makul’ olması, karşı koyulan güce kıyasla orantısız olmaması gerektiği konusunda uyarır.

Tomistik doğal hukuk doktrininin bu üç uygulaması, daha sonra on yedi ve on sekizinci yüzyıllarda tekrar ön plana geldi. Hollandalı avukat ve diplomat Hugo Grotius (1585-1645) doğal hukukun hem milletlerin (uluslararası) hukukuna hem de iç (devlet) hukuklarına kısıtlamalar getirdiğini ileri sürdü. Doğal hukukun amacının insanlığın ortak iyiliği olduğu ve bu amaca yalnızca barış şartlarında ulaşılabileceğinden, ‘hakların icrası durumu hariç’ savaş adaletsiz ve yasa dışıdır: “Bir kez başlatıldığında hukuk ve iyi niyet sınırları içerisinde sürdürülmelidir ... ve yargı süreçlerinden daha az vicdani olmamalıdır” (Grotius 1925: 173). Grotius, ‘tehlike mevcut zaman içerisinde mevcut ve yakın’ değilse önleyici savunma temeline dayanarak başlatılan savaşların ahlaken meşru olduğu fikrini reddeder (Age.), yalnızca insan hakları ihlallerine, mesela korsanların ve hesabına çalıştıkları devletlerin gerçekleştirdiği ihlallere karşı koruma sağlamak amacıyla icra edilecek askerî müdahaleye izin verir.

İngiliz filozof John Locke (1632-1704) bütün insanların sahip olduğu temel doğal yaşam ve mülkiyet haklarını savunurken doğal hukuka başvurmuştur. Bu haklar hükümetlerin ‘hükümetin amacı olan kamu yararı ve mülkün korunmasını hedeflememekle kendisine duyulan güvenin

sarsılması⁶ yüzünden haklı bir şekilde devrilme cezasına tabii olarak korumaları gereken haklardır (Locke 1980: para. 239). Locke'un fikirleri daha sonra 1688 tarihli Şanlı Devrim'i ve 1776 tarihli Amerikan Devrimi yazarlarını etkilerken, doğal hukuk düşünürü Fransız filozof Jean-Jacques Rousseau da (1712-78) Fransız Devrimi (1789) liderlerini harekete geçirmiştir. Rousseau'nun içgüdüsel olduğu kadar rasyonel de olan doğal hukuk anlayışı insanlığımızı ihlal eden ve temel imkânları olmayanları geçimini sürdürme hakkından mahrum bırakan her tür özel mülkiyetin (kölelik dâhil) ahlakilik ve meşruiyetine karşı çıkar: "Bir insan veya bir halk, koskoca bir toprağı cezalandırılmayı gerektiren bir gasp eyleminden başka ne ile zapt edebilir ve bütün insanları ondan mahrum kılabilir?"⁷ (Rousseau 1987: 152). Günümüzde, pek çok insan küresel kapitalizmin doğal hukuka aykırı olduğunu ileri sürer; çünkü küresel kapitalizm zengin ve fakir arasındaki sosyal eşitsizliği arttırarak ve kabul edilebilir geçim düzeyinin altında yaşayan insanların standartlarını daha da düşürerek işler.

Doğal hukuk doktrini, on dokuzuncu yüzyılda hukuki pozitivizm ile gölgelenmiş olsa da 'kölelik-karşıtlarına' ilham vermeye devam etti ve yirminci yüzyılın ortalarında bir rönesans süreci yaşadı. 1960'larda Sivil Haklar mücadelesi sırasında, Martin Luther King Güney'deki 'yasallaştırılmış' ayrımcılık ve ırk ayrımına karşı sivil itaatsizlik fikrini meşru bir yöntem olarak savunurken açıkça Augustine'in "Adil olmayan hukuk, hukuk değildir." diyen doğal hukuk görüşünü benimsemiştir (Bedau 1969: 77). Gerçekten de kimi Tomistik filozoflar, örneğin Fransız filozof Jacques Maritain, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (1948) kutsal kabul edilen evrensel insan haklarının dayan-

⁶ Türkçe metin: John Locke, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, çev. Aysel Doğan, İzmir 2010, s. 193. (Yay. Haz.)

⁷ Türkçe metin: Jean-Jacques Rousseau, *Toplumsal Sözleşme*, çev. Cenap Karakaya, İstanbul 2014, s. 48. (Yay. Haz.)

dığı tek temel in doğal hukuk anlayışı olduğunu ileri sürmüştür. Rousseau gibi, Maritain de doğal hukukun temel fikri olan “İyilik yap, kötülükten kaçın.” ilkesinin insan davranışına ‘eğilim yoluyla’ kılavuzluk ettiğine ve bu temel fikrin akıl tarafından ‘aklın kavramsal işleyişinin bir dizi geometri teorimini bilmesine benzer şekilde soyut ve teorik’ tarzda bilinmediğine inanmaktaydı (Sigmund 1988: 208).

Paul Ramsey de dâhil olmak üzere başka filozoflar, Tomistik doğal hukuk anlayışının ‘adil/haklı savaş’ hükümlerini kasıtlı olarak masum sivilleri hedef almayı içeren ‘topyekûn savaş’ biçimlerini kınamak için kullandılar. Adil/haklı savaş kasıtsız olarak halk içerisinde ‘sivil zaiyat’a neden olsa da nükleer savaş başlığı ve diğer ayırım gözetmeyen kitle imha silahlarının kullanımı (Ramsey açıkça Birleşik Devletler’in Hiroşima ve Nagazaki bombalamasını zikretmektedir), tek amaçları sivilleri öldürmek ve dehşete düşürmek olduğundan, doğası gereği ahlak ve yasa dışıdır (Age. 1988: 226-9).

1.1. Doğal Hukuk Kuramının Eleştirisi

Doğal hukuk kuramlarının altında yatan temel ilke; bir yasanın, anayasa hükmünün veya yargı kararının hakiki hukuki niteliğe sahip *olabilmesi* için kendisine tabi kişiler tarafından *adil* olarak tanınması (veya en azından adaletsiz ya da kamu yararına aykırı sayılmaması) gerekliliğidir. Başka şekilde ifade edecek olursak, adil ve iyi olmak hukuk kavramının anlamının bir parçasıdır; bu nedenle yasalar, anayasa hükümleri ve yargı kararları (veya bütün olarak ait oldukları sistemler) adaletten ve iyilikten uzaklaştıkları ölçüde hukukten daha az bağlayıcı hâle gelirler.

Bu ilkeyle ilgili iki problem mevcuttur. İlk olarak, kişiler adaletsiz veya kamu yararına aykırı olduğuna inandıkları yasa, anayasa hükmü veya yargı kararlarını da hakikaten hukuk niteliğine sahip olarak *tanırlar* ve onlara bu şekilde

itaat ederler. Kimi zaman böyle davranmalarının nedeni bu kural ve kararları ortaya çıkaran hukuki sürecin adil ve iyi olduğuna inanmalarıdır. Mesela, eğer demokratik *fair play* kurallarını kabul ediyorsanız sonuçlarını da –ister kaybedin ister kazanın, ister iyi olsunlar ister kötü– kabul etmeniz gerektiği ileri sürülür.

Daha yakından incelendiğinde, bu örneğin doğal hukuk ilkesini ret değil kabul ettiği görülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu ilke adil olmayan kurallara ve kararlara dahi içinde buldukları hukuk sisteminin adil ve iyi olduğu ölçüde itaat etmeyi *prima facie*⁸ bir hukuki yükümlülük olarak tanır. Ancak hukuk sisteminin hem kendisi hem de kural ve kararları temelde adaletsiz ve kamu yararına aykırı olarak görülüyorsa ne olur? Doğal hukuk ilkesi böyle bir sistemin ve ürünlerinin bağlayıcı hukuk olma payesini reddeder. Ancak bu çok uç bir durumdur. Yahudiler ile Aryan Almanlar arasında cinsel ilişkiyi ve evliliği yasaklayan Nürnberg Yasaları hem bu yasaların hem de yasaları barındıran sistemin özünde adaletsiz olduğunu düşünen kişiler tarafından dahi hukuken bağlayıcı olarak tanınmaktaydı. Bu hareket cezalandırılma ve ihmal korkusuyla açıklanabilir; ancak diğerleri yasayı onaylamayı ve ona uymayı reddetmenin daha kötü bir sonucu olacağına inanıyordu: Anarşi.

Doğal hukuk kuramına yönelik ikinci itiraz ona ilişkin bilgimize dayanmaktadır. Adalet ve iyiliğin ne olduğunu nereden biliyoruz? Doğal hukuk kuramının klasik tanımları bu soruyu Tanrı'nın amaçlarına atıfta bulunarak cevaplar ki bu amaçlar doğada açıklanmıştır. Bu cevap yeterince tatmin edici değildir; çünkü hepimizin aynı Tanrı'ya inandığını ve Tanrı'nın amaçlarını aynı şekilde algıladığını varsayar. Dahası, modern fiziğin gözünden bakacak olursak, doğanın ilahi amaçları gerçekleştirmek için çabaladığından bahsetmek hiçbir anlam ifade etmemektedir.

⁸ İlk bakışta, ilk anda. *Prima facie* yükümlülükler mutlak değildir; uymamak için geçerli bir sebep gösterildiği takdirde yükümlülük kalkar. (Yay. Haz.)

Aquinas bu zorluğu fark etmiş ve bu nedenle doğal hukukun inanç yerine akıl (inanan ve inanmayanların hepsinin benzer şekilde sahip olabileceği bir kavram) ile bilinebileceğini vurgulamıştı. Doğal hukuk doktrininin seküler versiyonları, örneğin Maritain tarafından tercih edilen tanımını, bu doğrultuda Tanrı'nın amaçlarına değil 'hayır işlemek ve şerden kaçınmak' için evrensel nitelikli 'istidatlar' ve 'eğilimler' bütününe ifade eden insan doğasına dayanır (Aquinas'ın *vicdan (synderesis)*⁹ ilkesinin mealen aktarımı (Sigmund 1988: 36)).

Bu dayanakla ilgili iki zorluk vardır. İlk olarak, karşıt hipotezin ileri sürdüğü üzere insanlar günah işlemeye de eğilimli olabileceğinden, insanların genel olarak belirli şeyleri yapmaya eğilimli olması söz konusu davranışları doğru kılmaz. *Olandan yola çıkarak doğrudan olması gerekeni* çıkarsayamayız. İkinci olarak, bu durum doğru bile olsa vicdan ilkesi eylemi yönlendirmek için yeterince bilgilendirici değildir. İyilik yapmamız ve kötülükten kaçınmamız gerektiğini söylemek, yapmamız gerekeni yapmamız ve yapmamamız gerekeni yapmamamız gerektiğini söylemek gibidir. Aquinas'ın kendisi de bu konudaki rasyonel bilgimizi, "Aynı şeye eşit olan iki şey birbirine de eşittir." ilkesi gibi matematiksel gerçekler hakkındaki bilgimizle kıyaslarlarken yukarıdaki değerlendirmeye katılıyor gibi görünmektedir (Age. 1988: 49). Diğer yandan, kişilerin bilinçsiz bir ahlaki emir olarak değil de insan doğasına ilişkin bir olgunun ifadesi olarak vicdan ilkesinin doğruluğuna karşı çıkabileceği ihtimali ortada insan doğası diye bir şey olmayabileceğini de ortaya atmaktadır. Tek bir gerçeklik yerine, belki toplumlar ve insanların sayısı kadar çok türde insan doğası vardır.

⁹ Kavramı 'vicdan' ile karşılayan ve "İnsanın pratik aklın ilk ilkelerini sezmesini sağlayan entelektüel-moral yetisi, insanın kötülükten kaçınma, doğruyu isteme ve doğru yargılama alışkanlığı" olarak tanımlayan: Funda Günsoy Kaya, *Schmitt ve Strauss'ta "Politik Olan"*, İstanbul 2010, s. 245. (Yay. Haz.)

İnsan yapımı hukukun adaletini ve iyiliğini test etmek için doğal hukukun uygulanmasına ilişkin problem yukarıdaki zorlukları büyütür. Aşıkâr bir biçimde gerçek olan insan doğasına ilişkin her tür genelleme belirli durumlarda tam olarak ne yapmamız gerektiğini söyleyemeyecek kadar muğlak olacaktır. İnsanların başkalarının derdini kendilerine dert edinen bir tür teşkil ettiği ve bu nedenle birbirlerinin dertlerini dert edinmesi gerektiği genellemesi yeterince doğru gibi görünmektedir; ancak bu, belirli durumlarda belirli insanların dertlerini nasıl dert edineceğimizi göstereceğimizi açıklamaz. Aksi şekilde, nasıl davranmamız gerektiğine ilişkin genellemeler de en azından bazı durumlarda tartışmalı olacaktır. Karşılıklı aldatmaya dayalı bir insan toplumu tahayyül edemeyiz; ancak aldatma karşıtı genel bir emir mutlaka istisnalarla karşılaşacaktır.

Bu ikilemin ilk ayağını (doğal hukuk kendiliğinden apaçıktır) incelemek, bizi doğal hukukun hukuk olamayacağı sonucuna götürmektedir; çünkü bu kavram hukukun üstünlüğünün ve dolayısıyla herhangi bir etkin hukuk sisteminin eylemleri yönlendirmesi için gereken açıklık ve netlikten uzaktır. Bu yüzden de Jeremy Bentham ve John Austin gibi hukuki pozitivistler doğal hukuk ve doğal haklar nosyonlarını 'saçmalık' olarak nitelendirmişlerdir (Austin 1995: 185, Bentham 1962). İkilemin ikinci ayağını (doğal hukuk net bir bağlamda kural koyucudur) incelemek de benzer sonuç verir: doğal hukuku takip eden veya ona uyan net buyruklar, her birey başkalarının buyrukları karşısında kendi buyruğunun tarafını tutacağından, 'anarşi'ye neden olur.

Doğal hukuk kuramcıları bu zorluklara kayıtsız değildir. Örneğin Aquinas vicdan ilkesinin belirli uygulamalarının kesinlik derecesinde bilinemeyeceğini kabul eder. Kendisinin de ifade ettiği gibi: “[Pratik aklın] genel ilkelerinde kesinlik olmasına rağmen, mesele daha spesifik hâle geldikçe istisnalarla karşılaşma sıklığı artar herkes için aynı doğruluk ve gerçeklik standartları yoktur, sonuçlar da herkes tarafından eşit derecede bilinmez” (Sigmund 1988: 50).

Bu kendi fikrinin aleyhinde bir itiraf mıdır? Hukuki pozitivistler kesinlikle böyle düşünmektedir; çünkü onlara göre eğer doğal hukuk diye bir şey varsa, bu kavram doğruluk ve haklılık standardının herkes için aynı olması *ve* bu standardın beşerî hukukta bulunan adaletsizlikleri kontrol etme gücü olan kesin bir buyruk formunda olması gerektiği anlamına gelmelidir. Ancak aşağıda bu düşünürlerin argümanlarını inceledikten sonra, kendimizi farklı ve bir ölçüde daha zayıf bir doğal hukuk kuramını kabul etme mecburiyetinde hissedebiliriz: Bu versiyon, hukuk ile ahlak kavramlarının anlamını; kuralcı bir şekilde genel adalet kuralından çıkarsama veya örnekleme yoluyla değil, demokratik *fair play* kurallarına ilişkin yukarıdaki tartışmamıza uyacak şekilde, adalet ve iyilik kavramlarını kendi yol gösterici değerleri içinde kapsayan hukuki bir sürecin çıktıkları şeklinde daha dolaylı yoldan birleştirmektedir.

2. Hukuki Pozitivizm: Hart

Hukuki pozitivistler hukukun, hukuken bağlayıcı olması için adil olması gerektiği fikrini reddeder. Peki, ama neden? Verdikleri cevap hukuk sosyolojisine dayanmaktadır. En basit kabile toplumlarında bildiğimiz anlamda hukuk yoktur. Bu toplumlar pek çok açıdan geniş ailelere benzer. Aile üyelerinin çoğu kendine yeter niteliktedir ve aşağı yukarı aynı işleri görürler. Emile Durkheim'ın ifadesiyle; yatay olarak yerleştirilmiş segmentler gibidirler, en basit şekilde muhtemelen toplumsal cinsiyet rollerine uygun şekilde yapılmış iş bölümü dışında herkes birbirine benzer. Aileler arasındaki ekonomik alışveriş yok denilecek kadar az (hatta belki sıfır) olduğundan, kabiledaki işleri düzenleyen ve bireyleri bir araya getiren unsur temel ahlaki geleneklerdir. İngiliz hukuk filozofu H. L. A. Hart her bireyi benzer şekilde davranmaya mecbur kılan bu kuralları *birincil kurallar* olarak adlandırır (Hart 1991: Bölüm V). Bu topluluklarda çok nadir çatışma çıkar, çıktı-

ğında ise *ad hoc* temellere dayanarak çözülür. Kimi zaman tartışmaya dâhil olan belirli tarafların kendi sorunlarını kendi kendilerine çözmelerine izin verilir; kimi zaman ise taraflar yaşça büyük bilge birinden uzlaştırma talep eder. Kabile tabularının daha ciddi ihlalleri ise kabileden uzaklaştırma ve ardından gönüllü veya gönülsüz sürgün ile sonuçlanabilir.

Genel olarak bu sistemde hukuku kabul görmüş diğer ahlak kurallarından ayıracak hiçbir unsur bulunmaz. Kabile üyelerinin 'kolektif bilinçaltı'nda davranışlarını yönlendirmek için geleneksel alışkanlıklar dışında genel bir kurala ihtiyaç duyulduğuna dair bir farkındalık yoktur. Genele uyum sağlamaya yönelik toplumsal baskı vardır; ancak belirlenmiş yazılı bir davranış kuralı, böyle bir kuralı yorumlamak üzere bir yargıç, değiştirmek için yasama organı ve yürütmek için kolluk kuvveti yoktur (Age., 1991: 84).

Şimdi 17. yüzyılın ortaları İngiltere'sini erken modern toplum örneği ile kıyaslayalım.. Bu toplumda yoğun bir iş bölümü ve mesleki uzmanlaşma vardır; aristokrasi, rahipler, dükkân sahipleri, tüccarlar, çıraklar, serbest çalışanlar, bağımsız çiftçiler, hizmetçiler ve köleler arasında sınıf ayrımı vardır. Yeni kapitalist ekonominin oluşumu sayesinde, başkalarıyla takas ve sözleşme yapmak konusunda büyük bir özgürlük vardır. Aynı zamanda, her piyasa toplumundan bekleneceği üzere bu toplum dinamik yapıya sahiptir. Dahası, bireyselci ve dinî açıdan çoğulcu bir yapısı vardır: Bireyler kendi özgürlüklerinin ve öz değerlerinin bilincindedir ve toplumun tüm üyeleri tarafından desteklenmeyen inançları ve ahlaki bağlılıkları vardır.

Şüphesiz, sözü edilen toplum iyi düzenlenmezse; bu sınıflara ayrılmış, dinamik, çoğulcu toplumda çatışma ve bölünmeler oluşma ihtimali çok yüksektir. Peki, bir kabile hukuku, yani bireyleri belirli standart şekillerde davranmaya mecbur kılan birincil ahlaki kurallardan oluşan basit bir sistem, böyle bir toplumda gereken düzeni sağlayabilir mi? Kesinlikle hayır. Öncelikle, bu toplumda derinlere inen ahlaki ve dinî bölünmeler bulunmaktadır. İnsanların hayatını düzenleme-

ye yarayan birincil kurallar herkes tarafından paylaşılır veya paylaşılmaz; ancak aynı şekilde anlaşılmaz. Dahası, gönüllü riayet ve sosyal baskı kombinasyonu ile desteklenmiş ahlaki gelenek öldürmeyi ve çalmayı yasaklayan ahlaki yasalara evrensel olarak uyulacağını güvence altına almaya yetmez. Son olarak, geçmiş davranış örüntülerine bağlı kalan statik ve esnek olmayan gelenek; yeni kurallar ve yeni davranış biçimlerine duyulan ihtiyacı karşılamaya yetmeyecektir.

Burada sözü edilenler, temelde kapitalizm ve dini-ideolojik çoğulculuk anlayışlarının ortaya çıkmasına eşlik eden, 'modern' Batılı toplumların bildiğimiz anlamındaki yasaları ortaya koymasının nedenleridir. Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse, (Hart'ın düşünce tarzını izleyerek) birincil ahlaki kuralları üç çeşit *ikincil* kural ile desteklememiz gerekir. Yeni zorluklarla başa çıkmak durumunda kaldığımızda kuralları oluşturmak ve değiştirmek için aramızdan bazı insanları yetkilendirecek ikincil kurallara ihtiyaç duyarız (buna yasama kuralı diyelim). Kuralların anlamı ve uygulamasına ilişkin belirsizliklerle başa çıkmak durumunda kaldığımızda kural ihlalleri ve anlaşmazlıklarında karara varmak için aramızdan bazı insanları yetkilendirecek ikincil kurallara ihtiyaç duyarız (buna yargı kuralı diyelim). Son olarak, neyin hukuk sayılacağını –yargıçların kararları, idari yetkililerin düzenleyici işlemleri, kolluk kuvvetlerinin idari eylemleri vb.– kesinkes ifade eden temel ve nihai bir *tanıma kuralına* –mesela anayasa– ihtiyaç duyarız (Age. 1991: Bölüm V).

2.1. Uluslararası Hukuk Gerçekten Hukuk Mudur?

Hart v. Kelsen

Hart'a göre, zayıf veya tutarsız uygulanma veya ulus devletleri bağlamak üzere tam bağımsız bir otoriteye sahip olmama gibi durumlardan ziyade, uluslararası hukukun en büyük zafiyeti bir tanıma kuralının olmamasıdır. Hobbes ve Schmitt'in aksine; Hart'a göre, uluslararası hukukun daha

düşük seviyedeki devletlere baskı yapacak, global tekel sahibi bir dünya hükümeti tarafından desteklenmiyor olması uluslararası hukukun hukuk olmadığı sonucuna varmamıza neden olmaz. (Age., 1991: 212). Aşağıda göreceğimiz üzere, devletlerin yargı yetkisine sahip olduğu topraklarda hukuk olarak tanınan unsurların çoğu tehditlerle desteklenen emirler değildir; buna rağmen, şu an mevcut olduğu şekliyle Birleşmiş Milletler zaman zaman, Amerika tarafından işgalinden önce Irak'a dayatılan yaptırımlarda olduğu gibi, yaptırım gücüyle desteklenen emirler verir. Benzer şekilde, devletten kastımız (Hobbes ve Schmitt'in ifade ettiği üzere) diğer ulusların tüm bağlayıcı anlaşmalarından tam bağımsız veya mutlak egemenlik sahibi varlıklar ise devletlerin egemenliğinin uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılması problematik bir durum oluşturur. Bu, mevcut hiçbir devletin (Nazi Almanya'sı dâhil) açıkça devam ettiremediği bir nosyondur. Bir devletin uluslararası yükümlülüklerinin kendi süregiden rızasına dayanmakla var olabileceğini –böylece yalnızca kendi kendisiyle bağlı olacaktır– iddia etmek bile açıkça anlamsızdır; çünkü böylesi rızaya dayalı yükümlülüklerin devletleri anlık çıkarlarının ötesinde onları yükümlü kılan şeyler olarak görmek mümkün değildir. Her hâlükârda, 1948 yılında kurulan İsrail gibi yeni kurulan ülkeler ile diğer ülkelerden toprak elde eden ülkeler yalnızca kendilerine verebilecekleri herhangi bir 'öz-bağlayıcı' rızadan önce mevcut olan uluslararası yükümlülükler sistemi yoluyla tanınmış bir egemenlik iddiasında bulunurlar (Age.: 221).

Hart'a göre, ulusal ve uluslararası hukuk arasında uluslararası hukukun hukuka benzerliğinin aleyhine *sayılabilecek* fark, uluslararası hukukun evrensel olarak tanınmış bir anayasası veya başka bir bağlayıcı belgesi olmamasıdır. Belki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve diğer tüm uluslararası sözleşmeler bir gün böyle bir tanıma kuralı teşkil edebilir. Hart'ın kendisi de bu yönde gelişmeler olduğunu düşünmektedir. Ancak şu an için

herhangi bir ülke uluslararası kuralların bağlayıcı özelliklerini tanıdıklarında, bu ya söz konusu özelliği uluslararası hukuka ilişkin genel bir gözlem olarak kendi anayasasına yazmayı tercih etmelerinden ya da gönüllü olarak anlaşmalara dâhil olmalarından kaynaklanmaktadır (Age. 226 vd.).

Ancak Hart uluslararası kuralları tek bir sistem altında birleştiren tek bir tanıma kuralı olmadığını söylerken yanılıyor olabilir. Alman hukuki pozitivist Hans Kelsen, bu noktada Hart ile hemfikir değildir. Kelsen, uluslararası hukukun altında yatan tanıma kuralının ('temel norm' veya *Grundnorm*) anlaşmalara riayet etmeye yönelik 'anayasa benzeri' örf olduğunu söyler (Kelsen 1989: 216). Hart, Kelsen'in değindiği noktaya uluslararası hukukun çoğunluğunun gönüllü anlaşmalardan doğmayan ve hatta uygulamayı reddeden ulusları dahi kapsayan normlardan (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi) oluştuğunu belirterek cevap verir. Kelsen bu itirazı uluslararası hukukun ardında yatan temel normu daha geniş kapsamlı olacak şekilde yeniden tanımlayarak savuşturur: "Devletin devlete uygulayacağı cebir, yalnızca devletlerin fiili davranışlarıyla oluşturulan örf ve âdete uygun şart ve tarzda icra edilmelidir" (Age.). Ancak Hart bu formülasyonun devletlerin üstlendikleri her türlü yükümlülüğe uyması gerektiğini söyleyen içi boş bir kuraldan daha fazlasına karşılık gelip gelmediğini merak etmektedir (Hart 1991: 230).

Elbette Hart'ın cevabı hukuk sistemlerini oluşturan temel normların kendilerinin de pozitif kanunlar –yazılı anayasalar veya resmi deklarasyonlar– olduğunu varsaymaktadır, bu kanunların bağlayıcı gücü de esasında kişiler tarafından tanınmalarına dayanmaktadır. Kelsen'e göre bu temel normlar hakkında düşünmenin yanlış bir yoldur. Ulaştığı sonuca göre; mekân, zaman ve nedenselliğin, büyük Alman filozofu Immanuel Kant'ı takiben, geçerli nesnel deneyimin varlık imkânının zeminini teşkil eden 'transandantal–mantıksal' ön varsayımlar olması gibi, temel normlar da geçerli hukuk normlarının varlık imkânının zemini teşkil eden 'transandantal–mantıksal'

ön varsayımlardır. Tıpkı mekân, zaman ve nedenselliğin madde nesnelere olmaması gibi, temel normlar da yasa değildirler. Anayasaların, yalnızca ama yalnızca, kendilerine uygulanacağı insanlar tarafından hazırlanıp onaylandığı takdirde bağlayıcı olacağını söyleyen temel normun bizzat kendisi anayasa olamaz; aksi takdirde ona uyma ödevimizi geçerli kılmak için başka bir temel norma ihtiyaç duyulurdu, bu da böyle sonsuz kadar giderdi (Kelsen 1989: 202.ff).

Kelsen'in transandantal argümanını Üçüncü Bölüm'de daha ayrıntılı inceleyeceğiz. Şimdilik yalnızca Hart'ın bu argümanı inandırıcı bulmadığını söylemek yeterli olacaktır. Kelsen uluslararası kuralların, ulusların kanunları kadar kanun-benzeri olduğuna çoktan karar vermiş durumdadır ve bu nedenle her bir geçerli uluslararası anlaşmayı dayandıracak tek bir tanıma kuralı olması gerektiği sonucuna varır. Dahası, bu kuralın ampirik değil transandantal olması gerektiğini savunur. Hart bunu reddeder. Kelsen'in görüşü hatalı bir şekilde bir anayasanın –Hart'ın tanıma kuralının numunesi– başka bir kural veya anayasa tarafından geçerli kılınmadığı müddetçe meşru olarak tanınamayacağını varsayar. Sonsuz geriye gidiş problemine neden olacak olan bu durum yalnızca transandantal-mantıksal bir kurala dayanarak durdurulabilir. Hart bu problemi bir anayasanın başka bir kuralın kendisini geçerli kılmasına ihtiyaç duyduğunu reddederek çözer. Bir anayasanın fiili pratikte hukuk olarak tanınmış olması söz konusu onu geçerli kılmaya yeter (Hart 1991: 245 dn.1). Ancak uluslararası hukukun bir anayasası yoktur. İki ve çok taraflı anlaşmalar ile çeşitli derecelerde bağlayıcı olarak tanınmış önceden var olan geleneklerden oluşsa da bütün bunların nasıl aynı şekilde değiştirileceğini, uygulanacağını ve yürütüleceğini belirten tek bir prosedür yoktur. Bu nedenle uluslararası hukuk tam anlamıyla bir hukuk olamaz.

Uluslararası hukuka ilişkin tartışmayı sonlandırmak için Hart'ın değinmediği, uluslararası hukukun tam anlamıyla hukuk olmadığı anlayışının ötesine geçen başka bir düşün-

ceye göz atalım. Bu düşünce temel insan haklarını ihdas eden *kozmpolit* bir hukuku yasalaştıran, yorumlayan ve yürüten küresel bir anayasal devleti oluşturmanın zorluğu üzerinde durmaktadır.

Son zamanlarda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde merkezlenmiş küresel insan hakları rejimi benzeri bir oluşuma şahit olmaktayız. Karar sürecini (Birleşik Devletler gibi) güçlü uluslara veya (NATO gibi) ittifaklara bırakmaktansa, insan haklarını uygulama yetkisini BM'ye vermek konusunda pek çok tartışma vardır. İnsan hakları listesi ile bu hakların yorumu konusunda fikir birliği oluşmasından bahisle, bazı filozoflar daha ileri gidip bu hakların içeriğinin BM tarafından yasalaştırılması önerisinde bulundu. Başka bir deyişle bugün şahit olduğumuz şey, değişken ve bir dereceye kadar güvenilir çok taraflı anlaşmalara dayanan uluslararası hukuktan farklı olarak, Kant'ın kozmpolit hukuk dediği olgudur (Reiss 1991: 98-105).

Ancak bu kavramla ilişkilendirilen iki problem vardır. Hukukun üstünlüğünün tam olarak gerçekleşmiş hukukun ayrılmaz bir parçası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kozmpolit hukukun adil bir uyarı sağlamak için belirli kaideler ile tanımlanması gerekecektir. Ancak temel insan hakları listesine ve bu hakların yorumlanmasına ilişkin hâlâ ciddi ölçüde anlaşmazlık bulunmaktadır. Birleşik Devletler medeni ve siyasi hakları tanıırken, Bangkok Deklarasyonu imzacıları sosyal, ekonomik ve kültürel hakların üstünlüğünü kabul etmektedir. İnsan hakları konusuna ilişkin oluşmakta olan fikir birliğinden sonra dahi, farklı halklar insan haklarının anlamını ve kapsamını kendi özgün durumlarına uydurmak için esneklikler isteyecektir. Bu çokkültürlü esneklik ihtiyacı kanuna uygun olarak tanımlanmış kozmpolit hukuk için gerekli ön koşullarla çatışmaktadır.

İkinci olarak, anayasal olarak tanınmış insan hakları rejimi yüksek yasama gücünü bir çeşit küresel yasama organına vermek mecburiyetinde olacaktır. Bu gücün tam anlamıyla

meşru olabilmesi için, demokratik olması gerekir. BM Genel Kurulu'nun böyle demokratik bir meclis ile değiştirilmesi veya desteklenmesi tasavvur edilemez bir durum olmasa da böyle bir meclisin nasıl oluşturulacağını hayal etmek oldukça zordur. Pek çok eleştirmen, üyeleri çoğu seçimle belirlenmeyen devlet başkanları tarafından atanan BM Genel Kurulu'nun mevcut kompozisyonundaki demokrasi açığına dikkat çekmektedir. Bir şekilde her ulusun halkının (ve muhtemelen 'vatsansız' mülteciler, kadınlar, yerli halklar gibi her bir majör çıkar grubunun) popülasyonu az gruplara da koruma sağlayacak bir biçimde doğrudan BM yasama meclisi seçtiğini tahayyül etmemiz gerekiyor. Dahası, Jürgen Habermas'ın da belirttiği üzere, demokrasinin ulusal ve muhtemelen bölgesel düzeyde (Avrupa Parlamentosu'nda olduğu gibi) bu kadar iyi işlemini sağlayan şey –benzersiz bir topluluk oluşturan bireyler arasındaki aidiyet ve bütünlük hissi– küresel düzeyde mevcut değildir (Habermas 2001a: 55, 107-8). Bu nedenle insan haklarına ve diğer uluslararası sözleşmelere riayeti anayasalarına ve hukuk geleneklerine dâhil eden tekil demokrasileri ve Avrupa Birliği gibi uluslarüstü federasyonları tahayyül etmek, bölgesel self-determinasyonu azaltacak şekilde çokkültürlü vatandaşlara tek tip kanunlar dayatan küresel demokratik bir devlet hayal etmekten daha kolay (ve muhtemelen daha az tehlikeli) olacaktır.

2.2. İkincil ve Birincil Kurallar

Hart'ın birincil kuralları desteklemek ve onlara eklemek için ikincil kurallara ihtiyaç duyduğumuz iddiasını hatırlayalım. Hart'a göre ikincil kurallar bizim birincil davranışlarımızı bağlamaz, yalnızca bu davranışlar arasından hukuken olanak tanınan bazı kurallar seçer. Elbette, "Öldürme!" gibi, hukuk için seçilmiş birincil kurallardan bazıları da ahlaki olarak bağlayıcı olacaktır; ancak diğerleri değildir. Bunun

yerine ya ihtiyati şekilde (“Trafik kurallarına uy!”) ya da araçsal şekilde (“Evlenmek istiyorsanız evlilik sertifikanızı bir yargıca imzalatın.”) kuralları bağlayıcıdır. Hart’a göre, birincil kurala verilen hukuki tanımın söz konusu kuralın bağlayıcı karakterinin *kaynağı* ile ilgisi yoktur –ahlak, ihtiyat, araçsal etkililik– yalnızca ikincil şekilde hukuk olarak seçilmesiyle ilgisi vardır.

Özetle Hart, hukuku, düzen, dayanışma ve ahlaki kurallar, geleneksel uzlaşmalar veya anbean üstlenilen araçsal hesaplamalarla tatmin edici şekilde çözülemeyen ihtilafların giderilmesi gibi problemleri çözmek için etkili bir araç olarak sosyal işlevi bağlamında tanımlar. Ahlak sorununun bir parçası olduğundan, çözümün *gerekli* bir parçası olamaz. Elbette ki öldürme ve çalmaya karşı en yaygın şekilde kabul edilen ahlaki kurallar ceza hukukunun temel *kaynağı* olacaktır; ancak bunların ahlaki temeli olduğu kadar kişisel çıkarı dayalı temeli de vardır. Bu nedenle hukuku tanımlayan ikincil kuralların adalete veya toplumsal iyiliğe odaklanması gerekmez, hatta kimi yaygın ahlak standartlarına göre yargılandığında adaletsiz bile olabilirler (aile üyelerinden birinin işlediği cezalar için tüm ailelerin cezalandırılmasında kullanılan eski kanunlar gibi). Birçok pozitivist, ahlaki hukuk eleştirisini memnuniyetle kabul eder; kabul etmedikleri ise hukukun hukuk *olarak* kabul edilmesi için adil olması gerektiği fikridir.

2.3. *Buyruk v. Kurala Dayalı Pozitivizm: Hart v. Hobbes ve Austin*

Hukuki pozitivizmin ilk savunucularından bazıları hukuka ilişkin bir *buyruk* kuramını izlemişlerdir. Hobbes’un *Leviathan*’da belirttiği düşüncesine göre: “Yasa ise tam anlamıyla başkaları üzerinde buyurma yetkisine meşru olarak

sahip olan kişinin sözüdür”¹⁰ (1994: XV.41). İlk bakışta bu fikir, Roma ve Orta Çağ’da doğal hukukun arkasında yatan en üst otoritenin Tanrının emri olduğunu ileri süren doğal hukuk fikrinden ayırt edilemeyecek nitelikte görünmektedir. Ancak Hobbes, doğal hukukun temel öğretisini (İyilik yap, kötülükten kaçın!) kendisinden önce gelen doğal hukuk kuramcılarında çok farklı bir insan doğası ve kendini koruma kavramı bağlamında yorumlar. Hobbes’a göre insanlar, kendi ilginç isteklerini tatmin etmek ve diğerleri üzerinde daha çok güç sahibi olmak için doyurulamaz arzuları tarafından güdülenen karmaşık makinelerdir. Hobbes’un kendi cümleleriyle ifade edecek olursak: “İyi ve kötü, insanların değişik huyları, âdetleri ve düşüncelerinde farklı olan eğilimlerimizi ve kaçındığımız şeyleri ifade eden sıfatlardır”¹¹ (Age.: XV.40).

Hobbes’un yorumunda, doğanın kanunu herkese kendi kişisel iyiliğini sağlamak için ne yapması gerekiyorsa onu yapmasını emreder; bu da başkalarının kendi iyiliği için gerekli olduğunu düşündüğü şeylerle çatışabilir. Bunun sonucunda kendi eğilimlerine bırakılan insanlar, doğanın kanununu farklı yorumlayacak ‘herkesin herkese karşı savaşı’na neden olmaktan kaçınamayacaktır. Neyse ki doğamız bizi en azından bir ‘iyi’ üzerinde hemfikir olacak şekilde kısıtlar: Barışçıl şekilde birlikte yaşama. Ancak doğanın kanununu kendini koruma dürtüsünü diğerlerinin korunmasının üzerinde tutacak şekilde yorumlama eğilimimiz göz önünde bulundurulduğunda, barıştan yana olmaya ilişkin doğal eğilimimizi ortak şekilde tatmin etmemizin mümkün olması için yalnızca doğanın kanununu yorumlaması ve yürütmesi için hakkımızı tek bir egemen kuruma devretme konusunda anlaşabilmemiz gerekmektedir (Hart’in dilinden açıklaya-

¹⁰ Türkçe metin: Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, İstanbul 2011, s. 125. (Yay. Haz.)

¹¹ Age., s. 124. (Yay. Haz.)

çak olursak, öncelikle kanunu belirlenmiş ‘egemen’ emirler olarak tanımlayan ikincil kuralı kabul etmeliyiz).

Doğanın kanununu yorumlama hakkımızı bir ‘egemen’e devrederek bu kişinin bize Tanrı’nın ahlaki emirlerinin ne anlama geldiğini etkin bir şekilde anlatma izni veririz, böylece ahlaki doğru ve yanlışlar özünde ‘egemen’in ifade ettiği kadarına indirgenmiş olur. Tam anlamıyla mutlak olabilmek için ‘egemen’in tek bir kişi (monark) veya kanun yapma, yorumlama ve uygulamaya ilişkin mutlak gücü elinde tutan kişilerden oluşan bütünleşik bir organ olması gerekir. Schmitt’in (Hobbes’a çok şey borçlu olduğu) düşünce yapısını hatırlayacak olursak, eğer hukukun anlamının ve yürütülmesinin kesin bir şekilde bilinmesi ve uygulanması gerekiyorsa ‘egemen’in kesinlikle üniter ve hukukun üstünde olması gerekmektedir; aksi takdirde anarşi ortaya çıkar. Hobbes bütün bunları şu vecizeyle özetlemektedir: “Genel bir gücün olmadığı yerde, yasa yoktur; yasa olmayan yerde de, adaletsizlik yoktur¹²” (Age.: XIII.13).

Daha önce de gördüğümüz üzere, Hobbes’un ‘egemen’in kendisinin hukuktan üstün olması gerektiğini savunan görüşü hukuki gücün keyfî olarak uygulanmasını sınırlandıran bir kavram olan hukukun üstünlüğü ilkesine ters düşer. Başka bir hukuki pozitivist olan John Austin (1790-1859) bu noktada Hobbes ile aynı fikirde değildir. Ona göre, çeşitli güç kollarından oluşan veya birden fazla kişiyi içerisinde barındıran egemen bir kolun gücünü başka bir kolu kullanarak veya bir partinin gücünü başka bir partiyi kullanarak sınırlandırılabilir (Austin 1995: Lecture VI). Austin’in bakış açısı başka bağlamlarda da Hobbes’tan ayrılmaktadır. Austin ahlaki doğru veya yanlış ‘egemen’in hukuki ve hukuka aykırı olarak belirlediği şeye indirgemez. Başka bir deyişle ‘güç haklı kılar’ fikrini desteklemez. Ancak hukuki yüküm-

¹² Age., s. 103. (Yay. Haz.)

lülüğün bağlayıcı doğası ile ahlaki yükümlülüğün bağlayıcı doğasını birbirinden ayıran noktanın ceza ile tehdit etme gücü olduğu konusunda Hobbes ile hemfikirdir. Kendi ifadesiyle: “Sizin ifade ettiğiniz bir isteği yerine getirmediğim takdirde bir kötülüğe uğrayacak olmam nedeniyle emriniz beni bağlar veya zorunlu kılar veya bu emre itaat etme ödevi altına girerim¹³” (Austin 1995, Lecture I).

Austin ve Hart bu noktada birbirinden ayrılmaktadır. Hart kimi kanunların yaptırımlarla desteklenen emirler şeklinde anlaşılamayacağını ileri sürer. Öncelikle birçok kanun yasaklanmış eylemleri gerçekleştirmeyi cezalandırmakla tehdit eden ceza kanunu hâline gelmez. Bazı kanunlar özel kişilere sözleşme yapma, hukuk davaları açma yetkisi verir; bazıları belirli kişilere kanun yapma, uygulama ve yürütme yetkisi verir. Yine de bazı diğer kanunlar (trafik kuralları gibi) eylemlerimizi kazara birbirimize zarar vermeyeceğimiz şekilde düzenlememize yardımcı olur. Tüm bu örneklerde hukuka uymanın ceza korkusu dışında –ahlaki, ihtiyati veya kişisel– daha ikna edici nedenleri vardır (Hart 1991: Bölüm III).

Bu da bizi Hart’ın buyruk kuramına ikinci itirazına götürür: Kanunlar emirden ziyade genel kurallara benzer. Birincil kurallar –ister ahlaki ister hukuki olsun– kanunu ihlal eden veya kanundan sapanların davranışlarını *eleştirerek belli bir gerekçe doğrultusunda* bizi uyum sağlayabileceğimiz belirli şekillerde davranmaya mecbur kılar. Austin’e göre ise insanların hukuken kanunlara uyma mecburiyeti hissetmesinin tek sebebi kötü sonuçlardan korkmalarıdır. Bu bağlamda, kanunlara uymalarının sebebi kendisini vuraçağından korktuğu için tüm parasını silahlı bir adama veren kişinin gerekçesinden farklı değildir (Age.: Bölüm IV).

Ancak Hart birçok insanın kanunlara eleştirmeden, yalnızca cezalandırılma korkusuyla alışkanlıktan uyduğunu gözden kaçırmıyor mu? Eğer durum böyleyse, Austin’in

¹³ Türkçe metin: John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, İstanbul 2015, s. 38. (Yay. Haz.)

kanunu bizi baskı altına alma kapasitesi üzerinden tanımlamasına katılmamız gerekmez mi? Hart çoğu insanın kanunlara eleştirel olmayan bir biçimde bağlandığı ihtimaline karşı çıkmaz. İnsanlar acılı sonuçları engellemek için olmadığı müddetçe, kanunlara sebebini sorgulamadan alışkanlık gereği uyarlar. Ancak Hart'a göre hukuku güç tarafından desteklenen buyruktan ayıran şey, ortalama bir vatandaşın değil; avukat, yargıç ve devlet görevlilerinin kanuna eleştirel biçimde bağlanmasıdır (Age.: 113).

Bu cevap, Austin'in duruşuna karşı çıkmaktan ziyade onu destekler nitelikte görünmektedir. Hart'ın Austin'e itirazındaki çıkış noktası –yalnızca güç tarafından desteklenen tehditler yükümlülük oluşturmaz– şimdi temel olarak yetkililer ve hukukçulardan oluşan seçilmiş bir gruba uygulanacak şekilde sınırlandırılmıştır. Ancak bu durumda devletler; gerçekten de kendi tehditlerinin tehdit ettikleri kişilere değil, kendilerine karşı haklı çıkaran silahlı adamlar olacaklardır. Bu nedenle Hart *sağlıklı* bir toplumda *çoğu* vatandaşın hukuka karşı hukukun anayasada rasyonel bir temeli olduğunu düşünen 'içsel' bir tutum edineceğini dile getirir.

3. Ahlak ve Hukukun Üstünlüğü: Finnis, Raz ve Fuller

Doğal hukuk eleştirmenleri hukuki pozitivistlerin hukukun zorlanmak ile hukukun yükümlü olmak arasındaki farkı açıklayamadığını ileri sürerler. Onlara göre, kişiler yalnızca ahlaki en doğru şeyin o olduğunu düşündükleri zaman kendilerini bir şey yapmaya hukukun yükümlü hissederek. Ancak bu eleştiri ile ilgili bir problem vardır. Daha önce belirtildiği üzere, bütün hukuki yükümlülüklerin tek bir evrensel ahlak standardından doğduğunu, hele de bu standardın ne olduğunun belirlenmesine ilişkin tartışmalar düşünüldüğünde, iddia etmek çok zordur. Bunun yerine, eğer pozitivism eleştirisi haklıysa, bunun nedeni hukukun yükümlü olmanın

ahlak anlayışına daha az doğrudan bir şekilde bağlı olmasıdır. John Finnis'in belirttiği üzere: "Doğal hukuk kuramının asli meselesi 'adil olmayan kanunlar kanun değildir' iddiası yerine, Hukukun Üstünlüğünün sınırlarının ilkelerini belirlemek" olmalıdır" (Finnis 1980: XII.1).

Finnis'in yorumuna göre, doğal hukuk kuramının en önemli unsuru 'hukukun üstünlüğünün sınırları'dır. Bu terim ilk olarak belirli kamusal refah konularına yönelmiş yasalara dayanan kamu hukukunun içkin taraflılığının karşısında, mülkiyet ve sözleşme ile ilgili olan özel hukukun içkin rasyonalitesi ve tarafsızlığına işaret etmek için on dokuzuncu yüzyıl Oxford hukuk profesörü A. V. Dicey tarafından ortaya atılmıştır. Onun ardından, F. A. von Hayek gibi bazı çağdaş liberteryenler ekonomiyi etkileyen herhangi bir devlet düzenlemesinin veya özel servetin bireyler arasında yeniden dağılımını sağlayan her tür sosyal programın özel hukuku 'politize' ettiğini ve bu nedenle hukukun üstünlüğünü ihlal ettiğini ileri sürer. Hayek'e göre, kamunun özel alana müdahalesi, kayda değer oranda demokratik bir çoğunluk tarafından gerçekleştirilse dahi, hukukun üstünlüğünün sunması gereken değeri, yani bireylerin özel hukuk ve sabit piyasa kuralları uyarınca kendi yaşamlarını rasyonel şekilde planlama özgürlüğünü baltalamaktadır (Hayek 1960: 153-4, 227-8).

Daha önce belirtildiği üzere, hukukun üstünlüğünün devlet görevlilerine getirdiği kısıtlamalar hukuki gücün keyfi kullanımını sınırlandırmaktadır. Finnis ve diğer doğal hukuk kuramcıları da hukukun üstünlüğünün rasyonel bireylere görece sabit bir hukuk sistemi içerisinde kendi yaşamlarını özgürce planlama hakkı sağlamak açısından gerekli olduğunu savunan Dicey ve Hayek ile hemfikirdirler. Ancak Dicey ve Hayek'in aksine, hukukun üstünlüğünün amacı yalnızca bireysel özgürlüğü hükümet gücünün keyfi kullanımından korumak değil; aynı zamanda adaleti ve kamu refahını desteklemek olduğundan, doğal hukuk kuramcıları hukukun üstünlüğünü sağlamak için kamu hukuku ile özel hukukun birbirinden kati surette ayrılmasına gerek olmadığını ileri sürerler.

Örneğin Finnis, hukukun üstünlüğünün devletin sahip olduğu gücü çeşitli biçimlerde keyfi kullanmasını önlemek için tasarlandığını ileri sürer. Bu keyfi kullanımlar arasında (a) kanunları genelin çıkarına (kamu yararına) karşıt şekilde yalnızca bazılarının çıkarlarını korumak için kullanacak şekilde yapmak, uygulamak ve yürütmek; (b) hukuken kanun yapma, uygulama ve yürütme yetkisi verilmiş birinin meşru hakkını gasp etme; (c) adil uyarı sağlayan biçimsel gereklilikleri ihlal eden yasalar yapmak ve gizli veya geriye dönük yasalar ile bireyleri “öz-yönlendirme onurundan” mahrum etme ve (d) ciddi ölçüde adil olmayan, mesela farklı sınıflardan bireylere makul olmayan izinler veren veya farklı sınıflara mensup bireylere eşit olmayan uygulamalar gerektiren veya tüm bireylerin temel bir hakkını makul olmayan şekillerde yok sayan yasalar koymak sayılabilir (Finnis 1980: XII.2).

Açıkça görülmektedir ki kanun yapma, uygulama ve yürütmeye ilişkin bu kısıtlamalar Hart’ın hukuki yükümlülük anlayışı ile Austin’in keyfi hukuki zorlama anlayışını birbirinden ayırabilir. Bu durumda hukuki pozitivizm dolaylı olarak asgari bir ahlaka işaret eder. Joseph Raz da bu konuda hemfikirdir. Raz’a göre, adil olmayan bir hukuk sistemi bile (b) ve (c)’ye giren ahlaki keyfiyet biçimlerini hariç tutmalıdır. Daha iyi anlatmak gerekirse, kanunlar:

1. İleriye yönelik olmalı
2. Görece durağan olmalı
3. Açık ikincil kurallara uygun olmalı
4. Bağımsız yargı tarafından uygulanmalı
5. Aleni ve adil yargılama eliyle uygulanmalı
6. Yüksek mahkeme denetimine tabi olmalı
7. Yargılamada aşırı gecikmeler olmaksızın vaktinde uygulanmalı
8. Suç önleme kurumlarının keyfi takdirinden arındırılmış olmalı.

Raz bir adım ileri giderek bu araçsal hukukun üstünlüğü görüşünün adalet veya kamu yararı oluşturma amacı gütmeyen kanunlar veya hukuk sistemleriyle –örneğin köleliğe ve ırk ayrımcılığına müsaade eden veya kimi tüzel kişileri temel özgürlüklerinden mahrum bırakan hukuk sistemleriyle– uyumlu olduğunu ileri sürer (Raz 1979: 210-29).

Ancak doğal hukuk kuramcıları hukukun üstünlüğünün Raz'ın iddia ettiği kadar ahlaken nötr olup olamayacağını sorgulayabilirler. Raz'a göre hukukun üstünlüğünü benimseyen kanunlar ve hukuk sistemleri bireylerin rasyonel seçiciler olarak özgürlüklerine ve onurlarına saygı duydukları müddetçe ahlaken kötü veya adil olmayan amaçlar güdebilirler. Ancak (Lon Fuller'ın tabiriyle) bu 'iç ahlak' asgari düzeyde adalet ve iyilik barındırır. Formel adalet ilkesini, herkese rasyonel olarak yasalara uyma kapasiteleri eşit düzeyde olan ve yasa tabi olma dereceleri eşit bireyler gibi davranarak yerine getirmektedir. Kanunun alakadar ettiği herkese hayatını uygun şekilde planlama imkânı sunmak için, efendilere olduğu kadar kölelere de kanunun ne olduğu söylenmelidir. Hukuk her bireyi temel hakları olan özgür, rasyonel özneler olarak ele almak suretiyle maddi adalet ilkesini karşılamaktadır. Son olarak, hukukun üstünlüğü bireylerin kendi refahlarını –ve toplumun refahını– sürdürmelerini sağlamak için istikrarlı bir çerçeve oluşturarak kamu yararını gözetmiş olur.

Doğal hukuk kuramcılarının ileri sürdüğü ve Raz'ın da hemfikir olduğu üzere, hukukun üstünlüğünün ahlaken asgari düzeydeki bu yorumu hukuki yükümlülüğe temel oluşturmaya yeterli değildir. Fuller'ın deyimiyle, bu durum yalnızca *prima facie* yükümlülük oluşturur veya yükümlülük yalnızca diğer şartlar karşılandığı müddetçe varlığını sürdürür (Fuller 1969). Bu şartlar nelerdir? Bir hukuk sisteminin adil olmayan veya kötü bir yasa çıkardığını düşünelim. Finnis'e göre söz konusu hukuk sistemine karşı çıkmamız için yalnızca bu durum yeterli değildir. Kanuna uymaya yönelik *prima facie* yükümlülüğümüz bütün hukuk sisteminin hukukun üstünlüğü-

nü kendi bünyesinde taşıma derecesiyle *orantılıdır*. Hukukun üstünlüğünü kendi bünyesinde taşıma ise yukarıda belirtilen dört faktörün *görece* karşılanmasına dayanır. Ancak Raz'ın hukukun üstünlüğü anlayışına zıt şekilde, bu koşulların ikisi (a ve d) bariz bir şekilde Fuller'ın anladığı anlamda 'hukukun iç ahlakı'nın ötesine geçen ahlaki koşullara, kanun yapımcıların ahlaki niyetlerine ve kanunun kendisinin maddi adaletine ve iyiliğine atıfta bulunmaktadır. Finnis'e göre hukuka uymaya ilişkin *prima facie* yükümlülüğümüz kanunun kölelik veya ırk ayrımcılığı gibi ciddi bir adaletsizlik veya zararı uygulamaya koyduğu ya da altında yatan niyetin kamu yararına hiçbir etkisi olmaksızın belirli bir sınıfa ait bireylere ait taraflı çıkarları gözettiği durumlarda (örneğin getirisi yüksek kamu binası inşaatı anlaşmalarını seçilmiş yetkililerin kampanya fonlarına destek olan şirketlere rekabet şansı tanımadan bahşetmek gibi) ortadan kalkabilir.

3.1. Hegel'in Hukuk ve Ahlak Sentezi

Eğer Finnis haklıysa, hukuki yükümlülüğü açıklama konusunda yalnızca hukukun üstünlüğünün 'iç ahlak' değil, hukukun kendisinin maddi adaleti ve iyiliği de tartışma konusudur. Bu kurama göre, belli bir kanunun adaleti ve iyiliği, parçası olduğu bütün bir hukuk sisteminin adaleti ve iyiliğinden bağımsız olarak sahip olduğu özellikler değildir; ayrıca bu sistemin adaleti ve iyiliği de parçası olduğu geniş toplumun adaleti ve iyiliğinden bağımsız olarak sahip olduğu özellikler değildir.

Belirli kanunların ve bu kanunların 'ahlak' organizması içinde nasıl karşılıklı olarak birbirlerini sürdürdüğü ve tanımladığına dair bu bütüncül bakış açısı on dokuzuncu yüzyıl Alman Filozofu Georg Wilhelm Friedrich Hegel'in (1770-1831) diyalektik doğal hukuk kuramında açıklanmıştır. Hegel hem pozitivist hem idealist hukuk kuramla-

rını, hukukun bir parçası olduğu yaşayan tarihî bütünlüğü göz ardı etmekle suçlar. Pozitivizm hukuku, özgürlüklerine değer veren ahlaki öznelerin içsel manevi yaşantılarından bağımsız olarak, yalnızca bir amaç, cebrî bir kurum olarak değerlendirir. İdealizm ise tam zıt yönde hataya düşer; hukuku objektif kurumsal gerçekliklerden bağımsız olarak yalnızca mantık felsefesi ve özgürlük felsefesi olarak ele alır.

Bu idealizm Hegel'in, selefi Immanuel Kant'ın hukuk kuramında tespit ettiği temel kusurdur. Kant tüm kanunların tek bir hukuki adalet ilkesiyle meşrulaştırılabileceğini savunmaktaydı: "Dışsal eylemlerin iradenizin evrensel bir yasayla uyumlu olarak herkesin özgürlüğüyle aynı anda var olabilecek şekilde özgürce tatbiki olsun" (Reiss: 133). Karşılığında, bu ilkenin rasyonel kesinlikle bilinebilecek tek bir ahlaki buyruk –davranışlarımızın 'maksiminin' tutarlı bir şekilde istenen evrensel hukuk olmasını emreden Koşulsuz Buyruk (Kategorik İmperatif)– ile meşrulaştırılabilmesi gerekiyordu. Hegel'e göre, hem 'Koşulsuz Buyruk' hem de hukukun en üst ilkesi somut hukuki haklarımızın spesifik doğasını ve kapsamını belirlemeye yetmeyecek denli soyut ve belirsizdir. Kant bu evrensel ilkelerin bizi istisnasız yükümlü kıldığını ileri sürer; gerçekten de bu ilkeler hukukun özünü mantıksal tutarlılığın tekleştirilmiş bir formuna indirger: İnsanlara ve durumlara aynı şekilde davranmak.

Hegel'in belirttiği üzere, hukuk bu şekilde indirgenemez. "Saf birlik, [Kant'ın] pratik akıl [nosyonunun] özünü oluşturduğundan, kanunların çoğulluğunun bile mümkün olmadığı bir ahlak sisteminden bahsetmenin anlamı olmayacaktır" (Hegel 1975: 75). Kanunlar istisnai durumlara duyarlı olmalı ve sağduyulu biçimde uygulanmalıdır. Dahası, kanunlar özgürlük ve eşit muameleyi güvenceye almanın ötesinde pek çok işleve sahip olabilir. Örneğin bazıları doğrudan özgürlük ve herkese eşit davranmayı güvence altına almayı amaçlamadan da sosyal refahı maksimize etmeyi amaçlayabilir.

Doğal hukuka ilişkin son derece formel bu bakış açısı bu nedenle 'hukukun çoğulluğu'nu göz ardı eder. Ancak Hegel bir doğal hukuk kuramcısı olarak rasyonel birliğin bu çoğulluğun altını çizmesi gerektiği konusunda Kant'la hemfikirdir. Ancak onun tasarladığı birlik formel olmaktan ziyade diyalektiktir: Farklılaşmış hukuki işlevleri birbirine indirgeyici olmayan bir bakış açısıyla tamamlar şekilde görür. Ahlak ile hukukilik arasındaki ilişkiyi de bu açıdan ele alır. Hegel'in getirdiği en önemli yenilik ahlak ile hukukiliğin günlük pratikler düzeyinde gerçekten kavramsal olarak birbirine bağlı; ancak soyut kuram düzeyinde analitik açıdan farklı olduklarını göstermiş olmasıdır. Soyut olarak düşünüldüğünde, ahlak kendi irademizle yüklendiğimiz ödevleri belirler, hukuk ise genellikle isteğimiz dışında bize yüklenen hak ve ödevleri belirler. Dolayısıyla ahlak ile hukukilik birbirine ters düşebilir. Ancak, pratik açıdan düşünüldüğünde, kişilerin hukuki çerçeve dışında ahlaki özgürlüklerini ifa ettiğini tahayyül edemeyiz. Hukuk, özgürlüğümüzü başkalarının özgürlüğünü ihlal etmeyecek şekilde sınırlandırarak; özgür ahlaki tercihi mümkün kılan genel bir özgür eylem ortamı oluşturabilmektedir. Böylece bizim 'sübjektif' ahlaki tercihlerimiz objektif kanunlar tarafından 'belirlenmiş' ve 'somut şekilde gerçekleştirilmiş' olur. Hegel bu durumu şöyle ifade etmektedir:

Soyut İyilik'in yerini alan ahlakın objektif muhtevası, ... sübjektiflik tarafından somut hâle getirilmiş cevherdir ... objektif ahlaki realite, sabit, kendisi-için zorunlu ve sübjektif kanunun ve kaprisin üstüne yükselen bir muhteva kazanır. Bu ayrımlar, kendiliğinde ve kendisi-için mevcut ve geçerli kanunlar ve kurumlardır. (Hegel 1991: 144)¹⁴

¹⁴ Türkçe metin: G.W.F. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, İstanbul 2004, s. 138. (Yay. Haz.)

Bu durumun tersi de doğrudur: hukuk ahlaka dayanmaktadır. Hukukun ahlaki değerinin özgürce tanınmasından koparılmış hukuki yükümlülük keyfî güçten ayırt edilemez hâle gelir, bu durum hukukun üstünlüğünün tam karşıtıdır.

Hegel'e göre ahlak ve hukuk birbirini tamamlar, bu nedenle ikisi de bir diğeri olmadan tam olarak anlaşılabilir. Hegel'e göre bu karşılıklı kavramsal bağlılık hukuku (soyut anlamda ele alındığında) aile, sivil toplum, devlet ve toplumu oluşturan diğer tüm soyut insan ilişkisi kategorilerine bağlar. Metodolojik olarak konuşmak gerekirse bu durum soyut olarak ele aldığımız herhangi bir kategoriye, örneğin hukuka ilişkin fikrimizin diğer tüm kategorilere olan gerekli kavramsal bağlarını anlayana kadar eksik kalacağı anlamına gelmektedir. Yaşayan bir toplumun bütünü parçalarının her birinde saklıdır.

Normal şartlarda birbirine 'karşıt' kategoriler olarak ele alınan unsurlar arasındaki kavramsal bağlantının 'diyalektik' olarak anlaşılması fikrini kabul edersek, ilk başta birbirine karşıt kategoriler gibi görünen kavramların; bir parçası olarak ait oldukları kategori sistemleri bağlamındaki yerleri anlaşıldığında, aslında birbirlerini tamamladığı nosyonunu da kabul etmemiz gerekir. Buradan hareketle hukuku anlamının en iyi yolu, parça ve bütünün karşılıklı olarak birbirini tanımladığı metin modelidir.

Metnin parçalarına dair anlayışım, metnin bütününe anladığım ölçüde artar; ancak parçaları anlamak elbette metnin tamamını anlamama katkıda bulunacaktır. Her kanun ve her yargı kararı daha büyük, bağdaşık bir metnin yani hukuk sisteminin parçası gibi anlaşılmalıdır. Buna karşılık hukuk sistemi de toplumun ahlaki değerleri ve adalet ilkelerini kapsayan büyük bir metnin parçası olarak anlaşılmalıdır. Bu metni okurken, metne diğer herhangi bir metne yanaştığımız iyi niyetle yaklaşmalıyız. Metnin eksiksiz bir bağdaşıklığı ve bütünlüğü olduğunu varsaymalıyız. Elbette metni gerçekten anlamaya çalışırken birbirine mükemmel şekilde uymayan kısımlar bulacağız. Örneğin birbiriyle (belki de daha temel

nitelikte olanlarla) çelişiyor gibi görünen kaideler veya yargı kararları ile karşılaşacağız. Bu gibi durumlarda, hukukun genel 'ruhuna' uymayan kısımları atmak anlamına gelse dahi, bağdaşıklığı maksimize edecek şekilde hukuku yeniden yorumlamamız gerekecektir. Ancak hepsi bu değil. Hukukun tekrar edegelen yorumları –tıpkı bir metnin tekrar tekrar yorumlanması gibi– yeni anlam ve ahlaki sezgi katmanları ortaya çıkaracaktır. Bu sayede hukuka ilişkin anlayışımız sonsuza dek değişir. Hegel'in deyiimiyle hukukun örtük (muğlak ve soyut) anlamı –özellikle hukukun varlığını sürdüren ahlaki fikirler bakımından– içerdiği derin bağdaşıklık, anlam ve amaçları algılamaya yönelik tekrarlanan çabalarla daha açık hâle getirilir. Bu 'daha açık hâle getirme' süreci hukuki fikirlere somut yasal anlamlar verip bu fikirleri somut davalara uyguladığımızda gerçekleşir. Bu sayede yasama ve yargılama da artan bir şekilde hukuku, bidayetindeki canlandırma fikriyle uyumlu bir şekilde geliştirir.

3.2. Eşitlik, Ayrımcılık ve Bütünlük: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı

İngilizce konuşan çağdaş hukuk filozofları arasında bu idealist yaklaşımı Ronald Dworkin'den daha tutkulu savunanı yoktur. Hegel'i model almasa da Dworkin dar anlamda kanunlardan (kural koyucu) ve hukuk sistemlerinin bütün olarak sistemi meşrulaştırıcı bir unsur olarak görülebilecek yönetim felsefesini oluşturan dile getirilmemiş ahlaki ilkelere oluştuğunu söyler. Bu kuramın nasıl işlediğini görmek için Amerikan hukuk sistemindeki ünlü bir davayı, *Brown v. The Board of Education of Topeka* (1954) davasını, inceleyelim. Yüksek Mahkeme'nin oybirliğiyle vermiş olduğu bu dönüm noktası niteliğindeki karar ırklara göre ayrılmış kamu okullarının siyahi çocukların eşit eğitim hakkından mahrum bırakıldığı gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu karar hâlihazırdaki içtihatlardan ciddi bir

kopma gösterdiği için oldukça tartışmalıydı. Aynı mahkeme daha önceki önemli bir kararda, *Plessy v. Ferguson* (1896) davasında, ırklara göre ayrılan tesisleri zorunlu tutan Jim Crow Kanunnamesi'ni onaylamıştı.

Hangi karar doğrudu, *Brown* mı yoksa *Plessy* mi? Her ikisi de hiçbir eyaletin “Kendi yargı çevresine giren hiç kimseyi kanunlar tarafından eşit korunma hakkından mahrum bırakamaz.” diyen Anayasa'nın On Dördüncü Değişiklik'ine (1868) dayanmaktaydı. *Plessy* davasında kararı çoğunluk adına yazan Yargıç Henry B. Brown, bu tarz ırka dayalı bir ayırmanın siyahi bireylere ‘aşağılık damgası’ vurmadığını ileri sürdü, daha önemlisi bizzat Kongre'nin de Kolombiya Bölgesi'ndeki renkli çocuklar için ayrı bir okul kurulmasını şart koşan bir kanun geçirdiğini belirtti (Arthur 1989: 218). Brown, On Dördüncü Değişiklik'i hazırlayan yasa koyucularla okul tasarısını kabul eden aynı kişilerin ırk ayrımı ile eşit korunma arasında çatışma olmadığını varsaydığını düşünüyordu. Dworkin de benzer şeyler yazmıştır:

Değişiklikten önceki sivil haklar yasa tasarısının görüşülmesi ve tartışılması sürecini yöneten senatör, Temsilciler Meclisi'ne ‘sivil hakların bütün çocukların okula gitmesi gerektiği anlamına gelmediğini’ söylemişti.¹⁵ (Dworkin 1986: 360).

Hukuki pozitivizm ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ahlaken minimalist bakış açısıyla aynı noktadan bakıldığında, doğru karar *Plessy* davasının kararı olarak görünmektedir. Bu, kararın *ahlaken* değil, yalnızca *hukuken* doğru olduğunu gösterir. Günümüz Amerikalı hukukçularının çoğu gibi, Dworkin de buna karşı çıkar. Nedenini anlamak için *Brown* davası kararına yakından bakalım. Mahkeme adına kararı yazan Yargıç Earl Warren, On Dördüncü Değişiklik'i destek-

¹⁵ Türkçe metin: Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul 2018, s. 450. (Yay. Haz.)

leyenlerin niyetlerinin çok çeşitli olduğunu (Değişiklik’i destekleyenlerden bazıları okulları ayırmayı desteklerken bazıları vatandaşlar arasındaki ‘tüm hukuki ayrımları ortadan kaldırmayı’ desteklemekteydi), bu nedenle de okulların ayrılmasının hukukiliğine ilişkin olarak bu niyetlere başvurmanın en iyi ihtimalle ‘sonuçsuz’ kalacağını belirtmiştir. Ancak Warren’in tartışmayı ilerlettiği gibi, Değişiklik’in kurucular tarafından kastedilen anlamı sonuç verir nitelikte olsaydı bile (okulların ayrılması ve eşit korunma meselelerinin birbirine uyumlu olduğunu belirlemek), yalnızca bu durum Değişiklik’in daha derin ahlaki ve felsefi anlamını tüketmeye yetmezdi.

Bu anlam nedir? Warren bu konuda: “Eğitim kurumlarının ayrılması özde eşitliksizdir.” der; çünkü Yargıç Brown’ın aksine, asıl amaç ırksal azınlıklara daha aşağı derece kurumlar vererek onları aşağı seviyede konumlandırmaktır. Yargıç John Harlan’ın *Plessy* davasındaki itirazına binaen (“vatandaşların keyfi olarak ayrılması kölelik anlamına gelir ki bu da Anayasa tarafından belirlenmiş olan kanun önünde eşitlik ve sivil özgürlük haklarıyla tamamen tutarsızdır”) [Arthur 1989: 219], Warren siyahi vatandaşlara sağlanan kurumlar eşit *olsaydı* bile, sırf bu ayrılma işleminin dahi bu kişileri aşağı konumlandırmış olacağını ve öğrenme motivasyonlarını etkileyeceğini ileri sürmüştür. Ancak, bu sosyolojik olguyu kabul etmek, ırkçı niyetlerle güdülenen eşit kurumlar oluşturulmasının On Dördüncü Değişiklik’in eşit korunma hükmünü ihlal ettiğini kabul etmek anlamına gelmez. Siyahiler başka kurumlarda da olsa beyazlarla aynı eğitimi alıyorsa bu, eşit korunma hakkından mahrum kaldıkları anlamına gelir mi?

Dworkin’e göre, Warren’in bu On Dördüncü Değişiklik yorumuna karşı yazıya geçmemiş argümanı Değişiklik’in, Amerikan Anayasası’nın kurucu fikirlerine de yansımış olan derin felsefi anlama başvurmaktadır. Bu fikirler hukukun üstünlüğü ilkesinde bulunan ahlaki değerlerle ilişkilidir: Kişilerin insanlık onuruna saygı. On Dördüncü Değişiklik’in eşit korunma hükmü ırk gözetmeksizin herkesin insanlık

onurunun korunmasıyla ilgilidir. Amerikan bağlamında, bu fikir (herkese eşit saygı ile davranmak) herkesin eşit sivil ve siyasi hakları olmasını mecbur tutar. Dahası, herkesin çıkarlarının eşit ölçüde dikkate alınması gerekliliğini de beraberinde getirir. Tabii ki bireylere eşit sivil ve siyasi haklar vermenin ve iyilikleri için onları eşit ölçüde dikkate almanın ne anlama geldiği, Dworkin'in açıklamak için epey çaba sarf ettiği şekilde, yoruma bağlıdır. Ancak nasıl yorumlanırlarsa yorumlansınlar, herkese eşit saygı göstermenin bu iki yolundan hiçbiri (tek başına veya ayrı ayrı) Warren'ın kararını gerçekleştirmeye yetmez. 'Eşit ama ayrı' eğitim çerçevesinde siyahilere eşit haklar tanındığı ve çıkarlarının eşit derecede korunduğunu söylemek hâlâ mümkündür. Bu nedenle eşit saygı ilkesi dördüncü bir unsur da içermelidir: Seçilmiş bir grup vatandaşı küçümseyecek ön yargılar tarafından güdülenmemelidir (Dworkin 1986: 384).

Bundan dolayı, Dworkin herkese eşit ilgi ve saygı fikirlerinin bu yorumunun Amerikan yönetim felsefesinin belli bir ilke çerçevesinde yapılandırılmış bir parçası olan On Dördüncü Değişiklik'in en iyi yorumu olduğuna inanmaktadır. Ancak Dworkin'in yorumu da hukuka karşı edinilenecek iki yaklaşıma göre ele alındığında, nötrdür: Renk-körü yaklaşım ve renge *duyarlı* yaklaşım. Eğer ırkçı kategorilerin (kasıtlı veya değil) seçilmiş ırk gruplarını küçümseyici etkisi olduğunu varsayarsak, kanunun uygulamasında tüm ırkçı kategorilerin kullanımını yasaklayan bir yaklaşım *Brown*'ın kararıyla uyumlu olacaktır. Ancak kategorilerin böyle bir etkisi olmadığını (veya bunu kastetmediğini) varsayarsak, ırkçı kategorilerin kullanımına izin veren bir yaklaşım da *Brown*'ın kararıyla uyumlu olacaktır. Dworkin'in de ileri sürdüğü gibi, bu koşulları yerine getiren renge duyarlı bir yaklaşım (yasaklanmış *kaynaklar* yaklaşımı) gerçekten de renk-körü yaklaşıma kıyasla eşit saygı ve eşit ilgi ilkelerinin daha iyi bir yorumu bile sayılabilir; çünkü böyle bir yaklaşım geçmişte yaşanmış ve günümüzde devam etmekte olan ırk ayrımcılığının süregelen etkileri için yanlı bir telafi olarak yükseköğrenim okulları-

na giriş konusunda ırksal azınlıklarına seçme hakkı veren pozitif ayrımcı kararlara da izin verecektir: “[Eğer] ırk, insanlar ırklarını seçemedikleri için yasaklı bir kategori ise o zaman zekâ, coğrafi köken ve fiziksel kabiliyet de yasaklı kategori olmalıdır. Dolayısıyla [hukuk ilkesi uyarınca eylemde bulunan bilge bir yargıç] eşitliğe dair yasaklı kategoriler teorisini ... reddedecektir”¹⁶ (Age.: 394, 396).

Dworkin, eşitlik ilkesinin *yalnızca* bir yorumunun gerçekten Amerikan hukukbilimine uyduğunu ve bu pratiği meşru kılabildiğini varsayar; bu yorum herkese eşit saygı ve ilgi göstermek adına farklı sınıflardan kişilere farklı davranılmasına müsaade etmektedir. Görme engelli bireylere, araba kullanmalarına izin vererek değil, onlar için sesli işaretler, Braille alfabetiyle yazılmış tabelalar, kılavuz köpekler ve gerekli ekipmanları alabilmeleri için ek sosyal güvenlik ödenekleri sağlayarak saygı gösterilir. Benzer şekilde, eğer okula giriş şartları siyahilere karşı ayrımcılık yapmaya devam edecekse siyahilerin beyazlarla aynı okula gitmesine izin vermek siyahilere eşit saygı ve ilgi göstermek değildir. Genel itibariyle ‘hak edilmemiş’ doğal ve sosyal farklılıkların bireylerin eşit saygı ve ilgi görme kapasiteleri üzerindeki etkilerini önden tahmin etmek için hukukun kullanabileceği ilkel bir yöntem yoktur. Bu nedenle, ırk kategorilerinin kanundan kaldırılması ancak engellilik, doğuştan gelen zekâ gibi kategorilerin tutulmasını mutlak surette kurala bağlamak mümkün değildir.

3.3. Dworkin’e İlişkin Değerlendirme

Dworkin’in hukuk kuramı ile Finnis tarafından desteklenen doğal hukuk yaklaşımı arasında pek çok ortak nokta vardır. Dworkin’in kuramı hangi hukuki kararlarının kelimenin tam anlamıyla bizi mükellef kıldığını belirlemek konusunda

¹⁶ Türkçe metin: Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 491, 492. (Yay. Haz.)

vatandaşlara ve yargıçlara yardım eder. Hem Dworkin hem Finnis hukukun üstünlüğünü asgari ölçüde karşıladığını düşündüğümüz bir sistemin verdiği her bir karara itaat etme yönünde *prima facie* bir yükümlülük altında olduğumuzu söyler. Ancak bu yükümlülüğün ciddi ölçüde adaletsiz kanunların varlığı durumunda göz ardı edilebileceğini; çünkü bu kanunların hukuk sistemine ahlaki ilke katan felsefi bağdaşıklığa uymadığını da eklerler. Ciddi ölçüde adaletsiz olan kanunlar bağlayıcı değildir; çünkü bunlar ilkelerin tanımladığı şekliyle hukukun parçası değildir.

Ancak Dworkin'in hukuk kuramı ile doğal hukuk yaklaşımları arasında bazı önemli farklar da vardır. Finnis'e göre, *Plessy* davası *mantık* yolu ile tüm toplumlar için evrensel ve değişmez olarak bilinen eşit saygı ilkesini ihlal etmiştir. Dworkin'e göre ise *Plessy* mantık yolu ile *değil*, *tarihsel kavrayış* ile bilinen ve bu nedenle de evrensel ve değişmez olmayan eşit saygı ilkesini ihlal etmiştir. Dworkin'e göre bu ilkenin kendisi, kendisine ait belli bir tarihi olan spesifik bir hukuk sisteminin yorumuna dayanmaktadır. Sistem zaman içerisinde geliştikçe, altında yatan ilkeler de değişir.

3.4. Yorum Olarak Hukuk: Gadamer ve Dworkin

Dworkin hukuk sistemlerinin zaman içerisinde nasıl geliştiğini açıklamak için Alman Filozof Hans-Georg Gadamer'e başvurur. Gadamer, hukuku yeni davalara uygulamanın eski bir metni çevirmek veya yorumlamak gibi olduğunu ileri sürer. Bir metni geçmişten bugüne tercüme ederken kişi, yazarın metni yazarken sahip olmuş olabileceği dar psikolojik saikleri, metnin –kastedilmiş olsun olmasın– daha soyut anlamından ayırabilmelidir. Böyle yapmalıyız; çünkü bazı durumlarda yazarın psikolojik saikleri bilinmez veya bilinse dahi çok sayıda olabilir ve metnin anlamıyla da muhtemelen çatışan durumlarda karşımıza çıkabilir. Peki, bu anlam nedir? Kelime veya

cümlenin anlamını 'görmek kolay' olabilir; ancak metnin anlamını *bir bütün* olarak ele aldığımızda, anlamak çoğunlukla o kadar kolay değildir. Metinde gözlerimizin önünde açıldığını 'gördüğümüz' şey kısmen okuma eylemine kendimiz kattığımız beklenti ve soruların işleyiştir. Bu nedenle bir metni okumak *yaratıcı* bir iştir: Gadamer'in deyişiyle yorumlayıcının içinde bulunduğu dünyayı mevcut koşullarda algılayış biçimi ile metin tarafından sunulan dünyanın tanıdık olmayan algılayış biçimini 'kaynaşma'yı içerir.

Farklı şekilde ifade etmek gerekirse metnin sürekli anlamı (yazarın ve okurun zamana dayalı niyetinden bağımsız olarak) her bir yeni temellük etmede *yeniden uygulanarak* (veya yaratıcı bir içimde yeniden yorumlanarak) zamanın değişimlerine karşı koyar. Temellük, metin anlamını yeni anlayış ufuklarıyla kaynaştırır. Bu bağlamda, metnin anlamı yorumdan yorumla değişir. Peki, durum böyleyse tüm uygulamalar boyunca aynı kalacak genel bir anlamdan nasıl söz edebiliriz?

Sonuç bölümünde ileri sürdüğüm üzere, Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürleri ve hukuki pragmatistler (veya 'Realistler') yoruma mündemiç bu bağlamsallık vakiasını metnin farklı yorumlarından çekilip çıkarılacak genel bir anlam olmadığı anlamına gelecek şekilde kullandılar. Ancak, eğer yorum çeşitliliğinin üzerinde genel bir anlam yoksa hangi yaratıcı yorumların iyi olduğuna nasıl karar verebiliriz?

Gadamer bu ikilemi çözmek için gerçek bir yorumlama sürecinin (yalnızca kişisel anlamın yansıtılmasından farklı olarak) metnin *etkin tarihi* tarafından yönlendirildiğini dile getirir. Zamanla bir metni uygulama süreci otoriter bir yorumlama geleneği oluşturur. Bu gelenek yorumlayıcıyı yönlendirir, tabii burada yorumlayıcının geleneğin içine tamamen girdiğini varsayıyoruz. Bu gelenek otoriterdir; çünkü zamana, daha doğrusu sürekli tekrarlanan yorumlara karşı durmayı başarmıştır. Bu şekilde, bir metnin geleneksel ve özgün yorumları birbirini karşılıklı olarak kontrol edebilir; geleneğin her bir yorumu gelenek ve yorumcu arasında ger-

çekleşen temsili bir diyalog barındırır. Yorumcu geleneğin anakronistik veya kendi çağdaş anlayışına uyamayacak gibi görünen kısımlarını sorgular. Benzer şekilde bir bütün olarak gelenek de yorumcunun kişisel anlayış ufkuna kolayca asimile edilmeye karşı direnç gösterir, böylece yorumcunun kendi ön yargılarını gözden geçirmesini sağlar.

Yani metin yorumlama süreci soru cevaptan oluşan bir diyalog gibidir. Her diyalogda olduğu gibi burada da dinamik bir gerginlik olması gerekir: Bir diyalog başlaması için taraflar ortak bir şey (ortak bir dil veya anlayış) paylaşmalıdır. Bu esnada, sahip oldukları her şey ortak olamaz, yoksa tartışmaya gerek kalmaz. Diyalog –ve diyalojik yorumlama– zaten anlaşılmuş olanı koruma, netleştirme, iyileştirme olarak tasavvur edilebilir. Hegel diyalektiğindeki gibi, her bir yeni yorum eylemi aynı anlamı farklı şekilde dile getirerek –çağdaş okur için de erişilebilir olması için orijinalindeki gibi değil, çağdaş okura anlamlı gelecek bir biçimde dile getirerek– korur. Bu durum devamlı bir yorumlama sürecinden geçerek anlamı sürekli düzenlenen ve yeniden tanımlanan hukuki metinlerden oluşan hukuk için de geçerlidir. Bu şekilde, hukuk kavramını orijinal fikirlerini aşamalı olarak gerçekleştiren (genişleyen ve derinleşen) bir ‘kendini tekemmül ettirme’ süreci olarak düşünebiliriz.

3.5. *Dworkin v. Hart*

Burada Gadamer, diğer yanda ise takdirin hukukun anlamını nasıl genişlettiği konusunda Hart Dworkin’le pek az farklılık içindedir. Her iki taraf da hemfikirdir ki (Hart’ın deyimiyle) “Yasalar onulmaz bir biçimde eksiktir ve gölge- li alandaki davalar söz konusu olduğunda sosyal amaçlara atıfta bulunarak rasyonel kararlar vermeliyiz” (Hart 1958: 515). Başka bir deyişle her iki taraf da hukukun yeni veya ‘çetin’ bir davaya nasıl uygulanması gerektiği konusunda

açıkça sessiz kalıyorsa, yargıç hukukun ötesine giderek yasa koyucuların kendisine hizmet etmeyi niyet ettiği alta yatan –ahlaki ve ahlaki olmayan– amaçları anlamalıdır. Ancak Hart, bir yargıcın bu amaçlara sadece kendi yorumunun *uyduğundan* emin olmak için başvurması gerektiğini, bu amaçları doğrulamaması veya bu amaçların bağdaşıklığını *daha derin* ahlaki ve felsefi ilkelerle eleştirel olarak değerlendirmemesi gerektiğini söyleyecektir.

Dworkin Hart’la hemfikir değildir; yargıçlar zaman zaman hukukun derin ahlaki gerekçelendirmesini yeniden değerlendirmeli ve bu şekilde *tüm hukuk sistemini –ahlak felsefesi dâhil– olabileceği en iyi hâle getirmelidir*. Eğer kanunu yapanların kastetmiş olduğu amaçlar, hukuk sistemini bir bütün olarak açıklayan en iyi ahlak felsefesine ‘uymuyorsa’ bu amaçlar –ve ait oldukları kanun– ‘uyan’ diğer amaç ve kanunlar lehine reddedilebilir. Ayrıca, eğer bu ilk baştaki amaçlar ve kanunlar mevcut hukuki içtihatlarla ahlaken daha üstün olanlara uyduklarından daha çok uyuyorlarsa, bu amaç ve kanunlar yine reddedilebilir. *Brown* kararı, *Plessy* kararını etkin bir biçimde hükümsüz hâle getirdiğinde olan da budur. *Plessy* kararının altında yatan amaç, siyahilerin doğal aşağı konumlanışına ilişkin ırkçı fikirlere dayanan genel kabule uygun şekilde, siyahilere beyazların sahip olduğuyla aynı tür; ancak daha düşük kalitede tesisler sağlamaktı. Ancak bu amacın modern genetik ve daha önemlisi Amerikan hukuk sisteminin bütünlüğünü güçlendiren eşit saygı kavramının altında yatan daha derin felsefi amaçlarla çatıştığı görüldü.

Hart gibi bir hukuki pozitivist, istenen felsefi genellemenin düzeyine bağlı olarak bir kanunun altında yatan yasa koyucuya ait amacı farklı şekillerde yorumlamaya müsaade edebilir. Bu bağlamda, *Plessy* davasında mahkemenin çoğunluğunun kastettiği somut amaç –eşit ama ayrı tesisler hükmü– daha genel, başka bir deyişle ilkeye dayandırılmış ve felsefi bir amaç olan eşit saygı ilkesiyle çelişiyordu. Yargıç

Harlan'ın itirazının nedeni de buydu. Bu şekilde düşünülürken Hart; hukuktaki ahlaki ilerlemeye, hukuk politikalarının (mesela yasamaya ilişkin komite raporlarından alınan örnekler) altında yatan belirli ahlaki eğilimlerin yaratıcı şekilde, hatta bu amaçları başkalarının ahlaken ilerlemeci olduğunu iddia edeceği şekilde *istemsiz olarak* gözden geçirerek düzeltmek noktasına kadar genişletilmesi bağlamında müsaade edebilir. Hart gibi bir pozitivist, Yargıç Warren'ın yürürlüğe koyduğu eşitliğe ilişkin 'renk-körü' ilkesinin On Dördüncü Değişiklik'in *temel* amacı *olduğunu* ileri sürerek, *Brown* ile mutabık kalabilirdi.

Ancak mesele bu olmasaydı da Hart *Brown* ile aynı fikirde olabilirdi. Renk-körü adalet ilkesi On Dördüncü Değişiklik'i kanunlaştıranların *alt* amaçlarından yalnızca birisi olabilirdi. Eğer durumun böyle olduğunu varsayarsak, Warren kendi fikrini bu emsal karara uydurmakla alt amaçlardan birini anayasal ilke düzeyine yükseltmek için *kişisel* bir karar vermiş olur. Böyle yorumlandığında, (Hart'ın okumasına göre) ortaya yalnızca *tek* bir doğru karar olduğunu (veya Warren'ın yalnızca tek bir doğru olduğuna inandığını varsaymak), başka bir deyişle kararın en iyi ahlak felsefesinin güdümünde olduğunu varsaymak hata olur. Kanunun birden fazla yorumunun eşit derecede uygulanabilir olduğu zor bir kararla karşı karşıya gelindiğinde, yargıçlar (Warren gibi) bir kararı diğerine tercih ederken kişisel ahlakları tarafından yönlendirilebilirler; ancak –Hart uyardığı– bu kararı verirken kendi ahlaki görüşlerinin *hukukun dışındaki*, kişisel mahiyetine karşı dikkatli olmaları gerekir.

Özetle Hart, yargıcın (yasama organınıninkinden farklı olarak) yalnızca ahlak felsefesine dayanarak belli bir kanunu güdüleyen ahlaki amaçları *istemli şekilde* gözden geçirerek düzeltmeye dayanan hukuki bir süreci kabul etmez. Bu reddin nedeni bu durumun *kanuna* kendi içinde var olmayan ve inkâr edilemeyecek kadar *kişisel* bir unsur katacak olması değildir, Hart'a göre bu durum bazı durumlarda kaçınılmaz-

dır. Hart böyle bir süreci reddeder; çünkü ona göre böyle bir durumda, kanunun gerçekte *ne olduğu* ile yargıcın kanunun *ne olması gerektiğine* dair düşüncesi birbirine karışır.

Dworkin elbette bu tip durumlara farklı yaklaşmaktadır. Hukuk sistemine bütünlüğünü veren ahlak felsefesi kanunun *içinde* objektif bir varlığa sahiptir. Hukuk sistemlerine bütünlük, bağdaşıklık ve (sözü edilen felsefenin hukukun üstünlüğü için esas olan istikrar ve tahmin edilebilirlik ilkelerini kapsamaları için elzem olan) birlik unsurunu katan şey bu felsefenin sürekli olarak *eleştirel şekilde* yeniden yorumlanmasıdır. Kanunlar değişse de bu değişim genellikle tahmin edilebilir şekilde gerçekleşir. Hukuk ilkesinin canlı geleneği tek bir ideale odaklıdır, dolayısıyla prensipte her çetin dava için yalnızca bir doğru yorum vardır.

3.6. Hukuki Idealizm Kusursuz mu? Diyalektik ve Hukuk Bütün(süz)lüğü

Dworkin'e göre etkin (hakiki) bir hukuk sisteminin bütünlüklü bir ahlak felsefesi içermesi gerektiğini söylemek mümkündür. Ancak bu felsefe aynı hukuk sistemi içerisinde değişirse de hukuk sisteminden hukuk sistemine farklılık gösterecektir. Bu ilginç bir soru uyandırmaktadır. *Brown*'dan sonra var olan Amerikan hukuk sisteminin ondan önce var olanla aynı hukuk sistemi olduğunu söyleyebilir miyiz? Eğer sistemin altında yatan felsefenin her yeni yorumu tüm sisteme yansıtacak bir dalga etkisi yaratırsa, sistemin kendisinin de –belki de artık *aynı* sistem diyemeyeceğimiz kadar– değiştiğini söyleyemez miyiz?

Bu ihtimali bir sonraki bölümde Bruce Ackerman'ın 'devrimci anayasal yeniden yorumlama kuramını' incelerken ele alacağız. Bu fikri benimsemenin sonuçlarından biri, hukuki değişimin mutlaka Dworkin'in düşündüğü kadar istikrarlı ve tahmin edilebilir olmak zorunda olmadığıdır. Dworkin

Plessy kararının verildiği zaman da yanlış olduğuna ve yaklaşık altmış yıl sonraki müteakip ölümünün tahmin edilebilir olduğuna inanır. Ona göre, Harlan'ın da *Plessy* davasındaki itirazında net olarak ifade ettiği şekilde, On Dördüncü Değişiklik'te yer alan eşit muamele ilkesinin bazı sınıflara ait vatandaşları damgalamaya yönelik olarak tasarlanmış kanunların adil olmadığını zaten ima etmiştir.

Böyle bile olsa, Harlan'ın eşitlik yorumu (Anayasamız renk-körüdür.), On Dördüncü Değişiklik'te yer alan eşitlik ilkesine ilişkin tek doğru yorum değildir; hatta eğer Dworkin'e inanacak olursak en doğru yorum bile değildir. Dahası, eşitliğe ilişkin renk-körü ve renge duyarlı olma yaklaşımları arasındaki fark bu kavramların içkin birliğinden (veya sürekliliğinden) bahsetmenin en iyi ihtimalle problematik olduğunu öne sürer. Belki Dworkin renge duyarlı pozitif ayırıcı kanunlarının renk-körü eşitlik sağlamak için (bu durumun Birleşik Devletler Anayasası'nın elde etmeye çalıştığı eşitlik idealinin en iyi yorumu olduğunu varsayarak) ikincil yollar olarak kullanılabileceğini düşünüyordur. Ancak, renk-körü eşitlik –çokkültürlü, renge duyarlı eşitlikten farklı olarak– Birleşik Devletler Anayasası'nın ideali midir? Konunun daha özüne incek olursak, zeki beyaz hukukçular nasıl oldu da nesiller boyunca eşitliğin ırkçı kurumlarla uyumlu olmadığını anlamayı başaramadılar? Amerikan anayasa geleneği, Dworkin'in düşündüğünden daha az birlik ve bütünlük sergiliyor olabilir mi? *Plessy* davasında verilen karar o dönem eşitliğe ilişkin baskın hukuk anlayışına göre *doğru* olabilir mi?

Dworkin, gerçek bir hukuk sisteminin hukuk felsefesiyle tarihî açıdan tutarlı ve bütünlüklü olduğunu varsayar. Yukarıdaki tartışma bu konunun şüpheye açık olduğunu göstermektedir. Sonuç bölümünde göreceğimiz gibi, hukukun ahlaki bütünlüğüne ilişkin böyle bir *içsel şüphelilik* kısmen derin sosyal çatışmaların varlığı ile meydana gelir. Bu derin sosyal çatışmaların temelleri tam anlamıyla hukukun dı-

şında; toplumun ekonomik, siyasi ve kültürel sistemlerinin içinde yer alır. ‘Manevi’ hayatın altında yatan ahlak ve diğer etik ideallerle aynı şekilde, bu sistemler de hukukun anlamına bütünlüktür; daha geniş pratik bir bağlam veya felsefi ve ahlaki spekülasyonlarımızı şekillendiren bir anlamlar bütünü yaratırlar. Bu farklı ve karşıt anlamlar arasındaki ‘diyalog’ da –veya Hegel’in terminolojisini kullanacak olursak diyalektik– hukuk sistemine kendi felsefesini empoze etme hakkı için rekabet eden farklı ekonomik, siyasi ve kültürel grupları birbirine düşüren başka pek çok diyalogdan oluşmaktadır.

Bu gibi ahlaki çatışmalar Karl Marx’ın kendi döneminde Hegel idealizmini sosyal gerçeklikle hiçbir bağlantısı olmayan soyut bir hukuki birlik fikri oluşturmak amacıyla hukuk sistemdeki çelişkileri ‘rasyonalize’ etme çabası diyerek reddetmesine neden olmuştur. Marx, Hegel’in ‘devlet idealizmi’ fikrinin hayal olduğunu ileri sürmüştür: ‘Sivil toplumun bölücü materyalizmi’ne karşı muhtemelen gerekli; ancak ne yazık ki hatalı bir tepki. Ekonomik ve siyasi güç için birbiriyle rekabet eden gruplar arasındaki çatışmalar, halk sözde ortak çıkarları temsil eden ortak idealler etrafında toplanmaya ikna edilemediğinde parçalanarak anarşi durumuna dönüşme tehlikesi taşıyaydı, Hegel haklı olabilirdi. Ancak Marx bu çıkarların gerçek kapitalizm dünyasında temeli olmadığı, bu nedenle de onları yansıtan ideallerin –hukukun üstünlüğü gibi– yalnızca en güçlü sınıfların çıkarlarını arttırmaya yönelik ideolojilerden ibaret olduğu konularında ısrarcıdır (Marx 1994: 19).

Dworkin de aynı ideolojik arzuya yenik düşmüş olabilir mi? Birlik varsayımı bizi hukuk içinde birliği ‘bulma’ya (ve yaratmaya) teşvik eden hukuku yorumlamak için iyi niyetli¹⁷

¹⁷ *Charitable*. Dworkin’in yukarıda betimlenen ve *Hukukun Hükümlülüğü*’nda kullandığı *principle of charity*’ye atıf yapılıyor. *Principle of charity*, insafılık, iyilikseverlik veya iyi niyet ilkesi olarak anılıyor. Farklı alanlarda farklı yönleri öne çıksa da genel olarak, yorumcunun yorumladığı metne ön yargıyla

bir yaklaşımı destekler. Ancak yorumlamanın altında yatan yapı diyalojik ise –yalnızca monolog değil, yorumcular arasında bir diyalog ise– bölünmüşlük de hukuk içerisinde mevcut olmalıdır; çünkü yorumlayıcı bakış açıları arasında uyumsuzluk olmadan, diyalog (uyuma *ulaşma* girişimi) anlamsızdır. Kişi, hukuku ekonomi, siyaset ve kültür objektifinden yorumlayan bir sosyoloğun dışsal perspektifini ne kadar benimserse, hukukun çatışmalı yapısı o kadar çok ortaya çıkar. Böyle bir durumda, sonuç bölümünde inceleyeceğimiz türden bir yasa yorumu için daha eleştirel, ‘yapı-sökümcü’ bir yaklaşımın lehine olmak üzere iyi niyet ilkesinden (*principle of charity*) feragat etmek daha iyi olabilir.

4. Özet: Pozitivizm, Doğal Hukuk ve Demokrasi

Hukuki pozitivistler ve doğal hukuk kuramcıları arasındaki tartışmaya ilişkin incelememiz bu durumun üç soru nedeniyle karmaşık hâle geldiğini gösterir. İlk soruya –Hukuk nedir?– verilen en iyi cevap pozitivistlere aittir. Hart bir hukuk tanımı yapmaz, onun yerine hukuku tanıma şeklimize ilişkin sosyolojik bir tasvir sunar. Bazı kanunlar açıkça ahlak dışıdır; ancak yine de onları kanun olarak tanırız. İkinci soruya –Ahlak, hukukun yorumlamasına dâhil olur mu?– verilen en iyi cevap ne pozitivistlere ne de doğal hukuk kuramcılığına aittir. Davaların büyük çoğunluğunda, yargıçlar hukuku yorumlamak zorunda kalmadan uygular. Ancak daha önce emsal bir kararlara hükme bağlanmamış davalar üzerinde çalışırken yorum gerekir. Burada Hart, eşit derecede uygun

yaklaşmamasını, aksi yönde kanıt olmadıkça yorumlanan metnin bir anlamı olduğunun, metnin yazarının zekâ sahibi olduğunun kabul edilmesini gerektirir. Metin yorumlanırken, mümkün olduğunca metnin bir anlamı olacak şekilde hamleler yapılmalıdır. Hukuktaki “Yasa koyucu abesle iştigal etmez.” veya Mecelle’deki “Kelamın i’ mali ihmalinden evladır.” gibi düsturlar bu ilke kapsamında değerlendirilebilir. Dworkin bu ilkeyi temel alarak, hukukun bir bütün hâlinde en iyi yorumunun yapılması gerektiğini söyler. (Yay. Haz.)

yorumlar arasından seçim yaparken yargıçların kendi kişisel ahlak anlayışlarını kullanabileceğini kabul eder. Nihayetinde, ahlakın hukuku belirlemek için bazen gerekli olabileceği konusunda Dworkin’le hemfikir olmuştur. Hart, “Yumuşak pozitivizm, hukukun belirlenmesinde ahlak veya başka değer yargılarına uymaya ilişkin ihtilaflı meselelere dayanılmasına müsaade etmektedir” der (Hart 1991: 251). Hart’ın aklında Birleşik Devletler Anayasası’nın On Dördüncü Değişiklik’i gibi açıkça özgülenmemiş ahlaki ifadeler içeren kanunlar vardır. Yukarıda belirttiğim üzere, Değişiklik’in ‘eşit korunma’ ilkesine yaptığı gönderme ahlaki bir fikir –muamele adilliği– barındırmaktadır, bu fikir ahlaki değer yargıları olmaksızın anlaşılabilir ve belirlenemez.

Üçüncü soru –Hukuki yükümlülük ile korkuya dayalı itaat arasındaki fark nedir?– bir doğal hukuk cevabı gerektirmektedir. Hart’ın hukuki yükümlülükler ile tehdit ile desteklenen buyrukları birbirinden ayıramaması ahlakın dolaylı olarak da olsa yasaya içkin olduğunu gösterir. Eğer adil olmayan yasalara uymaya ilişkin *prima facie* hukuki yükümlülüğümüz varsa ki pozitivistler olduğunu iddia eder, bunun sebebi bu yasaların ahlakı içinde barındıran daha büyük bir hukuk sisteminin parçası olmalarıdır. Hukuk sisteminin ahlakı barındırmasının bir yolu hukukun üstünlüğüne bağlı kalmasıdır. Hukukun üstünlüğünün anlamı konusunda bazı anlaşmazlıklar olsa da aşağı yukarı şöyle ifade edebiliriz: Hukukun üstünlüğü kavramı kişilere hayatlarını planlamalarına olanak sağlayan istikrarlı kurallardan oluşan bir sistem sunar. Hukukun üstünlüğünün desteklenmesinin araçsal bir temel nedeni olsa da –çünkü bu ilke etkin ve istikrarlı sosyal etkileşimi mümkün kılar– bu durumun ikinci sebebi hukuki öznelerin otonomisine duyduğu ‘ahlaki saygı’dır.

Ancak, asgari şekilde yorumlandığında, hukukun üstünlüğü ‘Yahudiler’ ile ‘Aryanlar’ arasındaki cinsel ilişkiyi yasaklayan Nürnberg Yasaları gibi hiç adil olmayan yasalara uymaya dair *prima facie* yükümlülüklerimizi açıklamaz.

Üçüncü İmparatorluk'un hukuk sistemi hukukun üstünlüğünü bünyesinde barındırıyor olsaydı bile, adalet sistemiyle bağdaştırdığımız diğer ahlaki fikirleri cisimleştirmiş olamazdı, bu nedenle bu kanunlara uyma yükümlülüğümüzü gerekçelendirmek için gereken 'iç ahlak'a sahip olmayacaktı.

Böyle bir ahlak fikri hukukun kaynağıyla da bağlantılıdır: *Demokrasi*. Pozitivistler, tanıma kuralının hukuk va'z etme gücünü demokratik bir meclise veya tek bir diktatöre vermesi durumlarından herhangi birinin hukuki yükümlülük sorusuyla ilişkili olmadığını düşünmektedir. Ancak bu fikir hatalıdır. Nürnberg Yasaları adil bir demokratik prosedürün çıktıkları olsaydı, bu kanunlara uymaya ilişkin *prima facie* yükümlülük daha güçlü olurdu. Burada Birleşik Devletler Yüksek Mahkeme Yargıç Joseph Story'nin Birleşik Devletler Anayasası'nda yer alan Bölüm 2.3, Madde IV ile uyumlu bir şekilde, "Bu konuya ilişkin kanun kapsamında ... bir eyalette hizmet veya işgücü için tutulan kişilerin ... başka bir eyalete kaçması durumunda ... Hizmet veya işgücü borçlu olunan tarafın talebi üzerine teslim edilmesi"ni emreden 1793 tarihli Kaçak Köle Kanunu'nu yürütmeye ilişkin kararını hatırlayalım. Köleliğe karşı olan Story, kanunun son derece adaletsiz olduğuna inanmaktaydı –ve bugün muhtemelen biz de bu kanunun ırkların karışmasını yasaklayan Nürnberg Yasasından daha adaletsiz olduğunu düşünürdük– ancak Anayasa'ya uymaya ilişkin bir ön yükümlülüğü olduğundan Kaçak Köle Kanunu'nu onaylayan bir karar aldı.¹⁸

Bu mantık yürütme, bir hukuki pozitivistte ait olabilirmiş gibi geliyor. Story kendi ahlaki yükümlülüğünü hukuki yükümlülüğünden açıkça ayırmıştır. Ancak hukuki yükümlülüğünü dayandırdığı kanunun görünürde ahlaki bir kaynaktan geldiğini de fark etmek gerekir: Halkın iradesi. Birleşik Devletler Anayasası, çoğu anayasa gibi, hukuk yaratma

¹⁸ 9 Stat. 452, 119'da (1850).

gücünü demokratik olarak seçilmiş bir meclise vermektedir. Demokrasi, diğer hukuki sistemlerde olmayan ahlaki bir öz içerir: Tüm vatandaşların hukuku şekillendiren siyasi süreçlerde rol almaya ilişkin eşit özgürlüklere sahip olma hakkına saygı duyar. Bireylerin kendi hayatlarını hukuka göre belirlemeleri konusunda *özel şahısların kişisel* otonomilerine saygı duyan hukukun üstünlüğü ilkesinin aksine, demokrasi anlayışı *vatandaşların* kendilerine hukuk *koymasına* ilişkin *kamusal* özerkliğine saygı gösterir. Kendi hukukunu kendi yapma yoluyla elde edilen özgürlük yöneticilerin keyfi gücüne karşı koruma sağlar, böylece hukukun üstünlüğünü de korumuş olur ve ahlaki yükümlülüğün en üst ifadesi olarak öz-belirlenim veya öz-yönetişim değerlerini destekler.

Kurallara uymaya ilişkin *prima facie* hukuki yükümlülüğümüz demokratik rejimlerde daha güçlüdür; çünkü demokrasi, vatandaşların kendi kaderlerini kolektif bir biçimde belirlemesi için eşit saygınlık hakkına saygı gösterir. Çoğunluk ilkesi gibi, bir birey bir oy ilkesi de bu eşitlikçi ruhu temsil eder. Bu ilkeler, eşitliğin ahlaki değerini ifade eder; ancak gücün keyfi biçimlerini de göz ardı etmezler. Demokratik çoğunluklar da gaddarca davranabilir. Her ne kadar demokrasi savunucuları aksini iddia etse de bu durum pek çok insanın demokrasinin hukukun üstünlüğünü korumadığı sonucuna varmasına neden olmuştur. Her şeye karşın, demokratik rejimlerde en azından her vatandaşa yasama sürecinin çıktılarını etkilemek açısından eşit şartlar tanındığına göre, hukuka uymaya ilişkin *prima facie* yükümlülüğümüz daha güçlüdür. Başka şekilde ifade etmek gerekirse demokratik oyundaki kuralların *adil* olduğunu düşündüğümüz için ahlaki açıdan menfur olduğunu bile düşünssek, çıktılarını da aynı şekilde adil kabul ederiz.

Bir sonraki bölümde demokratik süreçlerin adillliğini güvenceye almak için gereken en önemli kuralların anayasa hukuku tarafından sağlanan kurallar olduğunu göreceğiz. Anayasa hukuku tarafsızlığı sayesinde –demokratik olarak

seçimle gelmiş meclisin koyduğu yasalara ağır basarak– bu ayrıcalıklı otoriteyi kullanabilmektedir. Anayasa hukuku en sıradan vatandaşa dahi resmî olarak çoğunluk tarafından ihlal edilemeyecek temel haklar vererek çoğunluğun bizim adımıza konuşmasına izin vermeye ilişkin *prima facie* yükümlülüğümüzü güçlendirir. Haklı olarak, hukukun ahlaki özü olarak görülmesinin nedeni de budur. Bununla eşit derecede önemli başka bir unsur da demokrasinin fazla müdahaleci kanunlara karşı bizim haklarımızı koruyacak yargısal denetim prosedürleri tesis etmesidir. Bu prosedürler felsefi meşruiyetlerini yasama ve yürütme organlarına ait *siyasi* güçler ile tarafsız yargı organına ait *siyasi* olmayan güçlerin ayrılığından almaktadır. Şimdi üzerine düşünmemiz gereken soru şudur: Bu güçler ayrılığı çoğunluğun demokratik eylemlerini herkesin ‘biz, halk’ şeklinde bir ifade olarak görmesini sağlayacak bir ilke olan hukukun üstünlüğünü güvence altına alır mı? Alırsa nasıl alır?

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKU: YAPISI, YORUMLANMASI VE ESASLARI

Anayasalar hukuk felsefesinde önemli bir yer tutar; çünkü nihai onama kuralları olarak yüksek bir statüye sahiptirler. Bu görevi icra eden tek kurum anayasalar değildir. Örneğin Birleşik Krallık'ta yazılı bir anayasa yoktur; bunun yerine, bir araya geldiklerinde temel haklar ile yasa yapmak, hüküm vermek ve yasaları uygulamak için gerekli usulleri meydana getiren başka belgeler vardır.

Anayasalar bir başka nedenden ötürü de dikkati çeker: Hukukun ahlaki temelini ihtiva ederler. Vatandaşlara temel haklar tanıyarak, neden kötü yasalara dahi uymak zorunda olduğumuzu anlamamızda önemli rol oynayan medeni ve siyasi eşitliği kurarlar. Anayasal olarak bu hakları uygulama yetkisi verilmiş kimseler genellikle yargıçlardır. Ancak yakın zamanda yaşanan bir anayasa krizini ele alan aşağıdaki tartışma, bu yetkinin son derece problematik olduğunu göstermektedir.

1. Anayasa Krizi: 2000 Yılı Başkanlık Seçimi ve Mahkemenin Yetkisi

2000 yılının son haftalarında, Birleşik Devletler ve dünyanın geri kalanındaki insanlar, başkanlık seçiminin Demokrat adayı Al Gore'un avukatları ile Cumhuriyetçi aday George W. Bush'un avukatlarını karşı karşıya getiren bir hukuk savaşına kilitlenmişti. Savaşın nedeni, Florida'da kullanılan ve elektronik tasnifi yapılmamış hatalı oyların nihai oy sayımında elle

yeniden incelenerek sayılıp sayılmaması gerektiği konusunda anlaşmazlıktı. Görünüşe bakılırsa, seçimdeki belirleyici oyların bulunduğu Florida, başkanlığı birkaç yüz oy farkla Bush'a vermişti. Sayılmayan oylardan dolayı binlerce oy sahibinin oy kullanma hakkından mahrum edildiğini gösteren ciddi kanıtlara rağmen Florida Eyalet Sekreteri Katherine Harris seçimi onayladı. Gore ile Bush arasındaki hukuk savaşı nihayetinde Florida Yüksek Mahkemesi'ne ulaştı. Mahkeme Harris'in kararını iki kere bozdu ve ihtilafli oyların elle sayılmasının devamına hükmetti. Muallaktaki seçim sonuçlarının tersine dönme ihtimali vardı ve ABD Yüksek Mahkemesi devreye girerek 5'e 4'lük bir kararla Bush lehine hüküm verdi.

ABD Yüksek Mahkemesi *Bush v. Gore* davasında doğru davrandı mı? Eyalet hukukunun ve federal hukukun kendilerine verdiği takdir yetkisi göz önünde bulundurulduğunda, Harris ve Florida Yüksek Mahkemesi'nin birbiriyle çelişen kararlarının her ikisi de uygundu. Dolayısıyla mantık çerçevesinde aralarındaki ihtilafın daha üst bir makam tarafından hükme bağlanması gerektiği düşünülür. Bu makam Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'dir; geleneksel olarak bu mahkemenin hükümet organları arasındaki ve federal hükümet ile eyaletler arasındaki ihtilafı müdahale etme yetkisi vardır. Ancak Amerikan Anayasası, Mahkeme'ye bu gibi durumlarda takdir yetkisi vermiş olsa da buna yönelik açık bir felsefi temel verdiği kesin olarak söylenemez. Kısacası Mahkeme, Florida Yüksek Mahkemesi'nin hükmünü onaylayabilir ya da davayı görmeyi reddedebilirdi.

Çoğunluğun Florida Mahkemesi'nin kararını bozmak için gösterdiği gerekçelerden biri, yeniden sayımın On Dördüncü Değişiklik'in Eşit Korunma Hükmü'nü ihlal ettiğiydi. Örneğin, Yargıç Antonin Scalia yeniden sayıma devam edilseydi Bush'un 'telafisi imkânsız bir zarar' göreceğini iddia etti. Bu iddia tartışmalıdır; çünkü Bush'un kendi aleyhine yeniden bir sayımın yasaya uygunluğuna karşı çıkma şansı vardı. Gore ise yeniden sayım olmazsa her şeyi kaybedecekti. Ancak Scalia,

pusulaların sayımında farklı yöntemler kullanılan farklı bölgelerden alınan oylarla yapılacak bir yeniden sayımın Floridalı seçmenlere eşitsiz davranmak olduğunu da ileri sürdü. Bu iddia da elbette tartışmalıdır. Kaçınılmaz olarak taşıdığı öznel ve siyasi yanlılık lekesine rağmen, Scalia prensipte oyların yeniden sayılmasına karşı çıkmıyordu. Hatta Florida’da oyların sayımında ‘tek tip standart’ olmamasına ilişkin endişesi diğer eyaletlerdeki oy sayımlarını da kapsamıyordu ki bu eyaletlerin çoğu farklı bölgelerde farklı oy kullanma makineleri ve farklı yeniden sayım kuralları kullanılmasına müsaade etme konusunda Florida’yı örnek alıyordu.

Her ne kadar çoğu hukuk eleştirmeni Scalia’nın eşit korunma ilkesine başvurmasını ikna edici bulmasa da bir kısmı Scalia’nın gerekçesi hakkında farklı düşünüyordu: “Önce sayın, yasallığına sonra karar verin, ilkesi demokratik istikrarın gerektirdiği kamuoyu kabulüne sahip seçim sonuçları elde etmek için doğru bir yöntem değildir” (*Bush v. Gore* davası, 121 Yüksek Mahkeme / 512).

Bu argüman ilk olarak yeniden sayım işleminin Amerikan demokrasisinin istikrarını korumaktan ziyade tehdit ettiğini ve ikinci olarak tartışmalı seçimleri konu alan davalarda Yüksek Mahkeme’nin kapsayıcı amacının istikrarı sağlamak olduğunu varsayar.

Scalia bu varsayımlarda haklı mıydı? İlk varsayım için net bir cevap vermek mümkün değildir; çünkü Mahkeme neye karar verirse versin anayasal kriz kulağa aynı oranda mantıklı ve mantıksız geliyor. Ancak Amerikalıların çok büyük bir çoğunluğunun Mahkeme kararını kabul etmiş olması da kararın istikrarı desteklemek için en iyi çözüm olduğu anlamına gelmez.

İkinci varsayıma ise daha net bir cevap verilebileceğine inanıyorum. Tartışmalı seçimlerin sonuçlandırılmasında Mahkeme’nin kapsayıcı amacının istikrarı desteklemek olması gerekip gerekmediğini değerlendirirken, öncelikle Mahkeme’nin demokratik sürece müdahale yetkisini in-

celememiz gerekir. İkinci bölümün sonunda da belirtildiği üzere, böyle bir müdahaleyi hafife almamak gerekir; çünkü bu eylem seçimlere ve diğer tüm yasama çıktılarına ahlaki meşruiyet sağlayan unsur olarak görülmektedir. Böyle bir müdahalenin ne zaman ve hangi mantıkla meşru olduğunu incelemek için öncelikle altında yatan felsefi gerekçelendirmeyi ele almamız gerekir.

Bu gerekçelendirme parlamento ve yürütme organlarının siyasi kollarından ayrı tarafsız hükümet birimleri olan mahkemelerin yetkisine başvurmaktadır. Peki, bu güçler ayrılığı mahkemeye demokratik süreçlere müdahaleye ilişkin kapsamlı bir hak mı bahşeder, yoksa olağan dışı durumlar hariç müdahaleden kaçınmaya ilişkin özel bir yükümlülük mü getirir? Eğer mahkemeye müdahale etme konusunda kısıtlayıcı bir hak bahşettiğini varsayarsak, amaç istikrarı mı yoksa meşruiyeti mi güvenceye almak olmalıdır?

2. Güçler Ayrılığı

Amerika'nın Kurucu Babaları, yasama çoğunluğuna sınırsız güç veren bir anayasanın kaçınılmaz olarak tiranlığa, istikrarsızlığa ve hukuksuzluğa neden olacağına inanmaktaydılar. Sıradan vatandaşların kendi kendini yönetme ehliyetine dair iyimser inançları insanlığın kendi çıkarlarıyla güdülendiğine ilişkin kötümser bakış açılarıyla zıt düşüyordu. Bu nedenle yeni demokrasiye seçilen ve atanan görevlilerin yetkilerini kasıtlı olarak sınırlandıracak unsurlar eklediler:

- (a) Bireylere Federal Hükümet eylemleri karşısında bağımsızlık kazandıran *temel haklar* sağlamak (Haklar Bildirisi [1789-91] ile ıslah edilen Anayasa; daha sonra On Dördüncü Değişiklik (1868) ile eyalet yönetimlerinin eylemlerini de içerecek şekilde tekrar düzenlenmiştir.)

- (b) Eyaletlere Federal Devlet karşısında sınırlı özerklik gücü vermek.
- (c) Her eyaletin eşit temsil hakkına sahip olduğu bir senato ve her eyaletin nüfus yoğunluğuna göre temsil edildiği Temsilciler Meclisi'nden oluşan iki meclisli bir sistem kurmak.
- (d) Senatörlerin seçimini eyalet meclislerine bırakmak. (Daha sonra senatörlerin genel seçim ile seçilmesi şeklinde değiştirilmiştir.)
- (e) Başkan seçimini eyaletlerin bağımsız şekilde seçmiş olduğu bir seçmen grubuna bırakmak.
- (f) Ömür boyu görevde kalacak olan federal hâkimlerin seçimini başkana bırakmak (Senatonun onayı ile).
- (g) Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını birbirlerinden ayırmak.
- (h) Her bir organın diğerleri üzerinde sınırlı yetkisi olmasını sağlayan bir denetleme ve dengeleme sistemi kurmak (kuvvetler ayrılığı).

Bush v. Gore davasının federal mahkemeye götürülmesi gerekip gerekmediğinin belirlenmesinde (b) maddesinin çok önemli bir rol oynadığı ileri sürülebilecek olsa da en azından bu rol kısmen (g) ve (h) maddelerine de bağlıdır. Bunlar, bu bölümün kalanında tartışılacak olan anayasal mekanizmalardır. Başkanın Kongre eylemlerini veto etme yetkisi ve buna karşılık olarak Kongre'nin (üyelerin üçte ikisinin onayıyla) başkan vetosunu iptal etme yetkisi (h) maddesine örnek olarak gösterilebilir. Konumuza benzer başka bir örnek de Yüksek Mahkeme'nin Anayasa ihlali olarak değerlendirdiği yasama ve yürütme eylemlerini iptal etme yetkisidir.

2.1. Yasamanın mı Yargının mı Üstünlüğü? İki Tür Meşrulaştırma

Amerika'nın güçler ayrılığı ve denetleme sistemine alternatif başka bir sistem olup olmadığını değerlendirmek faydalı olabilir. Avrupa'nın parlamenter geleneği bir açıdan farklı bir güçler ayrılığı yorumu olarak değerlendirilebilir; daha iyi bir terim olmadığı için bu sisteme *güçler arabuluculuğu* diyeceğim. Hem Kant hem de Hegel bu yorumu desteklemişlerdir, bu durum Rousseau'nun fikrinin uyarlanması olarak düşünülebilir.

Rousseau'nun bakış açısı demokrasi ile hukukun meşruiyeti arasındaki ilişkinin ilginç bir yorumuna dayanmaktaydı. Rousseau'ya göre, hukuka uyma mecburiyetimiz buna özgürce rıza göstermemize bağlıydı. Hukuka cezalandırılma korkusuyla uyuyor olmak, özgürce rıza göstermediğim anlamına gelir. Özgürce rıza göstermem için hukuku istediğim (veya irademe uygun düşen) bir unsur olarak kendimle özdeşleştirmem gerekir. İstedğim şey bazen başkalarının istediğiyle çatışabileceğinden, herkesin hukuka özgürce rıza gösterebilmesi için, kendini koruma ilkesini ve kamu yararını güvenceye almak için ortak hareket etmeyi destekleyen müşterek menfaati dile getirmesi gerekir. Yani hukuka rıza gösterirken kendimizi kişisel irademizin ötesinde genel iradeyi temsil eden daha büyük bir topluluğun parçası olarak kabul etmemiz gerekir.

Rousseau'nun 'meşruiyet' algısına göre; hukuka uyarız çünkü hukukun genel irademizi yansıttığını düşünürüz. Bunu düşünürken de hukukun aslında herkesin çıkarlarını eşit derecede ilerlettiğini düşünmeyiz. Oy veren taraftar çoğunluğun bir kanunun kamu refahını iyileştirme kapasitesini daha iyi takdir ettiğine inandığı müddetçe, bir vatandaş muhalif oy verdiği bir kanuna özgürce rıza gösterebilir. Rousseau'nun rıza nitelendirmesindeki önemli nokta şudur: Kanunun meşru olması için kamu refahını iyileştirmesi ge-

rekmez; çünkü insanlar bu konuda yanılabilir. *Gerekli olan*, insanların kendilerini kolektif bir karar alma ve oylama süreciyle özdeşleştirmesidir. Rousseau'ya göre böyle bir rıza süreciyle özdeşleşmek; ancak vatandaşların (seçilmiş temsilcilerin değil) hukuka sözlü ve aleni muvafakat vermeleri durumunda gerçekleşebilir.

Şimdi Rousseau'nun yasama organını neden yürütme ve yargı organlarından daha üstte tuttuğunu anlayabilecek durumdayız. Yasama organı, kamu özgürlüğü ve öz belirlenimin kalbidir; bir halkın birlikte kararlar alarak kolektif bağlarını sürekli olarak güçlendirmesini ve kamu menfaatini yeniden tanımlamasını sağlar. Başka bir organ tarafından sınırlandırıldığı anda tamamen özgür olma ve öz yasama özelliklerini yitirir. Bu nedenle Rousseau, hukukun meşruiyetinin –vatandaşlar arasında gönüllü dayanışmanın altını çizen en temel anayasal hukukun meşruiyeti dâhil (Rousseau buna kendi döneminin yaygın geleneğinden yola çıkarak *toplumsal sözleşme* der)– son aşamada verilen bir oy tarafından kararlaştırılmadığına inanmaktaydı. İnsanlar kendi iradelelerine karşı durmaya mecbur edilemezler, bu nedenle en temel kanunların bile sürekli olarak aktif sorgulama ile yeniden meşrulaştırılması gerekmektedir.

Meşrulaştırmanın bu *ileriye dönük* nosyonu diğer siyasi değerlerin istikrarını arttırmaz. Aksine, Rousseau'ya göre eski hukuki kararların pasif kabulü –Locke'un *zımnî rıza* olarak ifade ettiği ve *Bush v. Gore* davasında Scalia'nın öngördüğü *geriye dönük* meşruiyet nosyonu– köleliğe eşdeğerdir; çünkü hâkimlerin ve diğer atanmış bürokratların bizleri geçmişe zincirlemesine müsaade eder. Bu bağlamda, ileriye dönük meşruiyet nosyonu Amerikan Anayasası'nda öngörülmüş olan denetleme ve dengeleme sistemine karşı çıkar, bu sistem ortak bir irade oluştururken bireylerin kendi aralarındaki farklılıkların üstesinden gelme becerisini göz ardı eden bir kötümserliğe sahiptir. Ancak değişime ilişkin

Anayasa hükmü ile tutarlıdır ve yürütme ile yargı gözetimi biçimlerinin yumuşatılmasına karşı değildir.

Rousseau'nun hukuk felsefesine kıyasla, Kant ve Hegel bireylerin nihai kanun yapma yetkisi konusunda daha kuvvetli yürütme ve yargı gözetimi uygulanmasında ısrarcıdır. Rousseau gibi, Kant ve Hegel de denetleme ve dengeleme sistemini reddeder (Reiss 1991: 141; Hegel 1991: parag. 272-3); ancak Rousseau'nun aksine kararları diğer organlar tarafından yönetilen ve seçilmiş temsilcilerden oluşan bir yasama organını desteklemektedirler.

Örneğin, Hegel her bir organın diğerlerinin tarafsızlığını düzenlemesini önermiştir. Yasama ilk olarak yürütme ve yargının önerdiği kanunları oylamalıdır; çünkü bu organların 'bütüne ilişkin somut bilgi ve gözlem deneyimi özellikle de eyalet gücünün ihtiyaçlarına ilişkin bilgisi' vardır (Hegel 1991: parag. 300). Yürütme ve yargı, yasamanın üstün gücünü denetlemez; ancak bu organa kamu menfaatine ilişkin daha rasyonel bir anlayış kazandırır. Hegel'in de onaylayarak söz ettiği üzere, Britanya parlamenter sisteminde başbakan, iktidar partisi tarafından seçilir ve eylemlerinde tarafsız bir bürokrasinin fikirlerine danışır (Age.: parag. 279-95, 300, 302, 308).

Hegel, kendi arabulucu güçler kuramını denetleme ve dengeleme sistemine eleştiri olarak sunmuştur. Hegel'e göre böyle bir sistem rasyonel biçimde ortak bir irade oluşturamayacak kadar birlik yoksunu bir topluma tekabül etmektedir. Bu özelliğin Birleşik Devletler'in kurulma aşamasında içinde bulunduğu ve günümüzde de hâlâ deneyimlemeye devam ettiği durumu betimlediği ileri sürülebilir. Bu nedenle partizan kördüğümün tam ortasında, gittikçe daha çok Amerikalı siyasi kaderlerini belirlemesi ve başkanlarını seçmesi için yüzlerini mahkemeye çevirmektedir.

3. Amerika Bağlamında Yargı Denetiminin Gücü

Çoğu insan *Bush v. Gore* davasının, Kurucular'ın gözündeki alçak gönüllü yargı rolüyle çeliştiğini ileri sürecektir (Laden 2002). Bu rol Amerikan Anayasası Madde 3'te zımnen ifade edilmiştir; ancak açıkça belirtilmemiştir. Söz konusu hüküm Yüksek Mahkeme'ye vatandaş hakları, eyaletler ve federal hükümeti içeren ve kendisine sunulan tüm davalar üzerinde fiilen temyiz yetkisi vermektedir. Tarihsel bağlamda, yargı denetimi gücü *Marbury v. Madison* (1803) davasına kadar tam anlamıyla tanınmamıştı ve sonraki yüzyılda ise son derece nadir uygulanmıştı. Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu yetkiyi kullandığı birkaç olay son derece mühimdi. İç Savaş öncesi ünlü *Dred Scott v. Sanford* (1857) davasında, Yüksek Mahkeme Kaçak Köle Kanunu'nu onaylayarak federal bir kanunu iptal etmiş ve Missouri Anlaşması'nı tesis etmiştir. Bu anlaşma ülkenin bazı bölgelerinde köleliği yasaklamıştır. Mahkeme, *Sivil Haklar Davaları*'nda (1882) siyahilerin eşit korunmasını garanti altına almak için federal kanunları iptal etmiştir. *Lochner v. New York* (1905) davasında işçilerin çalışabileceği saat sayısını sınırlandıran yasayı iptal etmiştir. Neredeyse 30 yıl boyunca Mahkeme; ücretleri, çalışma koşullarını ve çocuk işçiliğini düzenleyen kanunları iptal etmeye devam etmiştir. 1930'larda Yeni Düzen'in gelmesiyle birlikte kademeli olarak –ve daha sonra çok büyük ölçüde– kendi hareketlerini tersine çevirmiştir. Sonraki birkaç on yıl boyunca ırk ayrımcılığı yapan, bir dini diğerlerinden üstün gören veya özel hayatın gizliliği, doğum kontrolü hakkı veya kürtaj hakkı da dâhil olmak üzere çeşitli temel hak ve siyasi özgürlükleri ihlal eden yasaları iptal etmiştir.

Peki, kanunların anayasallığının denetlenmesinde yargının rolünü nasıl değerlendirmeliyiz? Bu soruya cevap vermek için öncelikle yasama dan bağımsız olarak yargının rolünü anlamamız gerekir. Bu rolün bir yorumuna göre, yargının tek ve tam işi kanunları uygulamaktır, kanun yapmak

değildir. Yasama eylemleri normal şartlarda belirli kişi ve durumlara atıfta bulunmayan *genel* kurallar üretir. Bunun aksine, yargı kararları belirli kişi ve durumlara atıfta bulunan *özel* uygulamalar üretir.

Rousseau, güçler ayrılığı savunmasını genel kuralların belirli kişilerin çıkarları açısından tarafsız olduğu; ancak belirli kişilere ilişkin kişisel hükümleri bildiren yargı kararlarının tarafsız olmadığı temeline dayandırmıştır. Ancak Rousseau'nun bu noktada yanıldığı çok açıktır. Dilenmeyi yasaklayan genel bir kanun formu, bu kanunun fakirlerin aleyhine ayrımcılık yapmasını önleyemez. Yani Rousseau'nun fikrinin aksine, tarafsız adaleti sağlayan unsur yasama değil, yargıdır. Kanunlarımızı yapmaları için –atanmış hâkimlere değil– seçilmiş temsilcilere güveniriz; çünkü kendi belirli çıkarlarımızdan doğrudan sorumlu olan onlardır. Bunun tersi şekilde, kanunlarımızı uygulamaları için –seçilmiş politikacılara değil– atanmış hâkimlere güveniriz; çünkü hâkimler politikadan bağımsızdır ve rasyonel adalet ve tarafsızlık sembolü olarak hukukun üstünlüğünü sürdürmeye ilişkin daha üst bir görev sahibidirler.

Yargı eylemlerinin doğası gereği yasama eylemlerine kıyasla daha az taraflı olduğu fikri elbette hâkimlerin insanların seçmiş olduğu temsilcilere kıyasla daha rasyonel ve bilgili olduklarını ve bu durumun hükümlerini tarafsız kılmaya yettiğini varsayar. Ancak bu bakış açısı da tartışmaya açıktır; çünkü yargı organının karar verme süreci, sonuçları kişilerin ön yargılarından bağımsız ve tartışmaya kapalı olan matematiksel bir işlem değildir.

Yasama ve yargı arasındaki kavramsal farkı taraflı ve tarafsız eylemler temelinde anlamaya çalışmak sonuç vermez. Belki ortada anlaşılabilir bir fark yoktur. Anglo-Amerikan geleneğinde, hâkimler genel hukuka dâhil olan davalarda önemli eklemeler yaparlar. Başka zamanlarda da hâkimlerin 'yasa yapması' gerektiği olur. Bu genellikle anlamları muğlak, uygulamaları kesin olmayan veya ye-

terli nitelendirme içermeyen yasalar, ek yorum ve ayrıntılı tanımlama gerektirdiğinde yaşanır. Hâkimlerin kanunu uygulamakla sınırlı kalmamaları durumunda yargı denetimi, anayasal olmadığına hüküm verilen kanunların hükümsüz kılınması olarak anlaşılabilir.

3.1. Yargı Denetimi: Artı ve Eksileri

Çok genel çerçevede formüle edilmiş olan anayasanın anlamına ilişkin anlaşmazlıkların çözülmesi konusunda yargı denetimi gerekliymiş gibi duruyor. Aynı zamanda yargı denetimi ilkesi hukuki karar alma konusunda yargı organına en yüksek yetkiyi bahsettiğinden, birçok kişi bu ilkenin yargıyı (Thomas Jefferson'ın tabiriyle) 'despot bir organ'a dönüştürdüğü konusunda eleştirilerde bulunmuştur.

Bu suçlama genellikle partizan çıkarlar adına keyfi şekilde uygulanıyormuş gibi görüldüğü durumlarda yargı denetimi yetkisini hedef alsada –ki *Bush v. Gore* davası konusunda bazı eleştirmenler durumun kesinlikle keyfi görüldüğünü ileri sürmüşlerdir– aslında iki ayrı kaygıyı yansıtmaktadır. Bu kaygılardan ilki –Rousseau tartışmamıza benzer şekilde– halkın neyin hukuk olduğuna kendisi adına karar vermesini sağlayan demokratik hakkının yargı denetimi tarafından gasp edildiğine ilişkindir. Bu kaygıyı doğuran durum federal temyiz mahkemesi ve Yüksek Mahkeme hâkimlerinin seçim yerine Senato onayıyla başkan tarafından atanmasıdır. Bu hâkimler seçilmedikleri için, yasama ve yürütme organı yetkililerine uygulanan yükümlülük standartlarına tabi tutulmazlar. Bu hâkimler seçimle gelen yetkililer olsalardı, oylama ile görevden alınabilirlerdi ve böylece yerlerine halkın talebine daha uygun kişiler geçebilirdi (Kaliforniya Eyaleti Yüksek Mahkemesi yargıçlarında olduğu gibi).

İkinci kaygı doğrudan yargı denetimi ile ilgili değildir, bu denetimin istismarını konu edinir. Bu istismar, Federal Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme yargıçları anayasanın anlamına yeterince bağlı kalmayarak kararlarını kişisel ahlak ideolojilerine dayandırdıklarında meydana gelir. İkinci kaygı en üst kanun olan anayasanın gerçek anlamda otorite sahibi ve her konuda bağlayıcı kabul edilebilmesi için siyasi açıdan nötr ve tarafsız olması gerektiği inancını yansıtır.

Yargı denetimi taraftarları bu itirazlara üç şekilde cevap vermektedir. İlk kaygıya ilişkin olarak Alexander Hamilton: “Yargının ülkenin ne askerî gücü ne de maliyesi üzerinde etkisi vardır BASKI veya İRADE’ye değil, yalnızca hükme sahip olduğu söylenebilir ve hükümlerinin sonuç doğurması için bile son raddede yürütme kolunun desteğine ihtiyaç duymalıdır” demiştir (*Federalist Papers* #78). Başka bir deyişle yargı organı devletin en zayıf koludur; çünkü varlığı Kongre ile uyumuna bağlıdır. Kongrenin yargı organını finanse etmek için gereken vergi gelirlerini arttırma ve tahsis etme yetkisi vardır; ayrıca yargı organının kararları, bu kararları uygulama yetkisini elinde tutan başkana bağlıdır. Bunun yanı sıra, yargı denetimi taraftarları anayasanın yorumlanmasına ilişkin hukuki karmaşıklıkların çözümü için bilgi birikimi ortalama kanun koyucudan çok daha fazla olan eğitilmiş uzmanlar gerektiğini ileri sürerler. Son olarak, ikinci kaygıya cevaben yaşam boyu hizmet sayesinde siyasi süreçlerden uzak tutulmanın hâkimleri anayasanın yorumlamasında daha tarafsız kıldığını savunurlar. Seçilebilmek için seçim kampanyası yürütmesi gereken hâkimlerin kararları kanunun gerektirdiklerine değil, kararlarının insanların isteklerine ne kadar uyumlu olduğuna bağlı olur.

Genel itibariyle, yukarıda yargı denetimini savunan fikirler, bu denetimin demokratik çoğunlukçu tiranlık üzerinde ‘elitist’ bir kontrol mekanizması olarak işlediğini kabul eder; ancak halkın yönetimi üzerindeki bu sınırlandırmayı, hukuken üstünlüğünü pek iyiliksever olmayan halk desteği kazan-

miş tiranların hükümranlığına baskın çıkaracak tek unsur olarak görür. Bununla beraber, on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın başlarında yaşanan Yüksek Mahkeme müdahalelerine ilişkin kısa incelememizde gördüğümüz üzere, yargı denetimini savunanlar bu denetimin ilerlemeci demokratik değişimleri engellemek için uygulandığı durumları görmezden gelmektedir. Dahası, *Bush v. Gore* davasına ilişkin incelememizde de gördüğümüz üzere, elimizde rahatsızlık verici bir paradoks kalıyor: Hukukun üstünlüğü tam da meşrulaştırması beklenen demokratik süreci sınırlandırmaktadır.

3.2. John Hart Ely'nin Demokrasi ile Yargı Denetimini Uzlaştırması

John Hart Ely'nin bu problemlere getirdiği çözüm yargı denetimine getirilen sınırlı bir yetkiyi savunmak anlamına gelmektedir. Yüksek Mahkeme yargıçları kendi yetkilerini 'bireylerin ve azınlıkların haklarını çoğunluğun eylemlerine karşı korumak' ile sınırlandırdığı müddetçe, kararları kişisel ön yargılar barındırmayacak ve demokrasi ile çatışmayacaktır (Ely 1980: 69). Ely'ye göre, hâkimler kararlarına doğru veya yanlışa ilişkin kendi değer yargılarını kattıklarında, kişisel ön yargılarının verdikleri hükümleri etkilemesine izin vermiş olurlar. Bu eğilimi ortadan kaldırmanın tek yolu hâkimlerin anayasayı oluşturan en temel değerlere tutunmasıdır:

Mahkeme'nin izlemesi gereken 'değerler', 'katılıma ilişkin değerler'dir çünkü bunlar (1) en üst ve en başarılı şekilde anayasamızın kendisini ilgilendiren, (2) 'uygulanmaları' Amerikan temsilî demokrasi sistemiyle uyumsuz olmak bir yana, söz konusu sistemi destekleyen ve (3) siyasi süreçlerden bağımsız olarak benzersiz şekilde 'uygulanmak' üzere mahkemelere tevdi edilen 'değerler'dir. (Age.: 75)

Ely yargı denetiminin demokratik süreçlere ket vuran kanunları iptal etme yetkisiyle sınırlandırılması gerektiğini destekleyen üç argüman sunmaktadır. İlk argüman tarihseldir. Pek çok anayasa düşünürü gibi Ely de hâkimlerin anayasayı oluşturanları yönlendiren temel değerlere uyması gerektiğini düşünür. Ely'ye göre bu değerler çoğunlukla *usulî*dir. Maddi değerlerin aksine, usulideğerler, peşine düşülmesi gereken belirli bir iyi tanımlamazlar. Daha ziyade, maddi değerlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak usulleri tanımlarlar. Demokrasi bu usullerden biridir. Kurucular özgürlük ve eşitlik gibi bazı maddi değerler de belirlemişlerdir; ancak –Ely'nin ileri sürdüğü üzere– onlara göre bu değerleri ilerletmenin en iyi yolu söz konusu değerleri koruyacak usuller oluşturmaktır.

Ely, anayasanın usuli değerlerinin diğer değerler üzerinde üstünlüğü olduğuna yönelik fikrini desteklemek için kurucuların kuralları hiçbir dinî, bölgesel veya ekonomik grubu kayırmayacak nötr bir hükümet sistemi kurma niyetine değinir. Bu sistemi sürdürmek için yargı denetimi gerekebileceğini öngörmemiş olmaları kısmen kendi dönemlerinin durumunu yansıtmaktadır. Örneğin Madison siyasi ve bölgesel çıkar çatışmalarının birbirini dengeleyerek yönetilecek ılımlı bir orta nokta oluşacağına inanmıştır (*Age.*: 80-1). Daha önemlisi, erken dönem Amerikan Cumhuriyeti bizim standartlarımıza göre kültürel ve etnik olarak homojendi; Afrika kökenli köleler ve Amerikan yerlileri, Avrupa kökenli bir ulus içerisinde vatandaşlıktan mahrum bırakılmıştı. Ancak köleliğin sona ermesi ve ülkenin Asya ile Doğu ve Güney Avrupa'dan göç almaya başlamasının ardından, intikam duygusu ile birlikte çok ırklı ve çokkültürlü gerginlikler su yüzüne çıkmaya başladı. 1930'larda, mahkemenin *Birleşik Devletler v. Carolene Products Co.* (1938) davasında ortaya koyduğu önemli beyanname ırk ve etnik köken ayrımcılığı önemli bir etken olmuştur. Bu beyannameyle birlikte medeni ve siyasi haklara –Ely'nin 'katılıma ilişkin haklar'ının özü– mülkiyet haklarından daha büyük bir anayasal koruma sağlanacaktı.

Yargıç Harlan Fiske Stone'a (bu kararı yazan kişi) atıfla Ely neden 'katılıma ilişkin haklar'ın mülkiyet haklarından daha büyük anayasal korumaya sahip olması gerektiği konusunda ek bir gerekçe daha göstermektedir: Medeni ve siyasi haklar diğer tüm maddi haklarımızın kanunlaşmasını sağlayan demokratik sürecin bel kemiğidir. Yasama tarafından somut bir yasa formu verilene kadar tüm haklar boş ve anlamsızdır. Ancak, 'katılıma ilişkin haklar' yasama sürecini kontrol etmemizi, kendimizi özgürlüğümüzün kapsamını daraltmaya çalışan girişimlerden korumamızı ve bu girişimlerin ezilen gruplara yönelmesini engellememizi sağlayan yegâne haklardır (*Age.*).

Ely'nin ilk argümanı hem tarihsel hem kavramsal temellerde 'katılıma ilişkin haklar'ın üstünlüğünü savunur. Böylece, azınlıklara veya ötekileştirilmiş gruplara, mesela kadınlara karşı ayrımcılık yaptığı düşünülen yasaları değerlendirirken mahkemelerin daha sıkı bir inceleme gerçekleştirmesini gerektirir. Ely'ye göre, yargı denetiminin bireysel mülkiyet hakları konusunda çok nadir uygulanması gerekirken, 'katılıma ilişkin haklar'ın savunulmasında sıkı bir yargı denetimi uygulanmalıdır.

Ely, Birleşik Devletler'deki ırkçılık tarihinin bu tür bir yargı denetimini haklı çıkardığını ileri sürer. Seçim bölgesi sınırlarının ırkçı girişimlerle yeniden çizilmesi yoluyla, ırk ve etnik kökene dayalı azınlıkların kendi belirledikleri temsilcileri seçmelerinin engellendiğini belirtir. Gerçekten de kanun koyucular seçim bölgelerinin sınırlarını çizirken sıklıkla kendi parti üyelerinin yeniden seçilmesini garanti altına almak için dar görüşlü tarafgir çıkarlar gözetirler. 1960'lardaki Sivil Haklar Mücadeleleri'nin en ateşli dönemi sırasında Güneyli beyaz kanun koyucular, siyahilere yeni verilmiş olan net çoğunluğu oluşturdukları bölgelerde kendi temsilcilerini seçme yetkisini ortadan kaldırmaya çalışmışlardı. Tasarladıkları yeni bölgelerin her birinde siyahilere azınlık statüsüne düşürmeyi başarmışlardı. Yüksek Mahkeme'nin yargısal müdahalesi olmasaydı, bu demokrasi engeli önlenemeyecekti.

Ely, kendi argümanını sonlandırırken atanmış hâkimlerin yargı denetimi uygulamak için benzersiz şekilde konumlandırıldığını belirtir; çünkü bu hâkimler vatandaşların seçtikleri temsilcilere uyguladığı partizan baskılardan etkilenmez. Sahip oldukları sermaye hukuk ve siyaset bilimi uzmanlığıdır; geleneğe veya popüler konsensusa kölece uyma potansiyeli değil. Bu nedenle hâkimlere halkı kendi aşırılıklarından koruyacak olan demokratik süreç adına yargı denetimi yetkisi veren unsur, halka olan mesafeleridir (*Age.*: 102).

Ely, yargı denetiminin demokrasiyi küçümseyen değil koryan bir unsur olarak anlaşılması için yol göstermektedir. Ancak bu ilkenin gerekçelendirilmesi konusunda anayasal usule başvurması yaklaşım açısından geriye dönük niteliktedir. Anayasal özgürlük ve eşitliğin renk-körü nosyonlarına dayanan Ely, mahkemenin ırka dayalı bölge sınırı belirleme eylemindeki ırkçı yaklaşımı açıkça hükümsüz kılmasını gerekçelendirmekte zorlanmaz. Ancak geriye dönük olarak anayasal usule dayanmak, eşit muamelenin (usulive maddi bir *ideal* olarak) günümüzde ne anlama geldiğine ilişkin ileriye yönelik tartışmalara hitap etmemektedir. Hâkimlerin *maddi usule uygunluk (due process)*,¹ başka bir deyişle ya-

¹ Usule uygunluğun usulive maddi yönleri arasındaki fark On Dördüncü Değişiklik'in 'usule uygunluk hükmü'nde mevcuttur. Bu fıkraya göre: "Hiçbir eyalet kişileri yaşam, özgürlük veya mülk haklarından hukuki usule uymaksızın mahrum bırakamaz". Bu hüküm kişilerin yaşam, özgürlük ve mülkiyet gibi maddi haklarının yanı sıra, başka vatandaşlar ile aynı hukuki süreçlerden geçme hakkına da sahip olduklarına atıfta bulunmaktadır. Kendi aleyhine tanıklık ve aynı suçtan dolayı ikinci kez yargılanma karşıtı haklar usulidir; çünkü hukuki usullerin *nasıl* uygulanacağını düzenlerler; ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü hakları maddidir. Çünkü *nelere* yasal olarak müdahale edilemeyeceğini beyan ederler. *Palko v. Connecticut* (1937) davasıyla başlayarak, Mahkeme, Yargıç Benjamin Cardozo'nun usule uygunluk hükmüne yalnızca 'emredilen özgürlük kavramına' –nitekim bu olmaksızın 'adalet'in kendisi 'ortadan kalkar'– esas olan bu maddi ve usulihakların dâhil edileceğine ilişkin kararını uygulamaya başlamıştır. Daha önemlisi, ırka dayalı olarak sınırların yeniden çizilmesine dair sorular, bu eylemlerin oy verme hakkına dair bir ihlal mi yoksa destek mi olduğuna ilişkin usulisoruların yanı sıra, kişinin istediği adayı seçmesine ilişkin eşit fırsat hakkına sahip olmasının korunan özgürlüğün bir parçası olup olmadığına ilişkin maddi sorular da oluşturur.

şam, özgürlük ve mülkiyete dair sorunlar konusunda karar verebileceklerini varsaymak sınırları ırka duyarlı şekilde yeniden çizme eyleminin vatandaşların eşit korunması ilkesiyle ne zaman ve hangi eşitlik anlayışına bağlı olarak uyumlu olduğuna (bu ilkeyi ihlal etmediğine) dair *siyasi* bir tartışmayı sonlandırmaktır. Günümüzde ırkların çıkarlarına dayalı şekilde çizilmiş ve ırk azınlıklarına eşit saygı göstermeyi amaçlayan bölge sınırları bu amaçlarına ulaşabiliyorlar mı? Yoksa azınlıkları hatalı bir şekilde belli bir kalıba sokup bu bölgelerde yaşayan beyazları eşit temsil hakkından mahrum mu bırakıyor?

Bu siyasi soruların çözümleri için siyasi bir forum gerekir. Yalnızca ileriye yönelik bir demokratik süreç şu an var olan ırka duyarlı bölge sınırlarını meşrulaştırabilir (veya meşruiyetini ortadan kaldırabilir); çünkü 'bizim' eşitliğimizin 'bizim' ideal beklentilerimiz doğrultusunda ne anlama geldiğini anlamak hepimiz tarafından birlikte yapılan bir eylemdir. Belki bu durum, sivil hakların uzun bir demokratik hareket yolu izleyerek değil de kısa bir yargı denetimi yoluyla ıslah edilmesinin günümüz Amerika'sında ırk eşitliğine ilişkin mücadeleyi neden yavaşlattığını açıklamaya yardımcı olabilir.

3.3. Bruce Ackerman: Yargı Denetimi ve Halk Vesayeti

Ely, anayasal usullerin anlamları demokratik mücadele süresince devamlı olarak netleştirilmesi gereken siyasi idealleri kapsadığını kabul etmemektedir. Bu nedenle Bruce Ackerman, Ely'nin geriye yönelik yargı denetimi kuramını daha ileriye yönelik bir kuram ile tamamlamayı önerir. Ackerman'a göre demokrasiyi korumak her zaman anayasal usulleri çoğunluklara karşı korumak amacıyla yargı denetimi yapılması gerektiği anlamına gelmez. Bazen yargı denetiminin bu çoğunluklarla birlik olup usullere karşı durması da gerekebilir.

Daha kesin konuşmak gerekirse Ackerman, anayasanın oturmuş anlamının nitelikli demokratik çoğunluklar tarafından sorgulandığı devrim süreçlerinde yargı denetiminin görevinin nihayetinde tersine dönmesi gerektiğini ileri sürer. Nitelikli çoğunluğu denetlerken oturmuş usullere başvurmak yerine, nitelikli çoğunluğun vesayetini kabul etmeli ve artık söz konusu nitelikli çoğunluk tarafından meşru görülme-yen usule geriye yönelik olarak başvurmayı bırakmalıdır.

Ackerman bu noktada Yeni Düzen'e değinmektedir. Yüksek Mahkeme'nin Yeni Düzen'i onaylayarak demokratik değerleri ilerlettiği konusunda Ely ile hemfikirdir; ancak bu davranışın ileriye veya geriye dönük bir meşruiyeti yansıttığı konusuna katılmaz. Ely, *Carolene Products* davasının anayasada zımni olarak belirtildiği üzere maddi mülkiyet haklarına kıyasla öncelikli olan usulideğerleri yeniden tasdik ettiğini düşünmektedir. Bu değerler *eşitlik* anlayışı etrafında dönmektedir: Tüm ırklara eşit medeni ve siyasi haklar sağlanması ve her bireye –bu hakları kullanmalarına yetecek kadar– eşit toplumsal refah sağlamak. Bu geriye dönük demokratik ideali kabul etmeden önce, Yüksek Mahkeme bilfiil ileriye dönük *laissez-faire* ekonomik vizyonunu desteklemekteydi. Bu vizyonu icbar eden anayasa değil, Beşinci Madde'nin –usule/hukuka uygunluk (*due process*) ve adil bir telafi olmadan kişilerin mülkiyet hakkının elinden alınmasına karşı olan– emrini her tür ilerlemeci toplumsal yasamaya karşı çıkan bir emir olarak kendine göre yorumlayan ticaret yanlısı siyasi bir ideolojiydi.

Ely, Yeni Düzen'in ticaret yanlısı eski gündeminin mahkeme tarafından tersine çevrilmesini anayasal temellere bir dönüş olarak görmektedir. Bu değişikliği takiben, mahkeme yargı denetimi yetkisini bir zamanlar desteklemiş olduğu egemen ve seçkin ticari sınıfa karşı uygulamaya başlamıştır. Ely'nin aksine, Ackerman mahkemenin bu hareketini ters yöne gitmek olarak yorumlar (kabul edilen anayasal

usulden uzağa, öncekini bilfiil bozan yeni bir siyasi vizyona doğru). Mahkemenin ticaret yanlısı eski duruşu kabul edilen anayasal usulün bir yansımasıdır; mahkemenin bu usulü reddetmesi ise yeni bir siyasi konsensusa devrimsel nitelikte bir imtiyaz vermektir.

Ackerman yargı denetiminin hem ileri hem geriye dönük meşruiyeti bir araya getirdiğini iddia etmektedir, bu iddiasını Birleşik Devletler'in *düalist* bir demokrasi sistemi olduğu inancına dayandırır. Britanya sisteminde görülen *monist* demokrasi istedikleri her türlü politikayı yürürlüğe sokmak için "Son seçimleri kazanan tarafa kanun yapma konusunda mutlak bir yetki sağlar" (Ackerman 1991: 7). Çoğunluğun gücünü sınırlandıran bir anayasa olmadığından –yalnızca Lordlar Kamarası tarafından zayıf bir yargı denetimi uygulanır– Britanya Avam Kamarası'ndaki çoğunluk, halktan geniş çaplı bir destek alma ihtiyacı olmaksızın devrimsel nitelikte değişiklikler yürürlüğe sokabilir. Bu nedenle monist demokrasi anlayışı bir yasama tiranlığıdır. Diğer yanda ise Alman sisteminde görüldüğü üzere *hak-temelci demokrasi* vardır. Bu sistem tüm temel hakları anayasal olarak güçlendirir veya bu hakları demokratik maddelerden çıkarır. Yani bu anlayış yargısal bir tiranlıktır.

Monist demokrasi ileriye dönük; hak temelci demokrasi ise geriye dönük bir meşruiyet nosyonu yansıtır. Bu nosyonların ikisi de kendi başlarına ele alındıklarında tatmin edici bir meşruiyet sağlamamaktadır. Monist demokrasi özgürlük ve eşitliğin siyasi olarak ifade edilmesini desteklemek konusunda ileriye dönük bir yaklaşımdır. Ancak yargı denetimi konusunda güvenilir bir mekanizmaya sahip olmadığından, kalıcı olmayan çoğunlukların temel haklarımızın içerik ve kapsamı üzerinde radikal değişiklikler yapmasına müsaade eder. Bu nedenle kararları çoğunlukla meşrulaştırıcı bir nitelikli çoğunluk konsensusu seviyesine erişemez. Bunun tersine, hak-temelci demokrasi anlayışı ise sabit ve değişmeyen hakları vurgulayan geriye dönük bir anlayış içerisinde aktif

bir yargı denetimi mekanizması sunar. Bu şekilde uygulanan yargı denetimi çoğunlukçu tiranlığı denetlemeyi başarır; ancak ideal temel hak anlamlarının demokratik politikalar içerisinde yorumlanmasını engeller. Döalist demokrasi hem ileriye hem geriye dönük meşruiyet anlayışlarını barındırır. Anayasal hükümlerde değişikliğe izin vermesi buna kanıt olarak sunulabilir; yani geriye dönük yargı denetimine maruz kalmış ve geçerliliğini korumuş ileriye dönük demokratik değişikliklere müsaade eder.

Şiddetli ahlaki kriz dönemlerinde, Amerikan vatandaşları kendini düşünen bir rahatlık anlayışı ve siyasete karşı ilgisizlik hâlinde koparılmış hissederler. Bu *devrimcil* (veya *egemen*) *demokrasi* şartları altında vatandaşlar, halk olarak bir araya gelip bütünlüklü bir ses oluşturarak anayasal değişiklik talep edebilirler. İlk başta bu sese karşı çıktuktan sonra, Ackerman'a göre mahkemeler bu sesin buyruklarına kulak vermelidir. Buna karşılık, *normal* demokrasi dönemlerinde de vatandaşların çoğu uluslarının siyasi zenginliği konusunda yeterince uyanık olamayacak kadar kendi özel işlerine gömüldüklerinde, mahkemeler demokrasi 'bekçisi' görevi görmeli ve anayasayı geçici çoğunlukların tiranlara özgü heveslerinden korumalıdır.

Ackerman'ın yargı denetimi ve demokrasi arasındaki uzlaştırması demokrasiyi biraz daha öncelikli görmektedir. Ely'nin aksine, Ackerman devrimsel karmaşa dönemlerinde yargı denetiminin geriye dönük işlevinin zayıflatılmasını tavsiye eder. Ely'ye göre demokrasiyi savunmak daima kabul edilmiş anayasal usulleri savunmak anlamına gelmektedir, Ackerman ise bu fikirden hiç haz etmez. O anayasal değişikliğe giden yolda, bu değişiklik anayasayı düzenleyerek yeni bir sistem kabul etmek olsa dahi halk demokrasisini desteklemeyi tercih eder. Teklifine göre, -Kongre'deki her iki kamaranın üçte ikisinden veya eyalet kanun koyucularının üçte ikisi değil- başkan, halk referandumu yoluyla onay için doğrudan oy verenlere sunulabilecek değişiklikler önerir (Age.: 54-5).

Ackerman'a göre bu teklif görüldüğü kadar radikal değildir; çünkü zaten Amerikalıların anayasayı değiştirmeye ilişkin mevcut yöntemine uymaktadır. Son 150 yıl içerisinde Amerikan Anayasası'nda gerçekleşen önemli devrimsel değişikliklerde Başkan'ın ve Kongre'nin büyük desteği olmuştur –daha az oranda olsa da– halkın da büyük desteği görülmüştür. Bu değişikliklerin tümünde, Anayasa'da Madde 5'te yer alan ve tüm eyalet yasama süreçlerinde dörtte üçlük onay gerektiğini ileri süren hükümler es geçilmiştir. Ancak Ackerman anayasal değişiklikleri hızlandırmanın da bir bedeli olduğunu kabul etmektedir. Hristiyan kökten dinciliğinin önde gelen isimlerinden dinî bir lider, başkan olarak –daha sonra bir seçimle seçmenlerin üçte ikisi tarafından onaylanarak– Hristiyanlığı ülkenin resmî dini ilan edebilir (*Age.*: 14).

4. Anayasanın Yorumu

Yargı denetiminin demokrasi ile uyumlu olup olmadığını incelerken, yargı denetiminin meşru olarak uygulanabileceği ileriye ve geriye dönük yöntemler arasında ayırım yaptık. Şimdi bu yargı denetimi uygulaması yöntemlerinin anayasa yorumuna ilişkin farklı yaklaşımlarla nasıl bağlantılı olduğunu incelememiz gerekmektedir. Yargı denetiminin geriye dönük bir uygulama olduğunu düşünenlerin çoğu bu kavrama zaman zaman zaman *yargı aktivizmi* denmesinden derin endişe duymaktadır. Hâkimler anayasayı yorumlarken kendi kişisel siyasi gündemlerini öne çıkarmak adına aktivist eylemlerde bulunurlar. Scalia gibi yargı aktivizmine karşı olanlar –katı yorumcular da denir– hâkimlerin açıkça zaten anayasada bulunmayan hiçbir şeyi yorum olarak eklememesi gerektiğinde ısrarcıdır.

Pratikte tüm hâkimler katı yorumculardır;² ancak teori- de böyle olmak zorunda değildir. Pozitivistlerin ileri sürdüğü üzere, anayasa bazı önemli sorunlar konusunda sessiz kaldığında hâkimler zaten mevcut olmayan bazı yorumlar ek- lemekten kaçınmazlar. Çünkü Anayasa –hayat, özgürlük, mülkiyet, eşit korunma gibi– son derece soyut terimlerden oluşan bir belgedir ve bu nedenle pek çok anlama gelebilir. Böyle ahlaki terimlerin değişen anlamlarına özellikle hassas olan ileriye dönük yargı denetimi yaklaşımları gerçekten de yalnızca açıklığa kavuşturma yoluyla da olsa anayasaya ek- lemeler yaparlar.

Bu noktada şu soru ortaya çıkar: Hâkimlerin her zaman katı yorumcular olarak kalması teorik olarak mümkün mü- dür? Anayasayı metnin içerisinde hâli hazırda açıkça belir- tilmemiş ahlaki inançlar ışığında yorumlamak her zaman aktivizm midir? Yani kısaca sormak gerekirse, meşru ana- yasal yorumun sınırları ve olanakları nelerdir?

4.1. Robert Bork ve Orijinalizm Meselesi

Katı yorumculuğun bir türü olan *orijinalizm* anayasanın nesnel anlamının, kurucuların kastettiği anlam olduğunu savunur. Bu sav mantıklı görünmektedir; çünkü sözlü ile- tişimde kişi kastettiği şeyleri dile getirir. Üstelik hâkimler sözleşmeler ve vasiyetnameler gibi bazı hukuki belgeleri ya- zarın niyetlerinin beyanı olarak görür. Anayasayı da aynı şe- kilde düşünmemiz –ki zaten anayasa çoğunlukla ‘toplumsal sözleşme’ olarak betimlenir– mümkün müdür? Orijinalizm fikri bunun mümkün olduğunu düşünmektedir.

Peki, sözleşmeler ve anayasa arasındaki analogi ne kadar güçlüdür? Sözleşme taraflarının aksine, kurucular hukuki

² *Strict constructionist*, Amerikan anayasa hukukunda anayasa hükümlerinin lafzî yorumunu tercih edenler için kullanılan ifade. *Strict constructionism* ise bu tutumu savunan görüşü ifade ediyor. (Yay. Haz.)

açından biçimsiz bir grup insandan oluşur. Kurucular dediğimiz gruba anayasayı onaylayanlar, ilk versiyonların taslağını hazırlayanlar veya onay süreci sırasında ve öncesinde anayasanın dizaynını etkileyenler de dâhil midir? Bunun yanı sıra, kurucuların kim olduğunu tam olarak bilseydik bile, niyetlerini anlamamız kolay olmazdı. Geçerli sözleşmeler tarafların niyetlerine ilişkin neredeyse hiç şüpheye yer bırakamayacak kesin koşullar içerir. Bunun aksine, anayasalar bağlama bağı olarak farklı anlamlara gelebilecek genel koşullar içerir, bu nedenle zihnimizde kurucuların esas niyetlerine ilişkin az da olsa şüpheler oluşması kaçınılmazdır. Bir başka sorun ise kurucuların ortak bir anlaşmaya varmak için kendi niyetlerini gizlemiş veya değiştirmiş olmasıdır. Bırakmış oldukları not ve raporlar çoklu ve zaman zaman çelişen niyetlere işaret etmektedir. Kurucular ayrı ayrı ele alındığında böyle bir sonuca varmak çok mümkündür. Örneğin Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin (1776) taslağını yazmış olan Thomas Jefferson yazdığı "Tüm insanlar eşit yaratılmıştır." deklarasyonunun meslektaşları tarafından köleliğin adaletsiz olduğuna dair bir iddianame olarak algılanmasını *ummuş* olabilir; ancak çoğunun böyle algılamayacağını da *bilmekteydi*. Bu durum, Bildirge'nin "Tüm insanlar eşit yaratılmıştır." maddesinin yazılma niyetinin köleliği lanetlemek olduğu anlamına gelmez mi? Orijinal Bildirge taslağının yanı sıra *Virginia Üzerine Notlar* eserinde de Jefferson'ın köleliği lanetlediğini açıkça görürüz. Ancak bariz bir ırkçı olan Jefferson ömrünün sonuna kadar bir köle efendisi olarak yaşamıştır, bu nedenle bu tarihi önemi haiz kelimeleri yazarken esas niyetinin ne olduğunu anlamak oldukça zordur.

Kurucuların anayasayı son derece genel bir dille yazması esnek şekilde yorumlanmasını sağlama niyetlerinden kaynaklanıyor da olabilir. Bu durumda, anayasanın –*kurucuların niyetleri* doğrultusunda– geriye dönük bir yaklaşımla *değil*, ileriye dönük bir yaklaşımla –anayasayı sürekli değişen durumlara uygulamaya mecbur kalan gelecek nesillerin

niyetleri doğrultusunda– yorumlanmasını istediklerini de düşünebiliriz. İlginç şekilde, orijinal niyet yorumlama kuramına yöneltilen, odağı yazarın niyetinden alarak okurun niyetine yönlendiren bu itiraz orijinalizm fikrini kurtaracak bir yöntem de sunar: Eğer kurucular kendi vatandaşlarının çıkarlarına yönelik olarak hareket ediyorduyorsa, anayasanın orijinal anlamını, günümüzde yaşasalar (çağdaş temsilcileri olsa) bu kurucuların metni nasıl yorumlayacaklarına dayanarak tanımlamak daha uygun olmaz mı?

Hâkim Robert Bork'un fikri bu yöndedir. Bork'a göre anayasayı yorumlayan bir hâkim kendisine kurucuların çağdaş temsilcilerinin kendi psikolojik niyetlerini *değil* de 'korumayı hedefledikleri değerleri, uyguladıkları prensipleri' günümüzde nasıl algılayacaklarını sormalıdır (Bork 1986: 22, 26). Belirli açılardan, kurucuların niyetlerini psikolojik temellere dayanmadan yorumlama yöntemi ile hâkimlerin sözleşme taraflarının niyetlerini yorumlama yöntemi birbirine benzemektedir. Sözleşmeden doğan davalar sıklıkla ortak olarak niyetlenilmiş bir duruma ilişkin olarak taraflardan birinin algısını diğeri-ninkiyile karşı karşıya getirir. Böyle durumlarda mahkemeler sözleşmenin anlamını ortalama bir insanın anlayacağı şekilde yorumlar ve yalnızca bu anlamın açık ve kesin olması hâlinde sözleşmeyi ikinci yorum uyarınca yürürlüğe sokarlar.

Ancak anlamın orijinal niyeti kuramında Bork'un halletmesi gereken iki sorun vardır: Kurucuların anayasayı hazırlarken ne düşündüklerini tam olarak bilmek imkânsızdır; ayrıca o zaman için geçerli olan şeylerin günümüzde de geçerli olacağını varsaymak mantıklı değildir. Bork bu itirazlara verdiği cevapta, anayasanın anlamının altında yatan ilgili niyetlerin kurucuların o döneme has amaçlarından değil, kalıcı değerler ve ilkelerden oluştuğunu ileri sürer. Orijinal niyeti, kurucuları yönlendirmiş olan norm, değer ve ilkeleri içerecek şekilde tanımlamak suretiyle, bilgi sorununu kişisel psikoloji mevzuundan uzaklaştırarak tarihsel sosyolojiye yönlendirmiştir; çünkü bu 'niyetler' kurucuların yaşadığı dönemde toplumun paylaştığı ortak ahlaki değerlerin ta

kendisi olmak zorundaydı. Dahası, orijinal niyetleri kuruculara yol gösteren ahlaki *fikirler* olarak tanımlayarak, uygulama problemini modası geçmiş politikalara körü körüne bağlanmak yerine kalıcı genel anlayışlara esnek yorumlarla tutunma yaklaşımına yönlendirmiştir.

Bork'un orijinallik anlayışı, ham orijinal niyet kuramlarının ötesinde uygulamaya dayalı bir gelişme sunmaktadır. Ancak yine de kendisinden önce gelen fikirlerin taşıdığı kusurlardan bazılarını sürdürmeye devam eder. Örneğin anayasayı yapan kişilerin orijinal ahlak anlayışının birbirleriyle aynı olduğunu varsayar. Kuruluş sürecinde Amerikan toplumunu oluşturan norm, değer ve ilkelerin çoklu ve çatışma hâlinde olmadığını farz eder. Peki, tarihsel açıdan incelendiğinde bu varsayım doğru mudur?

Amerikalıların anayasa kabulü süresince keskin bölünmeler yaşadığı ve bu bölünmelerin toplumdaki bireyler arasında özgürlük ve eşitlik anlayışındaki derin ahlaki farklılıkları yansıttığı konusunda çok sayıda tarihî belge mevcuttur. Güçlü bir federal anayasayı savunan federalistler özgürlük ve eşitliği formel kavramlar olarak tanımladı. Bireylerin hükümet müdahalesine uğramadığı; ancak siyasi ve toplumsal açıdan da eşit olmalarının zorunlu olmadığı ticarete dayalı bir ulus vizyonunu destekliyorlardı. Buna karşın, anti-federalist cumhuriyetçiler ise güçlü bir federal anayasaya karşı çıkıyorlardı; çünkü böyle bir anayasanın bölgesel topluluklar üzerine haricî sınırlamalar getireceğini düşünüyorlardı. Bunun yerine aşağı yukarı eşit şartlara sahip, siyasi açıdan hayatlarını demokratik bir şekilde yaşamakta özgür, varsa bile çok az sayıda sınırlandırmaya tabi, genel olarak küçük ve kendine yeten çiftçilerden meydana gelen kırsal bir ulus vizyonunu destekliyorlardı.

Bork'un orijinallik anlayışı kurucuları neden yalnızca çağdaşları adına konuşuyorlarmış gibi düşünmemiz gerektiğini de açıklamaz. Bu noktada anayasa ve sözleşmeler arasında yapılmış olan kıyas yıkılır. Thomas Jefferson gibi bazıları anayasanın yalnızca kendi temsilcileri anayasayı açıkça onaylamış olan nesiller için bağlayıcı olması gerektiğini

savunsa da diğerleri gelecek nesiller için de bağlayıcı olması gerektiğini savunmaktadır. Eğer gelecek nesilleri de bağlamasına niyetlenildiyse, o zaman anayasanın anlamı kısmen de olsa sonraki nesillere ait ortalama bir bireyin metni nasıl anlayacağına göre tanımlanmalıdır.

İkinci bölümde belirtildiği üzere konuşmak, anlam üretme eyleminin yalnızca bir yarısını oluşturur. Eğer Gadamer'in diyalojik yorumlama anlayışından yola çıkarak düşünersek, anayasa gibi 'zamansız, klasik' bir metnin anlamının kısmen tekrarlı okuma sürecinde oluşturulduğu sonucuna varabiliriz. Kısaca ifade etmek gerekirse, tıpkı müzikte notaları icra edenlerin müziği tamamladığı gibi, metni okuyanlar da metni yorumlarlar. Yani Bork, anayasanın anlamının yalnızca kurucuların psikolojik niyetlerini değil, anayasanın hitap ettiği kişilerin beklentilerini de içerdiği sonucuna varmakta haklıdır. Peki, neden anayasanın orijinal muhataplarının yorumlayıcı bakış açısını sonraki muhatapların yorumlarından üstün tutmamız gerekiyor? Böyle bir hareket, anayasayı kendi dönemlerine ait değişen kamu menfaati algısı uyarınca yorumlama sorumluluğu taşıyacak olan müstakbel Amerikan nesilleri adına konuşmayı ilke edinmiş bir anayasa tasarlama çalışan kurucuların niyetlerini ihlal eder. Eğer Gadamer 'zamanın sınaması'nın daha eleştirel ve net bir yorum sağlayacağı konusunda haklıysa, anayasanın yazıldığı dönemden sonraki olay ve dönem özelliklerine ilişkin bilgisi olan sonraki muhatapların yorumlarını üstün tutmamız daha mantıklı olacaktır.

4.2. Dworkin'in Orijinalist Olmayan Bakış Açısı

Bu son itiraz orijinalizm hakkında ciddi bir ahlaki şüphe uyandırmaktadır. Orijinalizm, yorumlayıcı yetki karşısında tek pratik alternatif olsa bile, taşıdığı ahlaki tutuculuk yüzünden ahlaken kabul edilemez sayılabilir. Eğer bu fikirler şu an yanlış sayılıyorsa, çağdaş nesillerin kurucuların ahlaka-

ki fikirlerine neden bağılı kalsınlar ki? Bork, bu soruya maruz kalsaydı, sorunun kendi orijinalizm anlayışında mevcut olan, kurucuları yönlendiren değer, norm ve ilkeleri böyle bir sorunun oluşmasına gerek kalmayacak kadar üst düzey bir soyutluk ile yorumlamamıza olanak sağlayan noktayı atladığını ileri sürerdi; çünkü bir ilke ne kadar soyut düzeyde algılanıyorsa, o kadar kapsayıcı ve evrensel açıdan geçerli hâle gelir. En genel anlamda düşünüldüğünde, kurucuların orijinal niyetlerini belirleyen özgürlük ve eşitlik değerleri Federalistler ve Cumhuriyetçiler arasındaki farklı aşmayı başardığı gibi nesiller arasındaki farkı da aşar.

Ancak Dworkin'e göre, kurucuların niyetlerini bu düzeyde bir genelleme ile yorumlamak Bork gibi katı yorumcuların belirttiği belirli anayasal anlamları terk etmek demektir. On Dördüncü Değişiklik'in Eşit Korunma Hükümüne ilişkin tartışmamızda açıkça görüldüğü üzere, Anayasa'da mevcut olan soyut ahlaki *kavramlar* üzerinde basit bir anlaşmaya varmak, bu kavramlara ilişkin çeşitli *anlayışlardan* en iyisinin hangisi olduğunu seçmek konusunda bir çözüm sunmaz. Dworkin, bu meseleyi çözmek için hâkimlerin anayasal bütünlüğü ve adaleti en iyi şekilde açıkladığına inandıkları kendi kişisel ahlak felsefesi anlayışlarına başvurmasını önerirdi (Dworkin 1987: 36-40).

Peki, ya orijinalistlerin anayasayı bir sözleşmeden ziyade felsefi bir belge olarak yorumlamanın onun anlamını çok genişleteceğine dair kaygısı hakkında neler söyleyebiliriz? Anayasanın geniş bir felsefi yoruma uğratılmasının yorumlayıcı bir yetki hakkı getirdiği imajını ortadan kaldırmak amacıyla Dworkin, böyle bir yorumlamanın yaşamakta olan kanun koyucular tarafından onaylanmış politikaların yorumlanmasından daha nesnel olduğunu göstermek için çok çabalamıştır. Siyasalar, toplumsal yarar sağlamayı amaçlayan ileriye dönük belgelerdir. Ancak toplumsal yararın diğer toplumsal yararlarla dengede olması gerekir, ayrıca bu siyasaları uygulamak için kullanılan yöntemler –ki siyasanın içerisinde belirtilmemiş olabilirler– siyasaların etkili olabil-

mesi için sürekli olarak yeniden düzenlenmelidir. Bu durumu pozitif ayrımcılık siyasalarında gördük; kontenjanlar bir zamanlar azınlıkların ve kadınların okullara ve iş kollarına dâhil edilmesi için kabul edilebilir çözümler olarak görül-müştü; ancak günümüzde Mahkeme bu konuda bölünmüş durumdadır. Çünkü kontenjanların yeterli veya etkili olup olmadığı belirsizdir, ayrıca bu kontenjanlar yeteneğe ve eğitime dayalı işe alıma dayanan etkililik anlayışı gibi başka toplumsal yararlarla çatışmaktadır.

Dworkin anayasal hukukbilimin toplumsal refahı ilgilendiren böyle sorularla uğraşmaması gerektiğini düşünmektedir. Dworkin'e göre, anayasal hukukbilim yalnızca siyasaların (mesela pozitif ayrımcılık siyasası) bireysel hakları ihlal edip etmediğine odaklanmalıdır (çünkü bu durum toplumsal refaha zarar verir). Bu geriye dönük tespit, toplumsal kâr ve zararların öznel hesaplamasından daha nesnelidir. Bir siyasanın anayasal hakları ihlal edip etmediğini belirlemek, büyük ölçüde söz konusu siyasanın bir vatandaşa hak ettiği eşit ilgi ve saygıyı sağlayıp sağlamadığının tespit edilmesine dayanır. Bu tespit süreci bireylere eşit ilgi ve saygı göstermeye dair en iyi felsefi yorumu belirlemeyi gerektirse de böyle bir yorumlama öznel değildir. Aksine, nesnel anayasa metnine, bu metnin tarih boyunca gerçekleştirilmiş yorumlarına ve yoruma ilişkin inandırıcılık kriterleri ile bütünlük kriterlerine bağlıdır (Dworkin 1977: 92).

Dworkin'in –geniş bir felsefi anayasa yorumunun yorumlama yetkisini ortadan kaldırdığına dair– iddiası ikna edici midir? Son bölümde de belirtildiği üzere, Dworkin'in hukuki yorum kuramı *diyalektiktir*; yani somut, *tarihsel-yorumlayıcı* ve soyut, *felsefi-rasyonel* yöntemler arasında bir gerilim bulunduğunu varsayar. Dworkin bu yöntemleri tek bir yorumlama sürecinin iki adımı olarak sunar. İlk adımda mevcut hukuki bütünle tutarlı, ona uygun bir yorum ararız. Bu 'kapsayan bütünlük' arayışı Bork açısından daha karşı çıkılabilir niteliktedir; çünkü mevcut hukuki bütünle

uyumlu olması demek bu hukuki bütünün bağlı olduğu ve Kuruluş'a kadar giden geleneğe de (Gadamer'in deyişiyle, *etkin tarih*) uyması demektir. Bork'a göre, Dworkin açısından gelenek çeşitli düzeylerde somutluk ve soyutluk ile yorumlanabilir: Aynı anayasal hüküm, mesela On Dördüncü Değişiklik, sınırlı ve yüzeysel bir uygulamaya ilişkin tekil bir *kural* olarak yorumlanabilir (eski kölelere asgari mülkiyet hakkı sağlamak fakat başka hak tanımamak); aynı madde derin ve sınırsız bir uygulama alanı olan genel bir *ilke* olarak da yorumlanabilir (bütün vatandaşlara eşit saygı ve ilgi sağlanmasını mecbur tutmak).

Bu noktada felsefi yorumlamanın ikinci adımı devreye girer. Bu adımda bir yorumlamanın mevcut hukuki bütünle uyumlu olup olmadığı değil, en iyi olduğunu düşündüğümüz ahlaki felsefeyle uyumlu olup olmadığı önem kazanır. Bu 'saf bütünlük' arayışı Bork açısından karşı çıkılabilir niteliktedir; çünkü bu aşamada hâkimler anayasal yorumların geleneksel olarak dayandığı sabit ve orijinal bir niyet bütününe keşfetmek için geriye bakmazlar. Bu niyetlerde var olan ve yaşayan bir belge olarak anayasanın anlamını mükemmelleştirecek, yani derinleştirecek, genişletecek ve bütünlüştirecek soyut felsefi fikirlerin en iyi şekilde yorumlanmasına yönelirler. Bu ileriye dönük hukuk felsefesi daima kişisel spekülasyonlar da içerir. Dworkin'in kendisinin de belirttiği üzere, hukuk sistemini meşrulaştıran en iyi ahlak felsefesini bulmak ve *bu felsefeyi* anayasanın yorumlanmasında kullanmak –her zaman fiilen olmasa bile en azından teoride– geçmiş teamüllere en iyi uyan yorumlamayı bulmaktan ve orijinal niyetten daha önceliklidir. Bu nedenle, ahlaken daha üstün görülen 'öznel' bir yorumlama karşısında, geleneğe en iyi uyan 'nesnel' bir yorumlama reddedilebilir (Dworkin 1986: 176, 219, 268, 405).

Özetle, Dworkin'in anayasal yorum kuramı felsefi olarak hak-temelli felsefeye dayanmaktadır. İronik bir şekilde, böyle bir temellendirme, Hegel'i takip ederek çok açık uçlu

ve kişisel olduğu için reddettiği soyut bir doğal hukuk kuramına yaklaşmasına neden olmaktadır. Anayasa hukukunun ahlak felsefesine idealistik şekilde indirgenmesini önlemenin tek yolu, (Dworkin'in yaptığı gibi) hukukun geçerli şekilde yorumlamasının esas geleneğe de uyması gerektiğini varsaymaktır. Ancak geleneği somut niyetlerin maddi tarihi olarak değil de soyut fikirlerin tarihi olarak yorumladığımız müddetçe, uyum meselesi büyük ölçüde konu dışı hâle gelmektedir.

4.3. Habermas'ın Yoruma İlişkin Tartışma Etiği Anlayışı

Yorum ruhsatının neden olduğu (Dworkin'in anayasal yorum kuramının başına bela olan) tehlikeyi azaltmanın bir yolu var mıdır? Jürgen Habermas'a göre Dworkin'in yaklaşımındaki problem anayasal yorumun gerekli bir şartı olarak ahlaki felsefeye başvurmaması değil, ahlak felsefesine başvurmayı rasyonel diyalogun eleştirel ve düzeltici niteliğinden yoksun 'monolojik' bir girişim olarak yanlış şekilde ele almasıdır (Habermas 1996: 224). Hem Dworkin hem de Bork felsefi yorumlama eylemini öznel ön yargı ile lekelenebilecek bir unsur olan kişisel içgözlem ile bir tutarlar. Ancak Habermas'a göre ahlaki rasyonalite diyalojiktir: Yalnızca paylaşılan bir iletişim yoluyla bireyler kendi sınırlı algılarına ilişkin farkındalık kazanır ve ortak çıkarları konusunda rasyonel bir konsensusa varırlar.

Habermas'ın kuramı bize yargı kararlarının küçük ölçekli demokratik diyaloglar olduğunu hatırlatmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin dokuz üyesi fikir üretirken birbirleriyle iletişime geçerler, varabilecekleri bir konsensus belirlerken birbirlerinin itirazlarına da cevap verdiklerini varsaymamız gerekir. Dahası, avukatlarla ve uzman bilirkişilerle de iletişime geçerler ve kamuoyunun görüşüne saygı duymaya devam ederler.

Karşılıklı konuşma en iyi ahlaki yoruma ilişkin ‘nesnel’ bir konsensusa varılmasını kolaylaştırabilir; ancak bunun için söz konusu konuşmanın rasyonel tarzda, ilgili görüşlerin tam anlamıyla temsil edilmesi ve argüman sunmak veya sunulan argümanlara cevap vermek için hiçbir sınırlandırma olmaksızın tüm konuşmacıların eşit haklara sahip olacakları şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu şartlara ek olarak, konuşmacıların başlangıçtaki fikirlerine uysun uymasın gerçekten neyin doğru/haklı olduğuna dair bir anlaşmaya varmak istemeleri gerekmektedir.

Bu kolektif yargısal yoruma ilişkin ‘tartışma etiği’ fikrine yönelik itirazlardan biri şudur: Sınırlandırılmamış ve ön yargısız diyalogun bu belirtilen ideal normları mahkemelerdeki duruşmalarda yalnızca kısmen gerçekleştirilebilmektedir. Avukatlar iddialarını sunmak için sınırlı bir süreye sahiptirler ve iddialarını sunarken mevcut hukuka ve ilgili emsal kararlara başvurmalıdırlar, bu nedenle hukukun adaletine ilişkin her türlü radikal sorgulamayı bir kenara bırakırlar. Hukuk yargılamasının bu çekişmeli mahiyeti –her iki taraf da ne pahasına olursa olsun kazanmaya çalışmak zorundadır– tarafsız bir adalet arayışına ket vurmaktadır.

Habermas yaşanan bu ideal diyalog modelinden sapmaların varlığını kabul eder; ancak bu sapmaların hukuki argümanların ahlaki rasyonalitesini azaltmadığını ileri sürer. Hukuki tartışmalardaki taraflar geri dönülemez şekilde kendi pozisyonlarını savunur konumda olsalar da mahkeme usullerine ilişkin kurallar tarafların hepsine adil bir yargılama garantisi sağlar. Daha önemlisi, hâkimlerin toplumun çıkarlarını temsil eden tarafsız araçlar olarak katılmaları istenmiş olur. Kendi aralarında tarafsız ve açık uçlu bir diyaloga girerek davalı ile davacının ‘perspektifler’ini bütünüyle toplumun perspektiflerine dönüştürmeyi veya onlarla bütünleştirmeyi amaçlarlar (Age.: 229).

Dworkin gibi, Habermas da anayasal yorumun rasyonel usullerinin yorumlama ruhsatına ilişkin problemleri çözebi-

leceğini ve *tek* bir doğru yoruma ulaşabileceğini düşünmektedir. Bu konuda haklı mıdır? *Eğer* anayasa ve anayasa bünyesinde mevcut bulunan hukuki bütünün bağdaşık olduğunu (veya en azından rasyonel düşünce yoluyla bağdaşık hâle getirilebileceğini) varsayan yoruma ilişkin iyi niyet ilkesini (*principle of charity*) kabul edersek, haklı olduğunu düşünebiliriz. Ancak Habermas'ın bile bu varsayıma ilişkin şüpheleri vardır. Günümüzde anayasal demokrasilerde hukuk felsefeleri (veya hukuk paradigmaları) arasında çarpışmalar olduğunu söyler: Liberal, demokratik ve toplumsal refaha ilişkin paradigmalar. Habermas'a göre, yorumlamaya ilişkin tartışma etiği kuramı Dworkin'in yaklaşımından daha iyidir; çünkü bu diyalektiği açıkça kabul eder. Tartışma etiği kuramı hâkimlerin bu farklı paradigmaların farkında olması ve arabuluculuk yapmaya çalışması gerektiğini söyler. Bunu gerçekleştirmenin yollarından biri her bir paradigmanın –karşıtlığından ziyade– birbirini tamamlayacak şekilde nasıl yorumlanabileceğini bulmaktır. Örneğin hâkimler müdahaleye karşı özgürleşmeyi garanti eden liberal hakların kolektif öz-belirlenime ilişkin demokratik haklar üstünde sınırlandırıcı olmaktan ziyade, bu haklar için koşul olduklarını anlamalıdır. Bunun tersi şekilde, demokratik hakların da liberal hakları korumak ve kamu ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde tanımlamak için gerekli ön koşullar olduğunu anlamaları gerekmektedir. Son olarak, hâkimlerin liberal ve demokratik hakların herkese eşit temel fırsatlar ve kaynaklar sağlanmasını garanti altına alan toplumsal politikalar olmaksızın etkisiz kalacağını anlamalıdır (Age.: 220-1). Her iki arabuluculuk durumunda da meşruiyete ilişkin ileriye ve geriye dönük yaklaşımlar birbirini tamamlamaktadır.

Pek çok hâkim (Bork dâhil) Habermas'ın refleksiyona dayalı yorumlama felsefesiyle ikna olmayacaktır. Habermas tartışma etiğine dayalı hukuki yorum anlayışının Bork gibi felsefeden doğan yargı aktivizmi eleştirmenlerinin aradığı türden nesnellik ve kesinliği garanti edemeyeceğini kabul

eder. Başka bir deyişle bu tür bir yaklaşım tüm taraflar için ikna edici olabilecek tek bir nihai yoruma ulaşmayı garanti edemez. Ancak “hukuki kişilere adil muamele garantisi vererek çıktılarının kesinliğini olmasa da ilgili olgulara ve hukuki sorulara ilişkin tartışma netliği garanti edebilir bu şekilde etkilenen taraflar yalnızca ilgili gerekçelerin belirleyici olacağından, keyfi gerekçelerin belirleyici sayılmayacağından emin olabilir” (Age.: 220).

Habermas felsefi refleksiyonun tek başına liberal, refaha dayalı ve demokratik paradigmaları uzlaştıramayacağını gözlemleyerek bir uyarı notu da düşmektedir:

[Hukuki bağdaşıklıkla ilişkin] bu karşı olgusal varsayımın bulgusal bir değer taşıması için, mevcut hukuk evreninde bulunan ‘mevcut gerekçe’lerin belirli bir kısmının bu varsayım ile yarı yolda buluşması gerekir. (Age.: 232)

Başka bir deyişle, hukuk sisteminin bağdaşıklığı yoksa hukuk paradigmalarını uzlaştırma ihtimali de yoktur. Ancak hukukun bağdaşık olup olmaması hukukun düzenlemekte olduğu toplumun siyasi, ekonomik ve sosyal bütünlüğüne ilişkin bir işlemdir. Eğer toplum politik, ekonomik ve sosyal bölümlere ayrılmışsa, hukuk da ayrılacaktır.

5. Anayasal Temeller: Arendt ve Hart

Anayasa hukuku tartışmamız temel olarak demokrasiyi denetleme ile temel hakların yorumlanmasında yargı gücünün sınırlarına odaklanmıştı. Bu tartışmanın eksik kalan noktası anayasa değişikliği sürecidir. Bu eksiklik dikkate değer bir noktadır; çünkü Dworkin gibi felsefi idealistlere karşı sunulmak üzere Bork gibi orijinalistlere hazır bir cevap tedarik eder: Eğer yapılış aşamasında daha ilk başta kastedilmiş anayasa günümüz standartlarına göre ahlaken çağ dışı ise

yeniden yorumlamayın, değiştirin! Atanmış hâkimlerin anayasada ileriye dönük değişiklikler yapmasına izin vermek yerine, nitelikli çoğunlukların ve seçilmiş temsilcilerin bu değişiklikleri daha meşru şekilde yapmasına izin verin.

Ancak anayasada değişiklik yapılması anayasanın daha başlangıçta meşru bir tanınma kuralı olarak görüldüğünü varsayar. Bu da bir dizi yeni problem doğurur: Eğer anayasalar müteakip hukuki eylemlere ilk defa geriye dönük şekilde meşruiyet ve hukukilik bahşeden nihai tanıma kurallarıysa, o zaman bu geriye dönük anlamda kendileri de daha eski bir anayasaya başvurmadan nasıl meşru ve yasal olarak tanınabilirler? Bu durumda:

Yeni iktidarın, yani *pouvoir constiué*'nin meşruiyeti sorununu –ki otoritesi Kurucu Meclis tarafından, yani *pouvoir constituant* eliyle güvencede tutulamamıştı; çünkü bizatihi Meclis'in iktidarı anayasal değildi ve kendisi de anayasadan evvel geldiği için asla anayasal olamayacaktı– hem de kendi geçerliliğini türeteceği bir ‘kaynak ve üst merci’ye ya da bir ‘üst norm’a muhtaç olan yeni yasaların hukukiliği sorununu ...³ (Arendt 1973: 163).

İlk problem, anayasal geleneklerin *demokratik meşruiyetine* ilişkin sorular doğurur: Anayasal meclise *halkın* anayasasını yapmak konusunda halk adına konuşma hakkı veren nedir? Bu hakkın meclise *halk tarafından* anayasal olarak *önceden* verilmiş olması gerekmez mi? Bu durum “Yumurta mı tavuktan çıkar, yoksa tavuk mu yumurtadan?” diye sormaya benzer. (Önce anayasa mı, demokrasi mi?) İkinci problem ise anayasaların *hukukiliğine* ilişkin sorular doğurur. Hukuki pozitivizm çerçevesinde düşünüldüğünde, şu soru ortaya çı-

³ Türkçe metin şuradan alınmıştır: Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, İstanbul 2012, s. 216. (Çev.)

kar: Anayasa –hukuku belirleyen ve yetkilendiren en üst tanıma kuralı– nasıl kanun olabilir? Eğer anayasa kanun olarak tanımlanırsa, anayasayı belirleyen ve yetkilendiren başka bir tanıma kuralı gerekir. Peki, *bu* tanıma kuralını kanun yapan nedir, daha üst bir tanıma kuralı mı? Bu soru kısır döngüye benzer sonsuz bir gerileme problemi oluşturur.

Arendt her iki problemi de bir geriye dönük kuruluş problemine indirger. Bu problem zor bir çözüm gerektirir: Anayasa ön şartına dayanmayan (böylece dairesellik probleminin üstesinden gelen) ve kendi gerekçelendirmesi için kendisinden başka gerekçeye ihtiyacı olmayan (böylece sonsuz gerileme probleminin üstesinden gelen) bir anayasanın kabulü için bir gerekçe bulmamız gerekir. Problem iki şekilde çözülebilir. Ya felsefi bir anayasal meşruiyet talebinden vazgeçilir (bu strateji problemin ‘dağılmasını’ sağlar) ya da içkin olarak belirli ve yetkili olan hukuki ve meşru temelleri sayesinde bir ön belirleme veya yetkilendirme gerektirmeyen mutlak tanıma kuralı çerçevesinde bu talep karşılanabilir.

Probleme yönelik ilk yaklaşımı incelemeye başlayalım. Hatırlayacağınız üzere, Hart problemi çözmek adına anayasanın tanınmış olması olgusunun anayasayı meşru kılmaya yeteceğini iddia ediyordu. Kişinin anayasaya itaat etmek için bazı gerekçeleri olduğu müddetçe, bu kişinin gerekçelerinin ne olduğunun önemi yoktur. Hukukun otoritesini tanınması, yaptırım korkusundan ziyade ‘özgürce ve rasyonel şekilde’ hukuka ‘rıza’ gösterdiğinin kanıtı olarak görülebilir.

Hart’ın argümanı pek ikna edici değildir. Öncelikle hukukun otoritesini tanımak, makul olması nedeniyle hukuka olumlu bir şekilde rıza göstermek anlamına gelmeyebilir. Engellenemez bir fizik kanunuymuşçasına hukuka boyun eğmemiz veya uyum sağlamamız üzerimizdeki otoritesini tanıma yöntemlerinden biridir. Ancak ‘rıza göstermek’ rıza gösterdiğimiz şeye karşı olumlu bir yaklaşıma sahip olmak anlamına geliyorsa, yukarıda bahsedildiği üzere fizik kanununa uyar gibi rıza göstermek mantıken anlamlı değildir. İkinci olarak,

alışkanlık nedeniyle kanuna rıza göstermek özgür bir rıza değildir. Özgür rıza, ön yargılar ile sınırlandırılmış durumda olamaz ve eleştirel düşünce süzgecinden geçirilerek edinilir. İnsanların kanuna uyma nedeni, (örneğin) kanunun ilahi bir mantığa uyduğunun söylenmiş olması olmamalıdır.

Döngüsel geri gidiş sorununu ortadan kaldırmanın başka bir yolu var mıdır? Hannah Arendt olduğuna inanır. Demokrasi ve anayasal etkileşimin insanlık açısından daha derin bir temeli olduğunu ileri sürer. Böyle düşünüldüğünde, demokrasi ve anayasal etkileşim felsefi gerekçelendirmeye ihtiyaç duyan ahlaki idealler olmaktan çıkarlar. Bu kavramlar, tüm sıradan hukuk ve ahlak türlerinin ötesinde, bir *insan olma biçimini* ifade ederler. Daha açık ifade etmek gerekirse, demokrasi kişinin kendini diğerlerine söz ve eylemle ifade etmesidir. Bu dışı vurumcu eylem birinin kimliğini meydana getirir; çünkü kişinin kimliği ancak başkalarının cevapları yoluyla belirlenir ve kurulur.

Arendt'e göre demokrasi kendi kimliklerimizi oluşturma ve ortak eylemler başlatarak faaliyetlerimizi koordine etme işlemlerini eş zamanlı olarak gerçekleştirme biçimidir. Eylem başlatmak prensipte ortak amaçlar konusunda anlaşmaya varmayı içerir. Böyle düşünüldüğünde, demokrasi genellikle etkileşimin temelini oluşturur. Ancak özellikle devrimlerde kişilerin kendi kimliklerini radikal yeni şekillerde kurma (oluşturma) yolları aradığı da görülür. Arendt'in belirttiği üzere, "Kuruluşların ... hazırlandığı bu çok önemli [Amerikan Devrimi'ne ait] yıllarda ortaya çıkan ilke, karşılıklı söz verme ve birlikte tartışmayı ilişkilendiren ilkeydi"⁴ (Arendt 1973: 236).

Arendt'in demokratik eyleme başvurusu –normatif olmaktan ziyade– *varoluşsal*dır, *mutlak* bizi demokratik ana-

⁴ Türkçe metin: Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, İstanbul 2012, s. 288. (Çev.)

yasal eylemin sorgulanamayacağına; çünkü onun varlığının insanlığımız için gerekli bir koşul olduğuna ikna etmek için tasarlanmıştır. Ancak demokratik anayasal eyleme ilişkin bu anlayış dairesel gerileme problemini ortadan kaldırmaz. Bu problem anayasal tanınmanın ahlaken bağlayıcı olmasıyla ilgilidir.

5.1. *Aşkın v. İçkin Temeller: Arendt ve Lyotard*

Sonsuz gerileme probleminin çözülemeyeceği varsayımıyla devam edelim. Problemimiz şu şekilde ifade edilebilir: “Bir ülkede fiilî tartışma mahiyetindeki kurum ve pratiklerden doğan kanunlara meşruiyet kazandırmak için, söz konusu kurum ve pratiklerin kendilerinin de hukuken doğru şekilde kurulmuş olmaları gerekir.” (Michelman 1998: 91) Michelman’a göre, anayasal meclisin *yeni* bir anayasaya hukukilik ve meşruiyet atfedebilmesi için öncelikle kendisine *önceki* bir kurum tarafından– hukukilik ve meşruiyet verilmiş olması gerekmektedir. Bir açıdan, bu tür öncel bir hukukileştirme ve meşrulaştırmada gizemli bir taraf yoktur. Örneğin, 1787’de Philadelphia’da toplanan Anayasal Kongre’nin; Konfederasyon Maddeleri (1781), Bağımsızlık Bildirgesi (1776) ve toplantıya göndermek üzere temsilci seçmiş eyaletlerin her birinin anayasaları tarafından hukuken yetkilendirildiği söylenebilir. Eğer bu anayasaları hukuki ve meşru kılan unsurun ne olduğu sorulacak olursa, cevap olarak Britanyalı öznelere tanınan haklar, Mayflower Sözleşmesi, Magna Carta ve kralın nazırlarının yetkilerini sınırlandıran ve kralın vatandaşlarını yöneten geleneğe dayalı genel hukuk gösterilebilir.

Yukarıdaki sonsuz gerilemenin belirli bir başlangıcı olmadığına dikkat edin. Belirsiz ve bilinemez bir tanıma kuralı terimlerde çelişki ifade eder. Bu sonsuz gerilemeyi durdurmak gerekir; ama nasıl?

Politika filozofları bu durum için iki stratejiye başvururlar. Bu stratejilerden biri aşkın ya da transandantal (uzay ve zamanın ötesinde) hukukilik ve meşruiyet kaynaklarına, örneğin Tanrı'ya veya Kelsen'in temel normuna başvurmaktır. Diğer strateji ise spontane, devrimsel ve öz belirlenimci Tanrı-benzeri bir eylem ile kendi kendisini kurduğu varsayılan egemen halka başvurmaktır.

Aşkın bir meşruiyet ve yasallık kaynağı olarak Tanrı'ya başvurmak siyasi düzeni gerekçelendirmenin en eski yöntemlerinden biridir. Jefferson'ın Bağımsızlık Bildirgesi'nin ikinci paragrafının ünlü başlangıç satırlarını hatırlayın: “Şu hakikatin aşikâr olduğuna inanırız, tüm insanlar eşit yaratılmıştır; Yaratıcı tarafından herkese belirli devredilemez haklar bahşedilmiştir.”

Jefferson'ın sezgisel olarak kesin, kutsal şekilde emredilmiş bir doğal hukuka başvurması döneminin şartlarına çok uygundu; bu dönemde bireyler evrensel hakikati anlamak için yaratılıştan gelen mantığın gücüne büyük bir güven duymaktaydı. Ancak özgürlük ve eşitliğimizin teminatçısı olarak Tanrının emrine dayanmak da problematik bir durumdur. Örneğin Arendt, Jefferson'un devrimsel bağımsızlık çağrısının aslında kendisinin ve yandaş devrimci arkadaşlarının karşı çıktığı 'mutlak' monarşi kavramından gelen bir sembolizme dayandığını ileri sürer:

[Bu hakikatler] kendinde–gerçeklerdir, yani despotik iktidar kadar karşı konulamaz bir dayatma gücüne sahiptirler; biz onları değil, onlar bizi tutabilirler; herhangi bir uzlaşmaya gerek duymaksızın geçerlidirler. (Arendt 1973: 233)⁵

Arendt burada doğal hukuk kuramına yönlendirilen bir itiraza değinir: Aynı anda hem 'olan' hem 'olması gereken' kavramlarını barındırır. İlahi kaderin ağırlığı ile kendini bize dayatan bir özgürlüğü nasıl hakikat olarak *kabul ede-*

⁵ Türkçe metin: Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, İstanbul 2012, s. 260-261. (Çev.)

riz? Birbirlerinin haklarına saygı duyma görevi –ortak şekilde ve özgürce kabul edilmiş bir görev– nasıl özgür rızanın ötesinde metafiziksel bir gereklilik olarak yorumlanabilir?

Burada doğal hukuk kuramına ilişkin başka bir problem daha ortaya çıkar: Evrensel norm ile tikel hükümler arasındaki boşluk. Jefferson’ın haklarla ilgili söyledikleri tutarsızdı. Bir yandan belirli insanların hakları adına konuşuyordu. Bu kişiler henüz belirlenmiş değildi (Jefferson’ın köleler hakkındaki kararsızlığını hatırlayın). Diğer yandan ise Tanrı, yani ‘tüm insanlar’ adına konuşuyordu.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nde (1789) yer alan Madde 16’daki benzer bir paragraftan da görüleceği üzere, bu iki bakış açısı arasında gidip gelen konuşma tam anlamıyla masum değildi: “Millet Meclisi’nde örgütlenen Fransız halkı temsilcileri insanların doğal ve devredilemez haklarını resmî bir bildiriyle ifade etme kararı aldılar.” Tanrının (İnsan, Halk) evrensel ve otorite sahibi sesine kendileri adına konuşmak üzere başvurmanın baştan çıkarıcılığı kısa sürede Fransız devrimcilerini Avrupa’nın kalanını bariz şekilde Fransız özgürlük anlayışına döndürecek mukaddes bir savaşa yöneltti (nitekim bu anlayışın, değiştirmeyi hedeflediği eski despot sistemden çok da farklı olmadığı ortaya çıktı). Jean-François Lyotard’dan alıntılırsak:

Fransız Devrimi denen bu siyasi devrim bir [tartışma] evren[in]den diğerine doğru imkânsız bir geçişten gelmektedir. Bu nedenle söz konusu bildirgeyle deklare edilen kanunun Fransızlara mı yoksa insana mı özgü olduğu, haklar adına verilen savaşın işgal mi yoksa özgürleştirme mi olduğu; özgürlük adı altında uygulanan şiddetin baskılayıcı mı yoksa pedagojik (ilerlemeci) mi olduğu; Fransız olmayan ulusların Fransız olması gerekip gerekmediği ya da Bildirge’ye uyan anayasalar, kabul edenlerin Fransız olmasalar da insan olmalarının mümkün olup olmadığı bilinemeyecektir. (1988: 147).

Özetle anayasaların doğal hukuk ile hukukileştirilmesi işlemi başarısız olur; çünkü iki bağımsız mantık kategorisini birbirine karıştırır: Belirli insanlara uygulanan insan yapımı kanunlar ve tüm insanlığa uygulanan doğal (ilahi) kanunlar.

Bu geriye dönük mutlak temelcilik anlayışının laik versiyonunda Tanrı kavramı, egemen Halk ile değiştirilir. Ancak kendi kendini kuran bir 'Halk' fikri, kendi kendini kuran bir 'Tanrı' fikri ile aynı doğrultuda paradoks oluşturmaktadır. Bu paradoksu açıklamak için tekrar Bağımsızlık Bildirgesi'ne dönelim. Bir yandan, imzacılar 'bu iyi kolonilerin yetkisi ile ve onlar adına' hareket ettiklerini belirtirler. Bu iddia kolonilerin egemenlik yetkisine zaten sahip olduğunu ve temsilcilere yasal yükümlülük verebilecek yetkiye sahip bağımsız eyaletler olduklarını varsayar. Diğer yandan, imzacıların bildirdiği üzere: "Bu birleşmiş koloniler ... özgür olmalıdır." Bildirge, kolonilere daha önce sahip olmadıkları bir hak olan bağımsız, egemen eyaletler olarak hareket etme yetkisi bahşeder. Yeni otorite deklarasyonu ile eski otoritenin savını, 'otorite' kavramı tek ve aynı 'Halk'a atıf yapar tarzda birleştirmek, imzacıların öz yetkilendirme yanılımasını yaratmasını mümkün kılar.

Bu el çabukluğu bir kısır döngüyü gizlemeyi başarır. Lyotard'ın belirttiği üzere, yetkilendiren ve yetkilendirilen aynı olamaz, yoksa yetkilendirenin yetkilendirilene uyguladığı sınırlamalar sınırlama olamaz. Öz yetkilendirme gücü sınırsızdır, despotik bir güçtür, sınırlı meşru bir güç değildir (Age.: 206). Bu durum belki de neden bu kadar çok kölenin, Amerikan yerlisinin ve yönetime sadık bireylerin Bağımsızlık Bildirgesi imzacılarını kendilerine daha az bağımsızlık sağlanacağıının habercisi bir demokrasinin kurucusu gaspçılar olarak nitelendirdiğini açıklayabilir.

Basit bir tarihî olgu 'Kuruluş'u meşrulaştıramaz. Hak kaynağı olarak evrensel insanlığa başvursalar da Kurucu Babalar belirli hakların alıcıları olan ayrıcalıklı bir insan topluluğundan meydana gelmektedir. Bir yandan, modern anayasaların içerdiği evrensel özgürlük ve eşitlik ilkeleri tüm

insanları kapsar niteliktedir. Bu fikirle tutarlı şekilde, Fransız devrimcileri özgürlük, eşitlik ve kardeşlik yemini etmeyi kabul eden her yabancıyı Fransız vatandaşları topluluğuna kabul etmişlerdir. Bu mantık, devrimcilerin özgürlük, eşitlik ve kardeşliğe ilişkin (Fransız) sınırlarını tüm Avrupalıları içerecek şekilde genişletmesini sağlamıştır. Diğer yandan ise anayasalar insanlığın yalnızca küçük bir bölümünü, tam teşekküllü (Fransız veya Amerikan) vatandaşı olarak keyfî şekilde seçilen kişileri özgür ve eşit kılmaktadır.

5.2. Kelsen'in Kuruluş Problemine Dair Transandantal Yaklaşımı

Hem doğal hukuk hem de tarihsel yaklaşımlar anayasaları gerekçelendirmek konusunda çözülemeyen paradokslar oluştururlar. Haydi, bu iki uç arasında bir orta nokta gibi görünen farklı bir stratejiye bakalım: transandantalizm (aşkıncılık). Bu yaklaşımı ilk olarak Kelsen'in uluslararası hukukun hukukiliğine ilişkin savunusu tartışmamızda incelemiştik. Kelsen uluslararası hukukun tam bir hukuk olduğunu ileri sürer; çünkü bu hukuku bağlayıcı olarak tanımamızı mecbur tutan transandantal bir kural, yani temel bir norm vardır. Bu kural 'transandantal'dir; çünkü tıpkı nesnelere tanıyabilmemiz (deneyimleyebilmemiz) için uzay ve zaman kavramlarının ön koşul olması gibi, bu norm da hukuku tanıyabilmemiz için gerekli ön koşuldur. Uzay ve zamanın kendilerinin birer nesne olmaması gibi –uzayın nerede olduğunu veya zamanın ne zaman başladığını sormak mantıksızdır– temel normun kendisi de bir hukuk değildir. Temel norm insan yapımı (veya pozitif) bir yasa olmamakla birlikte, doğal (ilahi olarak emredilmiş) bir yasa da değildir. Ahlaki adaletle hiçbir bağlantısı yoktur.

Kelsen, kişinin anayasaya uyması gerekmesinin nedeninin fiilen anayasa uyulması (anayasanın tanınması) veya anaya-

sının ahlaken adil olması olmadığını, –arkasındaki olgusal tarihten tamamen bağımsız– transandantal bir norm uymamızı emrettiği için anayasaya uyduğumuzu ileri sürer. Bu fikir bazı açılardan Arendt’in modern devrimsel kuruluşun ‘fıtratı’ dediği kavramla benzerlik göstermektedir. Arendt’e göre, devrimsel kuruluşun mümkün olması için gerekli koşullardan biri kendisinden önce gelen şeyi radikal olarak sona erdirmesidir. Eğer kuruluş, yeni bir başlangıç (doğuş) olarak geçmişle olan bağıni koparmadıysa, devrim olamaz, yalnızca kendisinden önce gelenin uyarlaması olarak kalır. Dahası, devrimsel kuruluşlar tarihsel nedenler bağlamında açıklanabiliyorsa, geçmişe dayanarak tahmin edilebilir niteliktedirler, yine devrimsel açıdan tamamen yeni olamazlar. Tamamen yeni olabilmeleri için devrimsel kuruluşun özgürce gerçekleşmesi gerekir. Ancak özgür eylemler, tanım gereği tahmin edilebilir değildir, aksi takdirde geçmişin nedensel olarak gerektirdiği unsurlar olarak kalırlar.

Arendt’in devrimsel anayasa kuruluşunun ön şartı olarak özgürlük kavramına başvurması neden anayasalara uymak zorunda olduğumuzu açıklamaz; bu noktada Kelsen’in temel norma başvurma fikri devreye girer (Kelsen: 212). Ancak Kelsen’in anayasanın yasallığının altında yatan transandantal temellere ilişkin anlayışı güçlü müdür? Bu konuda insanın aklını kurcalayan çeşitli noktalar vardır. Kelsen’e göre (193) yükümlülüklerimizi üstlenmemiz için olan/olması gereken yanılığısına düşmeyen bir yöntem yoktur (çünkü bir şeyin olgusal olarak belli bir şekilde *olması*, öyle *olması gerektiği* anlamına gelir). Belki bu yanılığının yeniden düşünülmesi gerekmektedir. Neden olgusal olarak belirli uzlaşım-lara göre –mesela demokrasiye göre– oynamaya rıza göstermek ile olgusal olarak bir şeyi yapmaya söz vermenin getirdiği yükümlülük aynı değildir? Böyle uzlaşım-lara rıza göstermek onlara uyma yükümlülüğümüzü yeterince açıklıyorsa, belki de transandantal temel norm gibi gizemli bir nosyona başvurmamıza gerek yoktur.

Peki, böyle bir norma başvurmak kendi başına bu yükümlülüğü açıklamaya yeterli midir? Bir pozitivist olarak Kelsen anayasaya uymamızı emreden temel normun herhangi bir doğal hukukçu adalet anlayışına dayandığını reddeder. Bu perspektiften bakıldığında, anayasaya uyma nedemiz anayasanın adil olması değil, yalnızca transandantal normun bize uymamız gerektiğini söylemesidir. Tabii bu bakış açısı çok da tatmin edici değildir. Öncelikle herhangi bir normu transandantal deneyim koşullarıyla kıyaslamak yersizdir. Anayasalara uymaya mecbur edildiğimiz yol ile uzay ve zamanda nesnelere deneyimlemeye mecbur edildiğimiz yol aynı değildir. Ayrıca uzay ve zaman kavramları gerçek, meşru deneyim ve gerçek olmayan hayalî deneyim arasındaki farklı transandantal olarak açıklarken, transandantal temel norm meşru (uyulması yükümlülük arz eden) anayasa ile meşru olmayan anayasa arasındaki farkı açıklayamaz. O zaman anayasaya uyma yükümlülüğümüzü açıklayan şey, transandantal olmayan bir unsur olmalıdır, yani anayasanın ahlaki adaleti.

5.3. Habermas'ın Kuruluş Problemine İlişkin Tartışma Etiği Yaklaşımı

Habermas'ın kuruluş problemine yönelik yaklaşımı Kelsen'in kuramıyla bağdaştırılan iki zorluğun üstesinden gelir. Bu yaklaşım demokratik tartışma ortamını sağlama alan esas kuralların anayasal süreci ve bu sürecin ürünlerini meşrulaştırılan usuliadalet idealinde zaten mevcut olduğu fikrine dayanmaktadır (Habermas 2001b: 778).

Normal şartlarda anayasal ilkelerin demokrasiyi *dışarıdan* düzenleyen ve sınırlandıran kurallar olduğuna inanırız. Bireyleri koruyan temel haklar dik başlı çoğunlukların elindeki keyfi güce gem vurmak için yürürlüğe konduğundan, öncelikle anayasanın demokrasiyi hukukileştirmesi ve meş-

rulaştırması gerektiği varsayılır (tam tersi değil). Habermas bu önceliği tersine çevirir, demokrasinin anayasayı hukukileştirdiğini ve meşrulaştırdığını ileri sürer. Burada kurduğu mantık Rousseau'nun "Yalnızca özgürce rıza gösterdiğim veya –daha net konuşmak gerekirse– halk olarak oy birliğiyle kabul ettiğimiz bir norma uymaya mecbur tutulabilirim." fikrini izlemektedir.

Bu fikrin formülasyonunda Rousseau ve Habermas'ın bakış açıları arasındaki fark şudur: Habermas özgür ve oy birliğiyle verilmiş rızayı ideal koşullarda rasyonel tartışmadan doğan bir unsur olarak tanımlar. Böyle bir tartışma yalnızca önerilen anayasadan etkilenen herkese eşit ve özgür katılım hakkı tanınması durumunda baskıcı bir manipülasyondan ayrılabilir. Tartışmanın ahlaki adillığının rızanın özgürlüğünü ve rasyonelitesini güvenceye alması beklenir. Yani anayasal meclisleri (demokrasilerde küçük ölçekli uygulamalar) düzenleyen adil tartışma kuralları konuşma, ortaklık oluşturma ve herkesin oy birliğiyle kabul edebileceği bir davranışa kısıtlama getirilmesini kabul etme konularında eşit özgürlük hakkına işaret eder. Böyle kurallar anayasaya formel olarak yazılacak olan temel hakları gerekçelendirir. Bu hakları oluşturduklarını söylemek de mümkündür. Bu şekilde düşünüldüğünde, anayasa yalnızca kendisini ortaya çıkaran demokratik sürecin formel ifadesi ve onayıdır.

Habermas'ın bu dairesel gerekçelendirmeyi açıklama girişimi –ki bu dairesel gerekçelendirme içerisinde anayasa geriye dönük olarak kendi normatif kuruluşunu meşrulaştırır– zaten oluşturulmuş olan pratik ve kuralları *düzenleyen* kurallar ile bu pratik ve kuralları *oluşturan* kurallar arasındaki önemli farka dayanmaktadır. Konuşmacıların konuşma süresini kısıtlayan bir parlamento prosedürü, düzenleyici kurallara bir örnektir. Burada söz konusu kural zaten var olan demokratik bir pratiği sınırlandırır –ancak oluşturmaz– çünkü kuralın kendisi pratik oluşturulduktan sonra kullanılabilir. Buna karşın, katılımcılara tehdit ve

başka sınırlandırmalar olmaksızın konuşma ve cevap alma hakkı veren bir kural demokratik bir pratiği oluşturmaktadır; çünkü bu kuralı içermeyen demokratik bir tartışma tahayyül edemeyiz.

Habermas *bazı* temel anayasal hakların –mesela *eşit* medeni ve siyasi haklara tekabül eden haklar (eşit konuşma özgürlüğü ve siyasi kararlara eşit katılım özgürlüğü)– kavramsal olarak (mantıken ve mecburen) demokratik pratikleri oluşturan kurallarda belirtildiğini ileri sürer. Bu haklar demokrasiyi dışarıdan düzenlemez (sınırlandırmaz veya baskılamaz), demokrasiyi oluşturur veya oluşmasına *destek olur*. Anayasanın demokratik kuruluş anında yarı (veya proto) -hukuki ehliyet şeklinde mevcutturlar, bu kuruluşu yasallığının ve meşruiyetinin *en azından bir kısmını* oluşturmak için gereken en alt düzel *usuliadaleti* sağlar (Age.: 770).

Dairesel gerileme problemine ilişkin bu çözüm pozitivist, transandantal ve doğal hukuk kuramlarında bulunan tüm avantajları barındırmaktadır (üstelik dezavantajları olmaksızın). Doğal hukuk kuramındaki gibi, bu çözüm de bir anayasanın tam anlamıyla yasal ve meşru sayılması için öncelikle adalet standardına uyması gerektiğini ileri sürer. Anayasalar, kendilerini oluşturan demokratik süreçler kapsayıcı, özgür ve adil olduğu oranda meşru ve hukukidir. Kelsen'in transandantal kuramındaki gibi, bu çözüm de yasallık ve meşruiyet bahşeden kuralların (yalnızca düzenleyici değil) hukuk üretici süreçler oluşturma niteliği taşıması gerektiğini ileri sürer. Habermas'ın kuramında bunlar adil tartışma kurallarıdır. Kişi, önerilen çıktıdan etkilenecek herkesin tam olarak temsil edildiğini varsaymadan rasyonel bir ikna –retorik manipülasyonun tersi– ‘oyunu oynayamaz.’ Ayrıca kişi tüm katılımcıların en iyi gerekçelere dayanarak bir anlaşmaya varma eğiliminde olduğunu da varsayarak hareket eder; çünkü bu nedenler herkesin argüman sunma ve karşılık verme konusunda ideolojik veya tutucu ön yargılar olmaksızın eşit şartlara sahip olduğu bir süreçten geçerek oluşturulur.

Bu varsayımlar hiçbir tartışmada tam olarak gerçekleşmediğinden –Habermas bunlara ‘karşı olgusal’ varsayımlar der– bu varsayımlar olgusal değil ‘ideal’dirler. Ancak rasyonel iknaı transandantal olarak oluşturan unsurlardır; çünkü kişi rasyonel ikna oyununu oynamayı bırakmadığı müddetçe bu varsayımlar tarafından yükümlü tutulmaktan kaçınamaz.

Son olarak, Hart’ın tarihsel kuramında olduğu gibi, bu varsayımların olgusal bir gücü vardır; var olan demokratik pratiği olgusal olarak oluştururlar. Bu pratik konuşmacılar gerçekten adil tartışma kurallarıyla yönetildiği ölçüde varlığını sürdürebilir. Bu nedenle, bu kuralların adilliği anayasaya da aktarılır: Anayasaya uymakla yükümlü hissederiz; çünkü anayasa adildir, anayasanın adil olduğunu düşünürüz; çünkü anayasa oyuncular olarak bizim adil olduğunu kabul ettiğimiz kurallarla oynanan demokratik bir oyunun çiktisidir.

5.4. Habermas Eleştirisi

Habermas’ın sonsuz gerileme sorununu engelleme girişimi başarılı oldu mu? Doğal hukuk kuramlarındaki gibi, bu girişim de (Habermas’ın düşündüğünün aksine) bir çeşit *ahlaki realizm* gerektirmektedir. Bu anlayış istesek de istemesek de demokratik ve tartışmaya dayalı pratiklerimizi destekleyen evrensel ve gerekli normlar olduğunu varsayar. ‘Tartışma Aklı’ pratiklerimizi gerekli kılan bir güç olarak Tanrı’nın yerini alır. Ancak tartışmayı düzenleyen kurallar çapraz giden bir filin satrancı oluşturması gibi tartışmanın kendisini oluşturamaz; çünkü bu kurallar tartışmanın ortadan kalkmasına gerek olmaksızın bozulabilir veya radikal değişikliklere uğratabilir ve çeşitli şekillerde yorumlanabilir. Kurucu bir meclisin üyeleri retorik beceri ve statüleri açısından eşit olmalı, özgür olmayabilirler (kendi seçmenlerinin çıkarlarına tabidirler) ve herkesin çıkarına bir konsensusa varma isteği ile güdülenmiyor olabilirler; ancak bu durum onların demokratik düşünme pratiğinin ortadan kalktığı anlamına gelmez.

Bu nedenle tartışma kurallarını bizi hukuken olmasa da ahlaken bağlayan ‘düzenleyici fikirler’ olarak düşünmek daha mantıklıdır. Habermas’ın yaklaşımı anayasa geleneğini oluşturan en evrensel ve düzenleyici fikirleri meşrulaştırmaya yarar. Ancak bu fikirler kimin ve neyin temsil edileceğini belirleyen belirli yasal usulleri meşrulaştırmaz.

İlk olarak, adil bir tartışma varsayımları hukuki tartışma içerisinde *neyin* tartışılacağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Prensipde dayanışmayı sarsma riski olan her tür anlaşmazlık tartışılabilir niteliktedir. Ancak modern yasal düzen içerisinde hayat koşulları, tartışılabilir unsurları hukukun üstünlüğü uyarınca her hukuki öznenin sahip olduğu düşünülen haklar ile –yani yaşama, özgürlük ve mülk hakkı ile– sınırlandırmaktadır. Anayasal geleneğe dâhil olan katılımcılar hukuki hakların uygulanacağını ve hukuki süreçlerden geçen kişilerin eşit özgürlük hakkına saygı duyulacağını temin etmeye yönelik usulleri de tartışır.

Dahası, adil tartışma varsayımları *kimin* hukuki tartışmaya katılacağı sorusunu da cevapsız bırakmaktadır. Bu varsayımlar tartışma çıktısından etkilenme potansiyeli olan herkesin tartışmaya katılmasına izin verilmesini gerektirir. Ancak hukuk düzeni hukuki kararlardan etkilenen kişileri belirli bir yargı çevresinde ikamet eden ve hukuk topluluğun geçerli üyeleri olarak görülen bir grup kişiyle sınırlandırır.

Özetle adil tartışma kuralları, belirli anayasaları meşrulaştırmaya veya meşruiyetlerini kaldırmaya yetmeyecek kadar muğlak ve genel kapsamlıdır. Bu kurallar Philadelphia konvansiyonunda Amerikan yerlilerinin ve kölelerin temsiline izin verilmemesi kararını meşrulaştıramaz (veya meşruiyetini ortadan kaldıramaz, üstelik köleler Güneyli beyazların temsilci sayısının belirlenmesine sayıma dâhil edilmiştir). Bu kurallar orijinal Haklar Bildirisi’nde mülkiyet hakkının bulunmamasını veya İkinci Değişiklik’e silah taşıma hakkının eklenmesi kararlarını meşrulaştıramaz veya meşruiyetlerini ortadan kaldıramaz. Bu kurallar özel hukuk davalarının

da jürili yargılanma hakkını (Yedinci Değişiklik) veya hızlı ve aleni duruşma hakkını (Altıncı Değişiklik) meşrulaştırmaz veya meşruiyetlerini ortadan kaldıramaz. Bu kurallar Kongre'de eyaletlerin temsil edildiği iki meclisli sistemi meşrulaştıramaz veya meşruiyetlerini ortadan kaldıramaz.

Modern hukuki düzen varsayımları ve etik tartışma kuralları birlikte değerlendirildiklerinde olsa olsa bazı evrensel insan haklarını gerekçelendirebilirler. Bu haklar modern kurumlar için kurucu niteliktedir. Ancak herhangi bir anayasanın kendilerini belirleyebileceği ve tanımlayabileceği bir yöntemi meşrulaştıramayacak (veya meşruiyetini ortadan kaldıramayacak) kadar genel kapsamlıdır.

Bu noktada, Michelman'ın iddiasına dönelim: anayasal bir gelenek oluşturmadan önce yetkilendirme yapabilmek için meşru ve tarihsel bir anayasaya ihtiyacımız vardır. Durum böyleyse, sonsuz gerileme problemini çözemedik demektir. Peki, bu paradokstan kurtulmanın başka bir yolu var mıdır?

6. Anayasanın İleriye Dönük Olarak Meşrulaştırılması: Derrida ve Habermas

Jacques Derrida, Michelman'ın paradoksuna cevaben ileriye dönük bir meşrulaştırma modeli önerir. Bağımsızlık Bildirgesine ilişkin yorumu, durumun ilginç postmodern kipine (gelecek zamanın hikâyesi [*future-anterior*]) dair paradoksu çok güzel yansıtır:

Bu bildirgeden önce ... bu [Amerikan] halk mevcut değildir... Olası bir imzacı olarak, özgür ve bağımsız özne olarak kendini doğurursa, bu durum yalnızca imza eylemi esnasında gerçekleşebilir. İmza eylemi imzacıyı oluşturur İmza atma hakkım vardır, esasında her zaman bu hakka sahip olmuş olacağım; çünkü geçmişte bu hakkı kendime verebilirdim. (Derrida 1986: 10).

Derrida burada iki şey söylemektedir. Bir yandan Bildirge'nin kendini yetkilendiren daireselliğine işaret etmektedir. Diğer yandan ise yetkilendirme eyleminin dairesel olmadığını söylemektedir. Bunu nasıl yorumlayabiliriz?

Yetkilendirme *başlangıçta* –kurucu meclis toplanmadan önce– değil, imzalama aşamasında *sonradan* gerçekleşen bir durumdur. İmzalama yoluyla yetkilendirme yine daireseldir; çünkü imzacıların kendi yetkisini yaratmasını sağlar. Ancak bu durum imzalamanın tarihi saptanabilir bir eylem olduğunu varsayar. Esasında imzalama eylemi kendisinden sonra gelen düzenleme ve yasama eylemleri esnasında gerçekleşen, tarihi saptanamaz bir yeniden tahsis etme ve kendine mal etme sürecidir. Bildirge'nin ve Anayasa'nın taslağını hazırlayan ve bu belgeleri onaylayan meclisler *başlangıçta* *daha az* yasallık ve meşruiyet taşımaktaydılar; çünkü tüm 'Amerikalıların' temsilcisi değillerdi. Günümüzde bu kurucu belgelerin bize sağladığı yasallık ve meşruiyet –burada 'biz' *tüm* Amerikalıları ifade etmektedir– *geriye dönük* olarak *gelecek* nesiller tarafından yenilenme ve yeniden yorumlanma esnasında kazanılmıştır.

Bildirge'ye ve Anayasa'ya ek yapılması ve bu belgelerin düzeltilmesi süreçleri demokratik olarak seçilen meclisler yoluyla gerçekleştirilir. Rousseau'nun savunduğu ileriye dönük meşruiyet anlayışı uyarınca demokrasi, devam etmekte olan bir hukuki sorgulama ve düzenleme sürecidir ve ideal durumda *başlangıçta* değil, en sonda anayasayı geriye dönük olarak meşrulaştırır. Habermas da bu yaklaşıma katılmaktadır. "Nihai ahlaki sezgilere ilişkin şeffaf bir nesnellığe dönüş" fikrini bir kenara bırakarak ve 'ahlaki realizm'e başvurmaktan vazgeçerek, artık gelecek nesillere ait vatandaşların anayasayı *eleştirel ve özgür bir süreç içerisinde kendilerine uygun hâle getirmeleri esnasında* anayasayı 'gerçekleştireceğini' ve anayasaya 'dayanacağını' savunmaya başlamıştır (Habermas 2001b: 774).

[İdeal temellere] geri dönüş fikrini demokratik anayasanın gelecek odaklı (veya açık) karakterinin anlaşılabilir bir ifadesi olarak anlamayı öneriyorum ... Anayasaya ilişkin bu dinamik anlayışa göre devam etmekte olan yasama süreci hakları mevcut şartlara göre yorumlayarak ve düzenleyerek haklar sisteminin sürdürülmesini sağlar.

Derrida gibi, Habermas da anayasanın tam anlamıyla hukuki ve meşru hâle gelmesinin sonsuza kadar ötelendiğini belirtir. Ancak Derrida'nın aksine, Habermas bu 'proje'nin anlamı ve amacının açık uçlu olduğu fikrini reddeder. Geçmiş tarafından yönlendirildiğini savunur. Esasında böyle de olmalıdır; çünkü gelecek nesillerin demokratik kanun yapma süreçlerinin geriye ve ileriye dönük olarak meşru olduğunu ve anayasayı kurduğunu söyleyebilmemiz için 'kurucu eylemin devamlılığının ... uzun vadede kendini düzelten bir öğrenme süreci olarak anlaşılabilirliğini' varsaymamız gerekmektedir.

Özetle Habermas'ın bağımsız bir demokrasi ve anayasa oluşturmaya ilişkin yeni önerisi daha önce ileri sürmüş olduğu geriye dönük yaklaşımda görülen zorlukların üstesinden gelmiş gibi görünmektedir. Zihnindeki demokratik meşruiyet kavramı geçmişte yaşanmış bir kuruluşa dönük ebediyen sabitlenmiş ve soyut bir düzenleme ideali yerine ileriye dönük, kendini yenileyen tarihsel bir geleneği ifade eder. Ancak Dworkin gibi, Habermas da bu tarihsel projeyi tek bir ideal amacı yerine getirmek olarak görür: Demokratik ve sivil özgürlüğün oluşturulması, derinleştirilmesi ve genişletilmesi.

Bu tarihsel yaklaşım demokrasi ve anayasanın eşdeğerliğini anlamak konusunda başarılı olabilir mi? Habermas gelecek nesillerin demokratik kanun koyucularının kendilerini kurucularla özdeşleştirilmesi, onların standartlarını kabul etmesi ve tam olarak aynı perspektiften aynı projeye bakması gerektiğini söyler. Eğer daha sonraki nesiller Jefferson'ın düşündüğü şekilde kendilerini tekrar tekrar kurmak zorun-

da kalsalardı, asla kendilerinden önce gelen anayasalara hukukilik ve meşruiyet verecek konuma gelemezlerdi.

Habermas gelecek nesillerin kanun koyucularının en az iki açıdan Kuruluş'un etkisi altında olması gerektiği sonucuna varır. İlk olarak gelecek anayasal reformların amaçlarını belirleyen *evrimsel mantığın* etkisi altında olmalıdırlar. Bu amaç gündelik ve siyasi yaşamda haklarından mahrum kalmış grupların daha yüksek oranlarda kaynaştırılmasını, medeni ve siyasi özgürlüklerin arttırılmasını ve bu özgürlükleri maksimize eden sosyal kaynakların sağlanmasını buyurur. İkinci olarak, bu amacın yorumlanmasına ilişkin belirli sınırlama ve ihtimaller belirleyen *maddi geleneğin* etkisi altında olmalıdırlar. Görüşüne göre, alevli bir demokratik diyalog için gerekli olan fikir ayrılığı ve anlaşmazlık önünde sonunda mantık ve tarihin kaçınılmaz şekilde kabul edilmesiyle çözülmektedir. Kendilerinden önce gelen anayasal başarılarla ve ideallere bağlı olduklarından, gelecek nesiller özgür değildir; çünkü kendi anayasalarını kurma fırsatından mahrum bırakılmışlardır. Ancak sonraki nesillerin yalnızca kendilerinden önce gelen kuruluş başarısını yenilemekle sınırlı olması gerekiyorsa, bunu kendi demokratik özgürlüklerini ihlal etmeden nasıl sürdürebilirler?

7. Hegel ve Ackerman'ın Anayasal Devrimlere İlişkin Fikirleri

Demokratik öz belirlenim ve anayasal kuruluşu uzlaştırmanın bir yolu anayasal projeyi (Habermas'ın deyişiyle) 'aksi takdirde öz göndermeli bir şekilde kapalı bir meşruiyet çemberi olarak kalacak bir durumun tedbir amaçlı olarak *kesilmesi*'ni içeren devrimsel bir proje olarak ele almaktır (Habermas 1996: 318). Bu stratejinin başarılı olabilmesi için, söz konusu devrimin sürekli, ilerlemeci bir tarih içerisinde belirlenmiş bir dizi kesintiden meydana gelmesi gere-

kir; çünkü böyle bir tarih varsaymazsak, geriye dönük bir kuruluş meşruiyeti tasavvur edilemez. Peki, geçmişte sürmekte olan bir devrimi nasıl tasavvur edebiliriz?

Hegel felsefesi bu soruya bir cevap sunar. Soyut bir adalet felsefesi olarak, anayasa kendi hükümlerinin içerdiği sınırları ve kusurları aşan idealler içermektedir. Bu idealler –daha fazla insanı sivil ve demokratik hayata dâhil etmeyi ve hak ve özgürlüklerimizi genişletmeyi (ve derinleştirmeyi) amaçlar– anayasanın kabulüne kadar olan ve onu takip eden gelenek içerisinde en baştan beri mevcuttur; ancak başlangıçta daha dar anlamda yorumlanırlar. Anayasal hukukbilim ve yasa koyma normalde bu idealleri sorgulamadan hukuk sisteminin bağdaşıklığını korumaya odaklıdır. Ancak zaman içerisinde anayasal idealler ve anayasal gerçeklik arasında yaşanan uyuşmazlıklar nedeniyle normal anayasal hukukbilim çöker. Ortaya çıkan anayasal kriz, anayasal ideallerin daha radikal şekilde sorgulanmasını gerektirebilir. Bu durum zaman içerisinde tamamen yeni bir anayasal paradigma veya yorumlama şekli doğurabilir. Hegel’in deyişiyle eski anayasal idealler eş zamanlı olarak korunur, etkileri sıfırlanır ve daha üst bir düzleme çekilir.

Bruce Ackerman bu anayasal devrimlerin hâkimlerin sanki ilerlemeci şekilde tekrar tekrar yorumlanan *tek* bir anayasal gelenek varmış gibi hareket etmesi gerektiğine dair (Dworkin ve Habermas tarafından geliştirilen) yaklaşıma şüphe düşürdüğünü söyler. Amerikalıların 1787’den beri üç anayasası olduğunu ileri sürer (orijinal Konfederasyon Maddeleri hariç): Eşit egemen eyaletlerden oluşan federal birliği kuran Erken Cumhuriyet Anayasası (1787); eşit *hukuki* öznelerden oluşan ulusal birliği kuran İç Savaş Sonrası Orta Cumhuriyet Anayasası (1868) ve eşit *politik* öznelerden (vatandaş) oluşan birliği kuran Yeni Düzen Sonrası Modern Cumhuriyet Anayasası (1938). Bu anayasal rejimlerin her gibi kendine ait kapsayıcı bir bütünlüğe sahip olduğundan, sonrakilerin durduğu noktadan bakarak öncekilerin ‘huku-

kiliğini' veya 'meşruiyetini' yargılamak mümkün değildir. Dworkin'in aksine, hiç kimse *Plessy v. Ferguson* kararının –ırka göre ayrılan ama eşit tesisler ilkesini kabul eden karar– yanlış olduğunu ileri süremez; çünkü kararın verilmiş olduğu 1896 yılında On Dördüncü Değişiklik'in Eşit Korunma ve Usule Uygunluk (*due process*) hükümlerinin daha sonra Modern Cumhuriyet Dönemi'nde kazanmış olduğu anlamı henüz taşımıyordu.

Bu durum Amerikan anayasal tarihinin hiç 'gelişme' göstermediği ve bu nedenle de öncülleriyle karşılaştırıldığında Modern Cumhuriyet'in üstün adaletini sorgulayacak bir temeli olmadığı anlamına mı gelir? Ackerman böyle düşünmez. Ancak Hegel'in önceki rejimlerin anayasal ideallerinin sonraki rejimlerin ilerlemeci sentezleri sayesinde korunduğu, genişletildiği ve derinleştirildiği tarihsel gelişim diyalektiğine başvurması Amerikan anayasa tarihinin gelişim gösterdiğini ortaya koymaktadır. "Mahkemenin derin geçmişi kullanmasını anlamının en iyi yolu diyalektik düşündürmektir Tez, antitez ve sentez – her bir neslin diyalojik faaliyeti; gelecek nesillerin Amerika'nın anayasal geleceği ile yaşadığı süregelen çatışmaya yönelik yeni bir tarihsel tez sunar." (Ackerman 1991: 304) Ackerman, Hegel'in "Toplum bazı önceden belirlenmiş tarihsel yolları takip ediyor." anlayışını açıkça reddetmesine karşın, Amerikan anayasa tarihinin gelişim veya evrimsel bir mantık gösterdiğini düşünmektedir. Sözü edilen gelişim demokratik usullerde olduğu kadar maddi adalette görülen gelişimi de içermektedir. Ancak bu gelişimin nasıl yaşanacağına karar vermek her bir yeni neslin kendisine kalmaktadır. Buradaki esas konu her bir yeni anayasal antitezin kendisini reddettiği anayasal tez bağlamında meşrulaştırması gerekmesidir. Ortaya çıkan antitez ve tez sentezi geçmişten bir ayrılma olduğu kadar geçmişin devamı niteliği de taşımaktadır.

Ackerman'ın hipotezine yakından bakalım. Ackerman, birbirini takip eden her bir Amerikan anayasal rejiminin ilerleme-

ci şekilde daha demokratik bir yönde Amerikan Anayasası'nı iyileştirmek için usulleri 'devrim yaratacak şekilde kökten değiştirdiğini' ileri sürer. Erken Cumhuriyet'in (1787) kuruluşu pek de demokratik olmamıştır ve esasında kendisinden önce gelen rejime hükmeden Konfederasyon maddelerinde belirlenmiş olan maddeler ışığında değerlendirildiğinde yasa dışı ve gayrimeşru olduğu düşünülebilir. Bu maddeler için 13 konfedere devletin tamamının meclislerinden oybirliği ile onay alınması şart koşulmuştur (Erken Cumhuriyet Kurucu Babaları eyalet meclislerine 'değiştirme' sürecinde herhangi bir rol vermemiştir, bunun yerine ilk on üç eyaletin yalnızca dokuzunda özel anayasal meclisler toplamışlardır).

1868 yılında gerçekleşen Orta Cumhuriyet'in kuruluşu usulen daha demokratik olmuştur; çünkü köleliği yasaklayan (On Üçüncü Değişiklik), eşit ulusal hukuki korunma sağlayan (On Dördüncü Değişiklik) ve oy kullanma hakkını ırk gözetmeksizin tüm vatandaşlara sağlayan (On Beşinci Değişiklik) Yeniden Yapılandırma Değişiklikleri halkın seçtiği temsilciler olarak hareket eden Kongre tarafından kabul edilmiştir.

Orta Cumhuriyet Anayasa'nın Beşinci Maddesi'ndeki, eski kölelerin azat edilmesine muhalif duran Güneyli eyalet meclislerinin bazılarının da onayını gerektiren Anayasa değişikliğine ilişkin hükümleri dolanmak suretiyle Anayasa'nın değiştirilmesi konusunda daha demokratik bir yol izlemiştir, bu yol daha sonra Modern Cumhuriyet kurucuları tarafından örnek alınmıştır. Günümüz şartlarında bakıldığında, On Dördüncü Değişiklik'in bu demokratik gelişmeyi pekiştirmek açısından belirleyici olduğu görülmektedir; çünkü bu madde ile birlikte Amerikalıların öncelikle 'Birlik vatandaşı' olduğu ve bu nedenle yaşadıkları bağımsız eyaletlerin neden olduğu hak ihlallerine karşı korunma ve muafiyet haklarına sahip olduğu fikri doğmuştur.

Anayasal usulü kökten değiştirmenin yanı sıra, Orta ve Modern Cumhuriyetler anayasal esaslarda da devrim yaratmışlar; özgürlük ve eşitlik kavramlarının anlamlarını yeniden

tanımladılar. Bu devrimlerin hepsi bir anda yaşanmadı. Her bir yeni cumhuriyet yerine geçtiği cumhuriyetle ‘uzlaşmak’ zorundaydı. Örneğin Orta Cumhuriyet’i ele alalım. Ackerman Orta Cumhuriyet’i kurmuş olan Yeniden Yapılandırma Değişiklikleri’nin başlangıçta ‘üst kaideler’ (*superstatutes*) olarak görüldüğünü belirtir (terim Raoul Berger’e aittir). Bu üst kaidelerin anlamları son derece genel anlamıyla ve yüzeysel olarak ele alınıyordu ve kapsamları yalnızca eski kölelere uygulanacak şekilde dar anlamda yorumlanıyordu. Bu durum, *Lochner v. New York* (1905) davasında Yüksek Mahkeme On Dördüncü Değişiklik’i tüm Amerikalıları içeren bir eşitlik ideali kapsamında geniş anlamda yorumlayana kadar devam etti. Ancak bu davadan sonra bu üst kaide Anayasa’nın tüm anlamını zımnen değiştiren bir değişiklik olarak görülmeye başlandı.

Zımnen diyorum; çünkü 1930’lara kadar Değişiklik, Mahkeme tarafından Haklar Bildirisi’nde yer alan haklardan yalnızca bir tanesini koruyacak şekilde uygulandı: Özel mülkiyet hakkı. Aslında, Orta ve Erken Cumhuriyetlerin eksiksiz sentezi daha sonra Modern Cumhuriyet’in kuruluşunun ardından başlayacaktı. Modern Cumhuriyet kurucularının karşılaştığı ana problem, Erken Cumhuriyet’in özel mülkiyeti ‘usule uygunluk’ (*due process*) ve adil tazminat’ olmaksızın el koyulamayacak ve dokunulamayacak ihlal edilemez bir hak olarak sağlamlaştırmış olmasıydı. On Dördüncü Değişiklik’in kabulü sayesinde, tutucu Yüksek Mahkeme yargıçları artık bu ‘hakka’ –hukuka aykırı bir el koyma eylemi olarak gördükleri– her tür gelir vergisinin ve –yine potansiyel ticari kazançlara hukuka aykırı el konulması olarak gördükleri– her tür eyalet, belediye veya federal düzeydeki işyeri düzenlemesinin önünde duran bir engel olarak başvurabileceklerdi. 1913 yılında Kongre’ye gelir vergisi koyma yetkisi sağlayan On Altıncı Değişiklik’in kabulü devlete ait işyeri düzenlemesi yetkisini genişletme ve toplumsal refah ve sosyal güvenlik reformları başlatma arayışında olan ‘Yeni Düzen’ reformcuları için bu bariyeri alçaltmadı.

Yüksek Mahkeme'nin üye sayısını dokuzdan on bire çıkarmaya yönelik tehditlerin ardından –Yargıç Owen Roberts'ın 'vakitlice değişmesi' ve birkaç emeklilik 'dokuzu kurtardı'– Başkan Franklin Roosevelt mahkemeyi yeni anayasal bir devrim başlatmaya ikna etmeyi başardı. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu devrim *Birleşik Devletler v. Carolene Products Co.* (1938) davasına ait bir dipnotta 'gömülüydü', bu davada 'normal şartlarda azınlıkları koruması beklenen siyasi süreçler'le doğrudan ilişkili haklara daha üst düzey bir korunma sağlanmasına karar verilmişti. Artık Anayasa'nın düzenleyici ilkesi piyasa değil, demokrasi olacaktır.

On Dördüncü Değişiklik'te olduğu gibi, *Carolene Products* davasının başlattığı devrim de iki aşamalı bir süreçten oluşuyordu; ancak burada bu aşamalar basit bir dipnotun içine sıkıştırılmıştı. Bu dipnot Haklar Bildirisi'ni evrensel bir demokratik ilke gerektiren 'belirli yasaklar listesi' olarak yeniden tanımlar. Bu nedenle bu dipnotun azalttığı mülkiyet hakları demokratik ve sivil haklar çoğaltılarak telafi edilmiştir. Ancak bu çoğaltma piyasa özgürlüğünün ortadan kalkmasını telafi etmekten çok daha fazlasını yapar; tüm hakların içeriğini tanımlayan demokratik özgürlüğün kapsamını genişletir. Bu bağlamda, yalnızca farklı değil aynı zamanda niteliksel açıdan daha üstün bir özgürlük ve eşitlik anlayışı sunar. Altıncı bölümde tartışılacağı üzere, bu yeni anlayış şimdilik eski rejime dönmeye ilişkin girişimlere dayanmayı başarmaktadır.

8. Sivil İtaatsizlik: Platon, Thoreau ve Arendt

Tartışmayı sonlandırmadan önce, Yeni Düzen'in mümkün hâle getirdiği niteliksel açıdan üstün özgürlük anlayışının en çarpıcı yönlerinden birini tartışmamız gerekir: Sivil itaatsizlik. Sivil itaatsizlik önemlidir; çünkü demokrasiyi koruma ve ilerletme konusunda bir halk gücü ortaya koyar. Ancak anayasa

hukukunda açıkça izin verilmemiş bir tür kanun ihlali olduğu için sivil itaatsizlik esasında yasa dışıdır. Bu nasıl olabilir?

Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle sivil itaatsizliğin anlamına bakmamız gerekir. Sivil itaatsizlik kavramının geçmişi İlk Çağa kadar gitmektedir. Platon'un *Sokrates'in Savunması* eserinde aktarıldığı üzere, Sokrates'in kendisine kamu ahlakına ilişkin sorgulama yapmayı bırakmasını bu yuran bir emre uymayı reddedeceği beyanı sıklıkla sivil itaatsizlik *tarafı* bir argüman olarak ele alınmaktadır. Buna karşın, daha sonra haksız mahkûmiyetinden kaçması için Kriton'un yalvarmalarına aldırılmaması ise genellikle sivil itaatsizliğe *karşıt* bir argüman olarak yorumlanır. *Kriton* diyalogunda Sokrates, jürinin kendisini mahkûm etmesine itaat etmemenin yalnızca adil olmayan bir karara itaatsizlikten fazlası olacağını ileri sürer. Sokrates'e göre böyle bir itaatsizlik kendisine felsefe yapma, akranlarının önünde kendisini adil şekilde savunma hakkı sağlayan Atina hukuk sisteminin tamamına itaatsizliğe eşdeğerdir. Sokrates'in jüri kararına itaatsizliğe ilişkin argümanı bazı açılardan demokratik çoğunluk kuralına saygı fikrinin altında yatan geriye dönük meşruiyet nosyonunu hatırlatmaktadır: Eğer bir oyun oynar ve 'kaybedersen', kaderine razı olmalı ve çıktıkları kabul etmelisin. Sokrates adil olduğunu düşündüğü kurallar uyarınca demokratik vatandaşlık oynamaya zımnen rıza göstermişti. Bu nedenle itaatsizliğin adaletsiz olacağına ve hukuka saygıyı zayıflatacağına dair inancı mantıksız değildi.

Diğer filozoflar, sivil itaatsizlik kavramının Kriton'un Sokrates'i teşvik etmeye çalıştığı davranışı betimlemek konusunda zayıf kaldığını ileri sürer; ancak bu kavram Sokrates'in *Savunma'da* savunduğuna oldukça uymaktadır. Sivil itaatsizliğin nasıl gerekçelendirilebileceğini görmek için daha tanıdık bir döneme bakalım. 'Sivil itaatsizlik' terimi Amerikan toplum bilincine ilk olarak Henry David Thoreau'nun sivil itaatsizliğe ilişkin Ocak 1848'de Concord Lisesinde verdiği dersten oluşan *Bireyin Devletle İlişkisi Üzerine* başlıklı,

ölümünden sonra basılmış olan eseri ile girmiştir. Thoreau bu terimi hiç kullanmaz; ancak verdiği derste Meksika'ya karşı saldırı savaşı başlatan ve köleliği onaylayan Federal Hükümet'e karşı vicdani bir kopma olarak Massachusetts baş vergisini vermeyi reddetmiş olmasını meşru sayar.

Çağdaş yorumcular, Thoreau'nun bu protesto eyleminin gerçek bir sivil itaatsizlik eylemi olup olmadığı konusunda fikir ayrılığına düşerler. Thoreau kendi eylemini '75 Devrimi'ne⁶ benzer nitelikteki tiranlığa karşı başkaldırı olarak tanımlar (Bedau: 30). Ancak sivil itaatsizlik tüm bir anayasal rejimi devirmekten farklıdır; çünkü sivil itaatsizliğin temel amacı bir kanunu, bir hükümet kararını veya tek bir anayasa hükmünü yıkmaktır. Dahası, Thoreau gerçekleştirdiği eylemi iki yıl boyunca kamuya açıklamamıştır. Eğer Arendt haklıysa, sivil itaatsizlik adil olmayan bir hükümet politikasını değiştirmek amacıyla kamu desteği toplayabilmek için bir kanunu *görünür şekilde* ihlal etmek anlamına gelir. Gerçi Thoreau'nun örneğine bakılırsa ihlal edilen kanunun tersine çevrilmek istenen kanun olması mecburi değildir. Thoreau ahlaka aykırı olduğuna derinden inandığı bir şeyden kendini soyutlayarak vicdanını temizlemeye çalışmaktaydı (Age.: 28); kamusal bir protesto başlatmaya çalışmıyordu. Bu açıdan, gerçekleştirdiği başkaldırı kişiseldi.

Son olarak Thoreau'nun eyleminin hem sivil itaatsizlik hem de ahlaken meşru sayılıp sayılmayacağı sorusu vardır. Önce normal hukuki ve siyasi kanallar yoluyla kanunu değiştirmeye yönelik iyi niyetli çabalarla sürdürülmeseler dahi, bireysel vicdani ret eylemlerinin ahlaken meşru olduğuna karşı çıkacak çok az kişi vardır. Fakat mesele sivil itaatsizlik olduğunda, durum hiç de böyle değildir. Thoreau ise açıkça kendi dönemindeki diğer vatandaşların çoğunu ayıplar ve "Vali'ye veya Meclis'e karşı imza kampanyası düzenlemek benim işim değil" der (Age.: 35).

⁶ Amerikan Devrimi veya Amerikan Bağımsızlık Savaşı, 19 Nisan 1775'te Concord Savaşı'nın patlamasıyla başlar. (Yay. Haz.)

Thoreau'nun protesto eylemi bir gününü gönüllü olarak hapisanede geçirmesini sağlayan daha derin bir ahlaki öfkeden kaynaklanıyor olmasına rağmen, gerçekleştirmiş olduğu eylem sivil itaatsizlikten ziyade vicdani ret kapsamına giriyor gibi görünmektedir. Sivil itaatsizliğin daha iyi bir örneği olarak 1960'ların başlarında Sivil Haklar Mücadelesi esnasında Birmingham'ın ırk ayrımcılığını yasal hâle getirmesini protesto etmek amacıyla Rahip Martin Luther King Jr.'ın Birmingham caddelerinde barışçıl bir yürüyüş liderlik etmesi gösterilebilir. Birmingham yetkilileri bu yürüyüş için King'e izin vermeyi reddetmişlerdir, bu nedenle esasında Birinci Değişiklik'te yer alan konuşma ve toplanma hakkı uyarınca uygun olmasına ve Martin Luther King uygun şekilde izin talep etmiş olmasına rağmen teknik açıdan bu eylem yasal değildir. Ayrıca King, Güney'deki ırk ayrımcılığını bitirmeye çalışmak için başvurabileceği normal hükümet yollarının hepsini tüketmiştir; Mahkeme ayrımcılığın kaldırılması emri vermiştir; ancak ne Alabama Eyaleti ne de Federal Hükümet emirlere uymuştur.

Diğer sivil itaatsizlik örnekleri arasında Vietnam Savaşı esnasında yaşanan savaş karşıtı protestolar gösterilebilir. Bu protestolar esnasında celp kâğıtları yakılmış, askerî karavanların yolu kesilmiş ve savaşı destekleyen üniversite araştırma merkezleri ve diğer tesisler barışçıl şekilde işgal edilmiştir. Tüm bu olaylarda hükümet politikalarına karşı protestolarda bulunan gruplar hükümet yetkililerine karşı imza kampanyaları başlatarak bu politikaları değiştirmeye çalışmışlardır; ancak 1968 sonrasında çoğu Amerikalının (ayrıca askere çağrılan çoğu genç erkeğin) savaşa karşı olmasına rağmen bu çabalar başarılı olamamıştır. Daha ilginç, güçler ayrılığı ve yargı denetimine ilişkin tartışmamız göz önünde bulundurulduğunda, savaş karşıtı protestolar konusunda Yüksek Mahkeme, savaş ilan etme yetkisini yalnızca başkana değil Kongre'ye veren Anayasa'nın ihlal edilerek Vietnam Savaşı ilan edilmesine karşı yargı denetimi hakkını kullanmayı reddetmiştir.

Sivil itaatsizlik gerçekleştirenlerin her tür şiddet eyleminden kaçınmaları ve tutuklanmalarına müsaade etmeleri gerekip gerekmediği sorusunu bir kenara bırakacağım. Burada daha önemli soru sivil itaatsizliğin nasıl meşrulaştırılacağıdır. Yorumcuların çoğu sivil itaatsizliğin geriye dönük bir meşruiyet algısı çerçevesinde gerekçelendirilmesi gerektiğini varsayar. Bazıları meşruiyetin temelini daha üst bir ahlak yasasına dayandığını savunur: Doğal hukuk. Diğerleri bu temelini daha üst bir pozitif hukuka dayandığına inanır: Anayasa. Bu temeller birbirlerinden daha üstün değildir; King, sivil itaatsizlik eylemini gerekçelendirmek için her iki meşruiyet temeline de başvurmuştur (Bedau 1969: 77-8).

Peki, sivil itaatsizliğe ilişkin bu geriye dönük meşrulaştırma demokratik demokrasi elde etmek amacıyla gerçekleştirilen sivil itaatsizlik eylemlerinin için değerini yakalamayı başarıyor mu? Sivil itaatsizliğin tek gerekçesi olarak doğal hukuka başvurmanın neden olduğu sorunlardan biri, doğal hukuka ilişkin yorumun son derece öznel olmasıdır. Doğal hukuka başvurmak birinin kişisel vicdani ahlak anlayışına başvurmakla aynıdır. Ancak Thoreau meselesinde de belirttiğim üzere, sivil itaatsizlik eylemi gerçekleştirmek için kanuna vicdanen karşı çıkmak yetmez. Sivil itaatsizlik, kişinin diğer vatandaşların da tanıyabileceği ve kabul edebileceği gerekçelere başvurarak onları kendi gayesinin doğruluğu konusunda ikna etmesi demektir. Bu nedenle Arendt sivil itaatsizliği kamu fikrini etkilemek için gerçekleştirilen bir *grup* davranışı olarak tanımlar (Arendt 1972: 55). Kürtaj kliniği protestocularının eylemlerinde görüldüğü üzere, yalnızca dinî inanca dayanarak kanunları ihlal etmek kamu tarafından kabul edilebilirlik şartını sağlamamaktadır. Dindar kürtaj karşıtlarının muhataplarının da aynı inançları paylaştığını varsayarsak bir problem doğmaz. Ancak konu bu inançları paylaşmayanlara gelince sorun oluşmaktadır. Onlara göre, kürtaj karşıtlarının kanunu ihlal etmesi kendilerinin mantıklı bulduğu fikirleri dile getirmeyecektir. Bu

nedenle Arendt'in tanımına göre kürtaj karşıtlarının kanunu ihlal etmesi inançlı olmayan bireyleri kanunu değiştirmeye ikna etmeye çalışan bir sivil itaatsizlikten ziyade, vicdani ret eylemi olarak tanımlanabilir.

Başvurulan anayasal hükümler geniş ölçekte herkes tarafından makul görülecek nitelikte olmak şartıyla, sivil itaatsizliğe temel oluşturması açısından anayasa hukukuna başvurmak –Sivil Haklar ve savaş karşıtı eylemler esnasında pek çok protestocunun yaptığı gibi– bu bağlamda daha mantıklı görünmektedir. Ancak Thoreau meselesinde de görüldüğü üzere, bu koşul her zaman sağlanamaz. Thoreau'ya göre “Anayasa kötüdür” çünkü köleliğe müsaade eder. Bu nedenle Thoreau, Anayasa'ya karşı çıkmasına gerekçe olarak Anayasa'nın kendisine başvuramaz.

Anayasa'nın kendisine karşı çıkarılan sivil itaatsizlik durumlarının gerekçelendirilmesi, ileriye dönük bir demokratik meşruiyet anlayışına dayandırılmalıdır. Gerçekten de asıl başvuru noktası geriye dönükken bile, ileriye dönük bir demokratik meşrulaştırma nosyonuna başvurmak gerekli gibi görünmektedir. Augustine ile Aquinas'ın doğal hukuk doktrinlerine ek olarak King, Güney'de kelle vergisi, okuryazarlık testleri ve sindirme gibi yöntemlerle oy vermeleri engellenen Afrikalı-Amerikalıların hukuksuz şekilde haklarından mahrum edilmesini engellemek için Anayasa'ya da başvurmuştur. Daha kesin konuşmak gerekirse, Yeni Düzen Anayasası'na ve bu Anayasa'nın üst düzey önem atfettiği demokratik ve sivil haklara başvurmuştur. Bu ileriye dönük Anayasa ilerlemeci bir mükemmellik beklentisiyle kendisinden daha öteye bakmaktadır. Fikirlerini bu Anayasa'ya dayandıran King, siyahların beyazlarla aynı haklara sahip olmasının ötesinde Sivil Haklar Hareketi'ni hedeflemiştir. Vietnam Savaşı ve Amerikan fakirliği konusundaki eleştirilerinde de açıkça görüldüğü üzere King, kişilerin tenlerinin rengi ile değil yalnızca karakterleri ile değerlendirildiği ileriye dönük adil bir demokrasi vizyonu oluşturmayı hedeflemiştir.

Arendt'in, sivil itaatsizliğin Anayasa'ya uygun şekilde yapılmayacağı –veya yapılamayacağı– şeklindeki yorumu, ileriye yönelik bir anayasal ideali ile geriye yönelik bir anayasal hukuk felsefesi arasındaki paradoksal ilişkiyi net bir şekilde ifade eder: “Sivil itaatsizlik Amerikan kanunlarının ruhuyla uyumlu olsa da bu eylemi Amerikan hukuk sistemine dâhil etmeye ve yasal temellere dayanarak meşrulaştırmaya ilişkin zorluklar önemli engeller teşkil etmektedir ... Hukuk, hukukun ihlalini gerekçelendiremez.” (Age.: 99) Bununla birlikte, sivil itaatsizlik demokrasinin ifade edilmesinde hayati bir rol oynamaktadır. John Rawls'un deyimiyle sivil itaatsizlik “Anayasal rejimi daha adil hâle getirme eğiliminde olması bakımından anayasal rejim içerisinde istikrar sağlayan bir araçtır” (Rawls 1999: 187). Sivil itaatsizliğin amacı, dik başlı bir hükümeti daha demokratik olmaya zorlamayı hedefleyen bir toplumsal iyilik vizyonuna yönelik olarak geniş bir toplumsal destek oluşturmak amacıyla kamusal akli kullanmaktır. Rawls bu konuda şunları dile getirmektedir:

Sivil olarak itaatsizlik eyleminde bulunan kişi [seçmenlere hitap eder] Meşru bir sivil itaatsizlik toplumsal barışı tehdit ediyorsa, sorumluluk protesto edenlere değil, yetkileri ve gücü istismar edenlere aittir ve bu durum direnişi meşrulaştırır. (Age.: 188-9)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SUÇ VE CEZA

Medyada suçlara oldukça büyük yer ayrıldığından, çoğumuz ceza kanununa dair ciddi bilgiye sahiptir. Ancak hayatın bu karanlık yönüne bu kadar aşına olmamıza rağmen, neredeyse hiç kimse suç teşkil eden eylem ile diğer yasaları çiğneme veya zarar verme eylemleri arasındaki farka ilişkin net bir fikre sahip değildir. Ancak şu kadarı kesindir ki suçlar, yasaların ceza gerektirecek şekilde ihlal edilmesidir; çünkü topluma ciddi zararlar verirler. Bu tanıma göre sivil itaatsizlik istisnadır; cezalandırılabilir olmasına rağmen (tıpkı bir suç gibi) sosyal açıdan faydalıdır (suçun aksine). Bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz özel hukuk uyarınca değerlendirilen zararlar da suç değildir; çünkü genellikle topluma suç eylemlerinden daha az hasar verdikleri düşünülür. Haksız fiilin veya sözleşmenin ihlalinin neden olduğu zarar yalnızca belirli kişileri etkileyen hukuki ihlallerdir ve bu nedenle en iyi çözüm yolunun zarar gören tarafların tazminat davası açmasına izin vermek olarak belirlendiği özel meseleler olarak ele alınırlar. Bu özel zararlar yalnızca –fiili saldırı gibi durumlarda– kamu güvenliğini tehdit ettiğinde ceza hukuku uygulamasının alanına girer.

1. Suç Nedir? Düşman Muharip Konusu

Terörizm, suç anlayışımıza yeni zorluklar katar. Teröristler, savaşa katılan askerler midir, yoksa cinayet ve kargaşaya neden olan suçlular mı? Bush yönetimi her iki görüşün de doğru olduğunu kabul ederek bu kişileri ifade etmek için eski bir

terim olan 'düşman muharıpler'¹ (*enemy combatants*) yeniden kullanıma sokmuştur. Bu sınıflandırmaya göre, bireyler düşman askeriyemiş gibi, normal şartlarda suç işleyen insanlara tanınan haklar kendilerine sağlanmaksızın ve duruşma yapılmaksızın tutuklanır. Aynı zamanda zanlılara normal şartlarda uygulanan sorgu ve cezalara tabi tutulurlar.

Bush yönetimi, düşman muharıplere uygulanan bu yöntemi söz konusu bireylerin muharip suçlu şeklinde eşsiz bir sınıf oldukları temeline dayandırarak gerekçelendirir. Muharıpler gibi, bu gruptaki kişiler de düşman bir ulusa karşı gerçekleştirilen kutsal bir savaşta kendi hayatlarını feda etmeye gönüllüdürler; aynı zamanda tıpkı suçlular gibi, onlar da çoğunlukla masum sivilleri hedef alırlar. Bu tanımın doğruluğunu kabul edersek, terör zanlılarına (düşman muharıpler) neden oldukları zulüm hem savaş hem suç unsurlarını birleştiren yeni bir yasal araç gerektiren özgün bir mücrim kategorisi gibi davranmak mantıklıdır.

Gözlemcilerin çoğuna göre, bu iki farklı unsurun sentezi makûstur; çünkü uygulandıkları kişileri hem askerlere hem suçlulara tanınan ayrı ayrı haklardan topyekûn mahrum bırakır. Üçüncü Cenevre Konvansiyonu'na göre, "[Sorulara] cevap vermeyi reddeden savaş tutsakları tehdit edilemez, aşağılanamaz veya nahoş ya da zararlı herhangi bir davranışa maruz bırakılamaz." ve "Savaş durumunun sona ermesiyle birlikte serbest bırakılmalıdırlar." Bu Konvansiyon'un ardında yatan mantık son derece basittir: Askerler, *meşru nefsi müdafaa* niteliğindeki öldürücü fiilleri yalnızca *resmî savaş eylemleri sona erene kadar resmî olarak işaretlenmiş düşman ordularını* hedef alan hükümetlerin *yasal* askeriye

¹ Yüksek Mahkeme 'düşman muharip' kavramını 'yaşam veya mülke zarar vererek savaş başlatmak amacıyla üniforma giymeden gizlice sınırlardan geçen' herhangi biri olarak tanımlar. Bu kişilere savaş tutsağı statüsü verilmez, onun yerine bu kişiler 'askerî mahkemelerde yargılanmaya ve cezalandırılmaya tabi savaş kanununu ihlal eden bireyler' olarak değerlendirilirler. Bu tanım uyarınca, düşman muharıpler duruşma hakkı olan ancak sivil mahkemelerde yargılanmayan suçlulardır. Bkz. Ex parte Quiren, 317 U.S 1, 31 (1942).

mensupları olarak ele alınır. Böyle ordular geniş anlamda henüz harekete geçmemiş olsalar dahi düşmanca fiiller ifa etmesi muhtemel olan kişileri içerecek şekilde tanımlanmıştır. Bu nedenle, savaş ortamında istemsiz olarak sivilleri öldürmeleri durumunda suçlanamazlar (Bu durum bazen 'sivil zayıf' olarak adlandırılır).

Suç ve suçun cezası kavramlarının arkasında yatan mantık ise oldukça farklıdır. Suç eylemleri *sivillere ve topluma kasıtlı olarak yöneltilmiş yasa dışı saldırılardır*. Suçun kolluk kuvvetleri tarafından engellenmesinin temel amacı masum sivilleri korumak olduğundan, azami dikkat ile gerçekleştirilmelidir. Şüphelilere uygulanacak hukuki güç, oluşturdukları tehditle doğru orantılı olacak şekilde ayarlanmalıdır ve işlemiş olduklarından şüphelenilen suçlara ve suç tertiplerine dayanmalıdır. Sözü edilen güç, sivillerin hayatını tehlikeye atmamalıdır ve basit bir kanıt üstünlüğünden daha fazla bir temele dayanmalıdır. Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde, suçu kanıtlanana kadar masum olma varsayımı suç işlemiş olmakla suçlanan kişinin masumiyetini veya suçluluğunu belirlemek için mahkemeye çıkarılmasını gerektirir. Ayrıca söz konusu kişiye hukuki danışmanlık ve bunun yanı sıra kendisine karşı ileri sürülen tüm itham ve bulgulara karşı çıkma ve tekzip etme hakkı sağlanmasını da mecbur tutar. Suçun kanıtı makul şüphenin ötesinde olmalıdır ve hukuki davalarda olduğu gibi yalnızca basit kanıt üstünlüğü ile desteklenmemelidir.²

Amerikan hapisanelerinde gözaltında tutulan düşman muhripler asker olarak savaşan yabancı uyruklular oldukları temeline dayanarak bu hakların çoğundan mahrum bırakılırlar, bu nedenle yalnızca savaş tutsaklarına insanca muamele anlayışını kapsayan Cenevre Konvansiyonu ile gü-

² Basit kanıt üstünlüğü: Hukuk davalarında talep edilen ve karşı tarafın kanıtlarından daha ikna edici olması yeterli olan kanıtlama türü. Bazı davalarda bu tür kanıt yeterli olmaz ve 'açık ve inandırıcı kanıt/ispat' aranır. Ceza yargılaması ise 'makul şüphenin ötesinde', yani mevcut kanıtların tümüyle belli bir durumu ispatladığı kanıtı gerekli kılar. (Yay. Haz.)

venceye alınmış asgari haklara sahiptirler. Savaş tutsakları Cenevre Konvansiyonu kapsamında daha az haklara sahiptir; çünkü ceza davalarında kendilerini savunma hakkı tanımak gizli askerî kaynakların incelenmesini gerektirir. Ancak, gözaltında tutulan düşman muhاریlerin bazıları, ceza kanununa göre yargılanmaları ve bu süreçte anayasal haklarının tümünü kullanabilmeleri gerektiğini ileri süren Amerikan vatandaşlarıdır (tıpkı José Padilla gibi). Daha da karmaşık olan bir durumda, Afganistan'da ele geçirilen ve Guantanamo'daki Birleşik Devletler Askerî Hapishanesinde gözetimde tutulan muhاریlerin çoğu, kelimenin bilinen hiçbir anlamında asker değildi ve Birleşik Devletler'e düşman herhangi bir gruba da mensup değillerdi. El Kaide ile ilişkisi olan teröristleri sakladığından *şüphelenilen* Taliban rejimiyle bağlantıları olma *ihtimali* nedeniyle tutuklanmışlardı. Onları asker olarak tanımlayan kendileri değil, George Bush'tu. Bu kişileri asker olarak tanımlamak suretiyle Bush yönetimi bir adım daha ileri giderek bazılarını cezai kovuşturma için seçti ve bu şekilde asker ve suçlu arasındaki farkı tamamen ortadan kaldırmış oldu. 'Teröre karşı savaş'ın dünyadaki her bir düşman muhاری öldürülene veya ele geçirilene kadar bitmeyeceği fikri, bu askerlerin süresiz şekilde hapiste kalacağı anlamına gelebilir.

Son zamanlarda *Hamdi v. Rumsfeld* (2006) davasında alınan kararda, Yüksek Mahkeme nihayet Bush yönetimini Birleşik Devletler'de ve yurt dışında Amerikan yetkilileri tarafından tutuklanmış olan şüpheli teröristlere Cenevre Konvansiyonu uyarınca haklarına diğer suçlu sanıklarda olduğu şekilde saygı gösterilecek duruşma hakkı tanınmasını mecbur tuttu. Ancak Vatansızlık Kanunu hükümleri uyarınca, kişiler yalnızca terörist organizasyonlarla bağlantıları olduğu şüphesiyle süresiz olarak gözaltında tutulabilir. Müslüman imam Ali al-Timimi'nin son dönemlerde yaşanan davasında görüldüğü gibi, bireyler Birleşik Devletler'in Afganistan ve Irak'ı işgaline karşı şiddetli fikirlerini dile getirdiklerinde, bu

davranışlarının bu ülkelerdeki Amerikan askerlerine karşı silahlı direniş oluşmasına kışkırttığına kanaat getirilirse, kişiler ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilebilir.³

Son analizde, Bush yönetiminin düşman muharıpleri sınıflandırmasında pek çok eleştirmeni rahatsız eden nokta şudur: Bu sınıflandırma çatısı altında kişiler ya nefsi müdafaa şeklinde işgalci Birleşik Devletler güçlerine karşı savaştıkları için cezalandırılır ya da sivillere karşı olası suç tertipleri nedeniyle savaş tutsağı olarak tutulabilirler. Ceza hukukunun bu yeni tanımı yanlışır; çünkü David Luban'ın da ifade ettiği üzere:

.... hukuk modeli ve savaş modeli kavramsal paketler olarak gelir [ve] sırf Amerika'nın çıkarına olduğu için bu iki unsuru çarpıtmak ve yeniden bir araya getirmek ilkesiz bir davranıştır. Amerikalıların çok sayıda savaşçı ile düşmana karşı savaşılabileceğini beyan etmek ancak düşmanlar karşılık verdiğinde onları savaşçı değil suçlu ilan etmek, diğerlerine gelebilecek her türlü zararı göz ardı ederek Amerikalıların aleyhine riskleri azaltmak için "Yazı gelirse ben kazanırım, tura gelirse sen kaybedersin." tarzı bir uluslararası ahlak anlayışını meşrulaştırma çabasına karşılık gelmektedir. (Luban 2002: 418)

1.1. Zararlar, Eylemler ve Niyetler: Suçun Unsuru Olarak Kasta İlişkin Felsefi Problemler

Luban, savaş modeli ile hukuk modelini birleştirmenin 'hakların koruyucusu olarak hukuk ideali'ni yıktığını ileri sürer. Çünkü bireyleri 'hareketleri yerine kasıtları yüzünden' mahkûm eder:

³ Nisan 2005'te bir federal jüri Ali al-Timimi'yi 9/11'den beş gün sonra Afganistan'da Müslüman bir grubu olası bir Amerikan askeri işgaline karşı Taliban'ı savunmak için 'şiddet içerikli cihat'a teşvik etmekten suçlu buldu.

İlkelere göre, kişiler kesinlikle fikirleri yüzünden değil yalnızca gerçekleştirdikleri fiiller üzerinden mahkûm edilmelidir ve masum insanlar kendi hükümetleri tarafından yaralanmamalı, korunmalıdır. (Age. 418)

Düşman muharip üniforması giyen bir kişiyi vurmadan önce eyleme geçmesini beklemek zorunda değiliz; düşmanlık niyeti karşımızdaki kişiye zarar vermemizi gerektelendirmeye yeterlidir. Peki, sivil giyimli, üniformalı olmayan biri söz konusu olduğunda ne yapmak gerekir? Bu kişi düşmanca eylemlerde bulunmamışsa, niyetini bilmemize imkân yoktur, bu nedenle karşımızdaki kişiye zarar vermeye hakkımız yoktur. Ceza kanunundaki standart uygulama bu şekildedir. Buradan hareketle Luban, ceza kanununun amacının niyetleri değil eylemleri cezalandırmak olduğunu varsayar. Peki, bu konuda haklı mı?

Ceza kanununa ilişkin geleneksel görüş suç teşkil eden fiillerin mağdurların maruz kaldığı zarara odaklanır. Ancak ceza kanununun üstünkörü bir incelemesi, niyet ve suç eylemi arasındaki ilişkinin Luban'ın varsaydığından daha karmaşık olduğunu ileri sürmeye yeter. Bir tarafta, modern ceza kanunu fikirleri değil eylemleri cezalandırır. Bir bireyin kötü fikirlere sahip olup olmadığını belirlenmesi, bireyin kötü bir eylemde bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile aynı düzeyde kanıt bulmaya elverişli değildir; ayrıca fena düşüncelerin genellikle kötü eylemlerden daha az zararlı ve denetiminin daha zor olduğu düşünülür. Bununla beraber, bir eylemin kötülüğü kısmen sanığın psikolojik hâlinin bir işlevidir (*kast*⁴). Anglo-Amerikan hukukunda, bir eylemin suç sayılması için failin suçu işlemeyi kastettiğinin kanıtlanması gerekir.

Bunun birkaç nedeni vardır. İlk olarak, birinin rüşvet verme veya adam kaçırma gibi belli türde suçları kastetmeden

⁴ Aslı 'kasıt' olan kelime, Türk hukuk literatürüne –nedeni bilinmez şekilde– kast olarak yerleşmiştir. Burada bu yaygın kullanımı koruyoruz. (Yay. Haz.)

işleminin mümkün olmamasıdır. İkincisi, cezai eylemin ciddiyeti ve ne ölçüde cezalandırılması gerektiği genellikle failin niyetine dayanılarak belirlenir. Birine öfkeyle yumruk atarken karşısındakini istemsiz olarak öldüren kişi kasıtsız adam öldürmeden hüküm giyerken, benzer bir ölümcül yumruğu öldürmeyi tasarlayarak atan bir kişi birinci dereceden adam öldürmeden (taammüden cinayet) hüküm giyebilir. Üçüncüsü, Birinci Bölüm'de belirtildiği üzere, bireyleri eylemlerinden yükümlü tutmak hukukun üstünlüğü için gereklidir; çünkü bu sayede bireylerin bir davranışta bulunurken kendi eylemlerinin sonuçlarını bilerek hareket ettiğini varsayabiliriz. Hukuki yaptırımlar, yalnızca bireyler zarara neden olacak eylemlerinden sorumlu tutulduklarında caydırıcı olabilir. Ancak, eylemler ve sonuçları kasıtsız olduğunda sorumluluk azalır.

Son olarak, modern hukuk kuramları bireylerin, teşebbüs başarılı olsun veya olmasın, suça teşebbüsten de sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürer. Bazı vakalarda, bireyler eylemleri başarıya ulaşmasa da suça teşebbüsten hüküm giyer (zaten ölmüş birini öldürmeye teşebbüs etmek gibi).⁵ Bazı diğer vakalarda ise suçun hukuki tanımı düşünüldüğünde imkânsız olan suçlara teşebbüsten hüküm giyebilirler (zaten kendilerine ait olduğu ortaya çıkan bir malı çalmaya çalışmak gibi). Bu vakaların tümünde, sanığın cezai yükümlülüğü birine gerçek bir zarar vermekle ilişkili değildir. Burada esas mevzu, bu teşebbüslerin cezasız kalmasının gelecekte başka teşebbüsleri teşvik edebilecek olmasıdır.

Başarıya ulaşamayan suç teşebbüsleri eylem midir, yoksa yalnızca niyet mi? Cürüm niyetinin tek başına suç eylemi oluşturmaya yettiği düşünülebilir; çünkü bir suçu işleme hazırlanmak ile suçu gerçekten işlemek arasındaki fark mahiyeti itibarıyla muğlaktır. 'Suç tertipi'nin suç olduğunu beyan etmeyi zorlaştıran da bu muğlaklıktır. Eğer amcamın

⁵ Bkz. *People v. Dlugash* davası (363 N. E 2d 1155 (1977)).

baharatlı yahnisine koymak niyetiyle fare zehri satın alırsam, suç eylemini çoktan başlatmış sayılmaz mıyım? Eğer cevap evetse, zehir türlerini araştırma sürecim hakkında ne düşünmeliyiz? Veya nasıl öldüreceğimi düşünme süreci? Bu hazırlık eylem ve niyetleri fiilen öldürme işleminin eşit ölçüde hazırlanması ve başlatılması değil midir?

Suç eylemi ile suç niyetini birbirine bağlayan bütün bu nedenler ne kadar zorlayıcı olsa da *adam öldürme cürümü kurumuna*⁶ dayanarak yürütülen davalar bazı suçların herhangi bir suç niyetiyle gerçekleştirilmesine gerek olmadığını ileri sürer. Örneğin P kişisi, R kişisine herhangi bir zarar verme niyeti olmamasına rağmen yalnızca R'nin ölümüne neden olan Q'nun işlediği cinayete suç ortağı olduğu için, R kişisini öldürmekten hüküm giymiş olabilir. Kanuna ilişkin bilgi eksikliği veya kayıtsızlık nedeniyle silah gibi yasa dışı materyalleri suçsuz bir şekilde elinde bulunduran kişilerin suçlu bulunması, bu tür katı cezai yükümlülüklerle başka bir örnektir. Benzer şekilde, *devredilen niyet* doktrinine göre, eğer P kişisi Q'yu öldürmeyi amaçlarken kazara R'yi öldürürse, R'yi kasten/bilinçli taksirle öldürmekten hüküm giyebilir. Son olarak, açık bir suç niyeti olmadığı durumlarda, bireyleri suçlu bulmak için *makullük standartlarını* karşılayamama kullanılabilir. Örneğin cinsel taleplerine karşı çıkan bir kadını ilişkiye utangaç bir davet olarak yanlış anlayan bir adam, mantıklı bir insanın –kendini kadının yerine koyarak– kadının davranışlarını gerçek bir direnme olarak anlamış olması gerekeceği gerekçesiyle cinsel saldırıdan hüküm giyebilir.

Bu vakalar tartışmalıdır. Katı yükümlülük yanlıları, kavramın getirdiği avantajların dezavantajlarından daha çok olduğunu ileri sürer. Bu avantajlar arasında dikkatsiz kişilerin veya kasıtlı veya kasıtsız eylemlerinden doğabilecek

⁶ *Felony murder rule*: Kastı aşan öldürmeyi de kapsayan ancak ceza sorumluluğunu ölüme sebebiyet veren eylemle doğrudan ilişkisi olmayan iştirakçilerine de genişleten kurum. (Yay. Haz.)

olası sonuçları hesaplamayı beceremeyen kişilerin topluma neden olabileceği hasarı azaltmak vardır. Diğer eylemlerden daha yüksek risk teşkil eden eylemlerin suç kabul edilmesinde katı yükümlülük standartlarının uygulanması, kişiler yükümlülüklerini tam anlamıyla bilerek yüksek riskli eylemlerde bulunabilmeyi özgürce seçebildiği müddetçe adil görünmektedir. Bu uygulama makuldür; çünkü ceza yargılamasını ilgili niyetin karmaşık detaylarına girmek zorunda kalmadan yapmak daha külfetsizdir.

Ancak diğerleri, özellikle katı yükümlülük kuralı uyarınca yürütülen davalarda, suç niyetinin olmamasının söz konusu eylemleri tamamen veya en azından yalnızca yargılanmakta oldukları davranış için suç oluşturan davranış kapsamından çıkardığını ileri sürerler. Katı yükümlülük, yasal tahmin edilebilirlik ilkesiyle de çatışır gibi görünmektedir; kişileri eylemlerinden doğabilecek tüm olası sonuçları hesaplamaya zorlar. Bu imkânsızdır; çünkü bireylerin eylemleri daima kendi kontrolleri dışındaki olaylardan etkilenir. Ancak hukukun üstünlüğü kişinin davranışları üzerinde kontrolü olduğu oranda davranışlarından cezai olarak yükümlü tutulabileceğini varsayar. Örneğin, bir silah satıcısını, geçmişini kontrol ettiği ve uygun yetkililerden onay aldığı bir saldırıya satmış olduğu silahın neden olduğu ölümden katı şekilde yükümlü tutmak yanlış görünmektedir. Aynı mantık firar aracı sürücüsü için de uygulanabilir. Eğer sürücü, suç ortağının silah taşımadığından makul ölçüde eminse, suç ortağının silahla neden olduğu ölümcül sonuçlardan yükümlü tutulmamalıdır.

Hukukun üstünlüğünün, kişileri eylemlerinin sonuçlarına niyet etmiş sorumlu bireyler olarak kabul ettiğini varsayalım. Bu aşamada, katı yükümlülük kavramını çevreleyen tartışma niyet, eylem ve sonuç kavramları arasındaki ilişkiye bağlıdır. İlk olarak, kasıtlı eylem ile neyi kastederiz? Bir anlamda, istemsiz reflekslerin neden olmadığı bütün eylemler kasıtlı olarak tanımlanabilir. Gerçekten de bazı filozoflar

bir eylemin, failin niyeti açısından tanımlanabilir olmadığı müddetçe, eylem olmadığını ileri sürmektedir. Buradaki sorun ise bu niyetin ne olduğunu bilmektir. Joe'nun elinin ileri geri hareketi (a) elini hareket ettirmek; (b) Jane'e el sallamak; (c) Jane'in silahı ateşlediğini anlatmak; (d) Sally'yi öldürmek; (e) Sally'nin (Jane'in hedefi) önünde duran Billy'yi öldürmek, (f) Billy'nin, torununun öldüğünü duyunca kalp krizi geçirerek ölen büyükannesini öldürmek niyetlerinden hangisine işaret eder?

Bir eylem olarak düşünülebilmesi için, Joe'nun fiziksel hareketleri (a)'yı gerçekleştirme niyetini ifade edecek şekilde betimlenmelidir. Buradan hareketle, Joe'nun (b), (c) ve (d)'yi yapmaya niyetlendiği süreçte (a)'yı gerçekleştirdiğini göstermek için ek kanıt gerekmektedir. Farz edelim ki Jane'in tek birincil hedefi olan Sally'yi öldürmeye niyetlendiğini belirledik. Jane'in Billy ve büyükannesinin ölümlerine de niyetlendiğini söyleyebilir miyiz? Billy'ye zarar vermeyi düşünmediğini; ancak Billy'nin, kendi silahından çıkan kurşunun varacağı hedefin yolunda duracağını öngördüğünü varsayalım. Veya Billy'nin silahtan çıkan kurşunun varacağı hedefin yolunda duracağını öngörmediğini; ancak birinin (o da Billy oluyor) Sally'nin yakınlarında durabileceğini öngördüğünü varsayalım. Bu durumda Billy'yi ve büyükannesini öldürmeyi kastettiğini söyleyebilir miyiz?

Bu sorulara vereceğimiz cevaplar (d)'yi yapmaya niyetlenen birinin (d)'nin öngörülebilir sonuçlarını da gerçekleştirmeye niyetlenip niyetlenmediğine ilişkin fikrimize dayanmaktadır. Eğer Jane, Sally'yi öldürmenin sonucunun Billy'yi öldürmek olacağını öngörüyorsa Billy'yi öldürmeye de niyet ettiğini söylemek mantıklı olacaktır. Eğer Billy'nin büyükannesinin kalbinin zayıf olduğunu biliyorsa, aynı mantıktan yola çıkarak, onu da öldürmeye niyetlendiği sonucuna varabiliriz. Eğer yalnızca birisinin Sally'nin yakınlarında olabileceğini biliyorsa, yine masum bir insanı kazara öldürmeye niyetlendiğini söyleyebiliriz. Hatta suç mahallinden

çok uzakta, sevdiklerinin bu şekilde öldüğünü duyduktan sonra üzüntüden kalp krizi geçirebilecek olduğunu tahmin etmiş olması gereken insanların ölümlerini de istediğisonucuna bile varabiliriz.

Kasıtlı eylemin bu geniş nosyonunu kullanarak, Müslüman imam Ali al-Timimi'nin Amerikan uyrukluları yurt dışında öldürme iddiasından suçlu bulunmasının makul olduğunu düşünmek mümkündür. Anti-Amerikan konuşmalarının tutkulu Müslümanlar arasında Afganistan'daki Amerikan askerlerine karşı silahlanmaya ilişkin kışkırtıcı etki yapabileceğini bilmesi gerekirdi. Bu nedenle bu insanların silahlı ayaklanmasına niyetlendiği sonucuna varmak makul görünmektedir.

Ancak bu sonuca varmamızı sağlayan bu geniş kasıtlı eylem nosyonu savunulabilir mi? Eğer savunulabilir olsaydı benzer bir mantık kurarak, (dolaylı) bir sonuca neden olacağını (belli bir dereceye kadar kesinlikle) bildikleri eylemlere izin vererek (motorlu araç kullanımı gibi) hükümetlerin binlerce insanı öldürmeye niyetlendiği sonucuna varabiliriz. Ancak bu mantığa aykırıdır. Burada, 'çift etki' kavramına ilişkin olarak, bir eylemin ne kadar öngörülebilir olurlarsa olsunlar kasıtsız etkileri ile değil, birincil niyetleri üzerinden tanımlanması ve yargılanması gerektiğini ileri süren Tomistik doktrini hatırlamamız gerekebilir. Devletin araç kullanımına izin verme nedeni masum insanları öldürmek değildir. Dahası, masum insanlar otoyollarda ölecek olsa da araç kullanımının yasallaştırılmasını ölen insanların talihsizliğinin nedeni olarak betimlemek doğru değildir; çünkü hukuki düzene tabi kılınmış araç kullanımı, esas olayın gerçekleşmesi için gereken birçok koşuldan (sürücülerin dikkatsiz araba kullanması gibi) yalnızca birisidir (Bkz. Bölüm 6).

Muhtemelen Ali al-Timimi'nin dinleyicilerine Amerikan askerlerini öldürtmeyi niyetlenip niyetlenmediğini hiçbir zaman bilemeyeceğiz. Ali al-Timimi dinleyicilerinden bazılarının vaazları dinledikten sonra vaazlardaki anti-Amerikan

fikirlerden etkileneceğini biliyorduyorsa bile, böyle bir niyet kanıtının eksikliği durumunda, bireyi Amerikalıları öldürmeyi tasarlamış olması nedeniyle mahkûm etmek yanlış görünmektedir.

Bu gibi davalar Amerikalı hukukçuları suçta kast doktrinini yeniden düşünmeye yönlendirmiştir. Farklı düzeylerdeki niyet ve ön bilgiyi çözümlenmeye ilişkin zorluklar nedeniyle birçok devlet kendi ceza kanununu, suç kastı kavramını *suç amacı* ve *suç bilgisi* kavramlarıyla değiştiren Model Ceza Kanunu'nu yansıtabilecek şekilde yeniden düzenlemiştir. Araç kullanımına izin verirken, hükümetin amacı masum insanların ölmesine neden olmak değil, ulaşım gerektiren günlük aktiviteleri kolaylaştırmaktır. Belki Ali al-Timimi'nin anti-Amerikan konuşmalarının altında yatan amaç Amerikan askerlerini öldürmek değil, Müslümanları, Amerika'nın Afganistan'ı adaletsiz olduğunu düşündüğü bir şekilde işgalini eleştirmeye –ve bu sayede engellemeye– yönlendirmektir. Suç bilgisine gelince, hükümetin yalnızca *insanların araç kullanmasına izin vermesinin* sonuçlarının masum insanların ölmesini de kapsama *ihtimali* veya *mecburiyeti* olduğunu bildiğini söyleyemeyiz. En iyi ihtimalle, insanların araç kullanmasına izin vererek bazı insanların böyle ölümcül bir etkisi olan bu hakkı istismar edebileceği *ihtimalini* başlattığını söyleyebiliriz. Amacı bu olsun veya olmasın, Ali al-Timimi verdiği vaazlardan sonra bazı dinleyicilerinin Birleşik Devletler'e karşı silahlara sarılması ihtimali olduğunu kesinlikle biliyordu. Ancak yalnızca bu ihtimali bilmesi, bu olayın gerçekleşeceğini bildiğini göstermeye yetmez. Tersine şekilde, eğer bunun olmasını dilediyse (ancak olacağını kesin olarak bilmiyorsa), amacının suç olduğu sonucuna varabiliriz; çünkü bir anlamda bunun en azından bir ihtimal olduğunu bilerek eyleme geçmiştir.

Ancak “Zarar vermeye niyetlendi.” cümlesini “Zarar verme amacıyla yaptı.” ve “Zarara neden olacağı bilgisi ile yaptı.” ile değiştirmek *kast* ile ilgili problemleri çözme-

ye yetmez. Suça teşebbüs içeren vakaları tekrar düşünelim. Genel hukuk anlayışına göre, suça teşebbüs eden (ancak başaramayan) kişiler, suçu gerçekleştirmeyi başaran kişilere kıyasla daha az suçludur. Peki, neden? Başarısız bir suça teşebbüs eylemin sonucu dışında her açıdan başarılı bir teşebbüsle özdeştir. Eğer suçun başarısızlığı bilinçli değil de yalnızca şans eseriye, neden başarısız teşebbüste bulunan kişi, başarılı olan kişiye kıyasla daha az ceza ile ödüllendirilmelidir? Eğer her iki teşebbüs de topluma karşı aynı riskleri taşıyorsa, neden aynı şekilde cezalandırılmamalıdır?

1.2. Mazeretler ve Gerekçelendirmeler⁷

Kötü amaç ve tahmin edilebilir zarar bilgisi cezai eylemlerin sorumlu tutulabilirliğiyle yakından ilişkilidir. Ancak ceza kanunu özneleri bu tür amaç ve bilgi ile eyleme geçme suçundan aklayan iki hafifletici durum tanır: Gerekçelendirme ve mazeret. Gerekçelendirme kanunun yasakladığı ancak toplumsal bir zarara neden olmadan gerekçelendirilebilir bir biçimde toplumsal refahı ilerleten eylemler gerçekleştirmeyi ifade eder. Birinin hayatını (kendinin veya bir başkasının) olay anında korumak amacıyla bir saldırganı zarar vermek, müdafaada bulunan kişi makul ve saldırganın oluşturduğu tehdidin mahiyetiyle orantılı hareket etmesi şartıyla, gerekçelendirilebilir niteliktedir. Kanun yetkisi altında hareket eden polis memurlarının, birinin hayatını tehdit etmeyen

⁷ Anglo-Sakson hukukunda suçun manevi unsuru çerçevesinde ortaya çıkan ve failin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan hâllerin bir kısmı *excuses* (mazeretler) ve *justifications* (gerekçelendirmeler) başlığı altında incelenir. Mazeretler daha çok kusur yeteneği ve hata, cebir gibi kusurluluğu etkileyen hâller, gerekçelendirmeler ise hukuka uygunluk sebepleri ile ilgilidir. Bu kurumlar için Türkçede tek kelimelik ifadeler bulunmadığından, anlatımın yapısını bozmamak adına İngilizce kullanıma uygun gelebilecek karşılıklar tercih edilmiştir. (Yay. Haz.)

suçlar için dahi, ciddi suçları önlemede orantısız güç kullanımı (muhtemel ölümcül güç dâhil) gerekçelendirilmiştir.

Gerekçelendirilebilir kanun ihlalinin başka bir örneği de suç işlemekte olan bireylerin daha büyük bir zarar veya suç engellemesi durumudur. Motti Ashkenazi'nin hikâyesi buna örnek ilginç bir vakadır. Ashkenazi Kudüs'te plajda bulduğu bir sırt çantasını çalar; ancak sonradan bu çantanın içinde bomba olduğu ortaya çıkar. Polise haber veren Ashkenazi hırsızlıktan hüküm giymemiştir.

İsraili yetkililer Ashkenazi'nin 'suç'unun geriye yönelik olarak gerekçelendirilebilir olduğuna mı karar verdiler? Gerekçelendirilebilir kanun ihlaline ilişkin çoğu durumda, sanığın kanunu ihlal etmek için toplum için iyi bir fiil gerçekleştirmesini sağlayan iyi bir nedeni vardır. Ashkenazi'nin durumunda bu şartlardan yalnızca birisi mevcuttur: Ashkenazi toplum için iyi bir iş yapmıştır; ancak sırt çantasını çalma nedeni bu değildir. Model Ceza Kanunu'na benzer bir kanun olan İsrail Ceza Kanunu Madde 27'ye göre, Ashkenazi'nin eylemi gerekçelendirilebilir değildir ve hırsızlık nedeniyle cezalandırılmalıdır. Bu kanuna göre, suç teşebbüsü, işlenmesi durumunda oluşacak olan aslî ceza ile aynı şekilde cezalandırılır, suç amacının varlığının toplum için oluşturduğu tehlike cezasız kalmamalıdır. Ancak bu kaidenin kendi amacına zarar verdiği ileri sürülebilir. Kusuraşılık kavramını yalnızca sanığın kanunu ihlal etme nedenleri bağlamında tanımlayarak, sanığı ilk suç işlendikten sonra faydalı eylemler yapmaya devam etmekten vazgeçirir. Örneğin, Ashkenazi bombayı sonunda koyduğu apartman boşluğunda bırakarak suç isnadından kaçabilirdi. Bu nedenle, faydalı bir eylemde bulunmanın (eylemin kendisi kötü bir nedenle güdülenmiş olsa bile) kanun ihlalinde bulunan eylemleri geriye yönelik olarak gerekçelendirmeye yetmesi gerekmektedir.

Gerekçelendirme kavramıyla ilintili başka bir felsefi problem kümesi de eşe şiddet uygulama vakalarından doğ-

maktadır. Dayak yiyen kadın sendromu belirsiz bir şekilde genellikle hem gerekçelendirme (meşru müdafaa eylemi) hem de mazeret (korku ile hareket etme) ile gerçekleşir. Bu karışım genellikle sanığın yasa dışı eylemi gerekçelendirilebilir nefsi müdafaayı belirlemek için kullanılan dört geleneksel kriterden birinin karşılanmadığı durumlarda ortaya çıkar:

1. Eylemin amacı ölüm veya şiddetli fiziksel zarara neden olacak ani saldırıya karşı savunmaktır.
2. Eylem, tehdidi oluşturan belirli bir bağlam içerisinde saldırıya ve tehdit oluşturan zararın makul değerlendirilmesi bakımından haklı görülmelidir.
3. Eylem tehdit oluşturan saldırının gücüne makul orantıda bir güç ile gerçekleştirilmelidir.
4. Tehdit oluşturan zararın değerlendirilmesi ve zarara karşı makul cevabın referans noktası nesnel veya tarafsız bir görüş olmalıdır.

Uyuyan eşinin cinsel organlarına nefsi müdafaa için zarar verdiğini iddia eden Lorena Bobbit'e ait ünlü dava, uzun süreli eş şiddeti konusunda nefsi müdafaanın gerekçelendirilebilirliğinin belirlenmesinde yukarıda belirtilen dört kriterin ne kadar problematik olduğunu göstermektedir. İlk bakışta bu davada ilk üç kriterin karşılanmadığı düşünülebilir; çünkü verilen zarar eşnasında Bobbit'in eşi uyumaktadır. Ancak bu fikir aldatıcıdır; çünkü birinci kriterin karşılanıp karşılanmadığına ilişkin doğru bir karar, kısmen ikinci ve üçüncü kriterlerin ne kadar karşılandığına dayanır ve karşılığında, bu yargılar dördüncü kriterin karşılanıp karşılanmadığına bağlıdır.

Bobbit'in iddiasının (dayak yiyen kadın sendromu yaşayan kadınların tipik olarak ileri sürdüğü gibi) doğru olduğunu varsayalım: Eşini terk etmek istedi, ancak korkudan yapamadı; çünkü eşinin kendisini bulacağından ve kendisine öncekinden daha çok zarar vereceğinden korkuyordu

(Bobbitt kocasının eğer onu terk etmeye kalkarsa kadını bulmaya ve tecavüz etmeye yemin ettiğini iddia etmiştir). Burada akıllara gelen soru şudur: Bobbitt'in kaçış imkânı bulamadığı, hayatını tehdit eden bir durumda kısıtlı kalmış olduğuna inandığını düşünürsek, hareketleri makul bir biçimde "Meşru müdafaa olarak gerekçelendirilebilir." şeklinde yorumlanabilir mi?

Bu soruya cevap verirken karşılaştığımız problem nesnel bakış açısı bağlamında makullük kavramına getirdiğimiz tanımla ilişkilidir. Kanun, nesnelliği ortalama bakış açısı olarak ele alır. Ancak bu kimin bakış açısıdır? Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde, bu soruyu cevaplamak jürinin veya –eğer jüri yoksa– yargıcın görevidir. Ancak bu bağlamda jüri üyeleri ve yargıçlar da taraflıdır.

Nesnelğin çok zor olduğu düşünüldüğünde, bazı feministler Bobbitt'inki gibi durumlarda benimsenmesi gereken bakış açısının, böyle bir duruma ilişkin risk ve engellemek için gereken gücün düzeyini değerlendirmek gibi özgün bir durumda olduğu varsayılan dayak yiyen kadının bakış açısı olduğunu ileri sürmektedir.

Bu iddianın hayli büyük bir haklılık payı vardır. İlk olarak, dayak yiyen pek çok kadın kendilerini tehdit eden eşlerinden koruması için güvenilirlik geçmişi çok mükemmel olmayan kurumlar olan mahkemelere ve polis gücüne güvenemeyeceklerine inanır (çok da haksız sayılmazlar). Kendilerini savunamadıklarından, eşleri uykudayken veya başka türlü zayıf bir durumdayken harekete geçmeyi seçerler.

Bu durum, meşru müdafaaaya ilişkin ilk kriterin –yakın saldırıya karşılık– neden bu kadınların vakalarına uygulanamaz olduğunu açıklamaktadır. Uzun bir istismar geçmişi düşünüldüğünde, saldırganlarına yönelttikleri 'ön-alıcı' saldırı yaklaşan (an meselesi değilse bile) tecavüz veya dayak ihtimaline cevaben makul bir meşru müdafaa eylemi olarak ele alınabilir. Aynı mantık meşru müdafaaaya ilişkin ikinci ve üçüncü kritere de uygulanabilir. Bobbitt gibi kadınların,

kendisine verilen hasarın öcünü almadan durmayacak olan sınırlı istismarcının suç işlemekten caydırılmasını temin etmek için kesin sonuca ulaştıracak (ve bazen ölümcül) bir güç ile eyleme geçmeleri gerektiğine inanmaları makuldür.

Ön-alıcı nitelikteki meşru müdafaa eylemlerinin makullüğünün belirlenmesinde dayak yiyen kadınların genel deneyimlerine başvurmak problematik değildir. Yukarıdaki örneğimizde de görüldüğü üzere, bu tür bir bağlama dayalı makullük standardı oluşturma girişimi her zaman bir adım öteye götürülebilir. Eğer makul sayılabilecek seviye için bağlama en uygun referans noktasını arıyorsak, bu noktayı sanığın (Bobbit'in) özgün bakış açısında bulabiliriz. Ancak şimdi ne olduğunu fark etmemiz gerekir: Makul olana ilişkin kendi anlayışımız (dördüncü kriter) ile bağlamın belli özellikleri değerlendirildiğinde neyin gerekçelendirilebilir olduğuna ilişkin kendi anlayışımız (üçüncü kriter) arasındaki ilişkiyi tersine çevirdik. Birinin bu özellikleri değerlendirmesinin nasıl makul olacağını sormak yerine, şimdi (özgün bir eş şiddeti hikâyesi tarafından belirtilen) bu özelliklerin neyin makul sayılması gerektiğine ilişkin anlayışımızı nasıl belirlediğini sorarız.

Nesnel (genel ve ortak) bir referans noktası olarak makullük sanığın öznel (kişisel) referans noktası ile değiştirilmiş veya buna bağlı olarak yeniden tanımlanmıştır. Makullüğü sanığın nefsi müdafaa eylemini gerçekleştirdiği anda makul gördüğü duruma bağlı olarak tanımlayarak, sanığın davranışının gerekçelendirilebilirliğini değerlendirmek için bağımsız bir standart olarak makullük kavramını elimine etmiş oluruz. Eğer sanığın eyleme geçtiği esnada makul olduğunu düşündüğü durum kısmen korkularından kaynaklıysa, bunun gerçek bir makullük olup olmadığı anlaşılır (açıklanabilir) olmaktan uzaklaşarak daha az kesin hâle gelir. Eğer korkuları patolojik olarak abartılı veya orantısızsa, eylemin makullüğü (rasyonel olarak gerekçelendirilmiş) kendi kontrolü dışındaki durumların neden olduğu bir mecburiyet olarak mazeret teşkil edişinden ayırt edilemez hâle gelir.

Eş şiddetinde gerekçelendirmeyi mazeretten ayırt ederken karşılaştığımız zorluk bizi mazeretin çeşitli şekillerini incelemeye zorlar. Kanunu ihlal edenler eylemi gerçekleştirdikleri esnada (a) reşit değilse, (b) baskı altındaysa, (c) bir polis memuru tarafından söz konusu eylemi gerçekleştirmesi konusunda tuzağa düşürüldüyse veya kandırıldıysa, (d) ne yaptığı konusunda hataya düşmüşse, (e) akli dengesini yitirmişse veya (f) büyük tehdit altında hareket ediyorsa gerekçelendirilmemiş suç eylemleri konusunda tamamen veya kısmen mazur görülebilir. Bu mazeret tiplerinden her biri ortaya ilginç felsefi sorular atmaktadır. Reşit olmayanların, eylemlerinden tamamen sorumlu tutulabilecek yetişkinlere dönüştüğü yaş nedir? Olgunluğun kişiden kişiye ve durumdan duruma değiştiği düşünülduğünde, duruma göre değişen bir femele dayanarak cezai sorumluluğun belirlenmesi (uzmanlara danışmak suretiyle) jüri ve yargıçlara mı bırakılmalıdır? Tuzağa düşürülme konusu ele alındığında, gizli polislerin suçluları aramak ve eksiksiz olarak teşhis etmek için kişileri yasa dışı eylemlere teşvik etmesi hangi noktada sınırı aşmak ve azmettirmek –veya sınırlandırılması amaçlanan suç ve suçluyu yaratmak– kapsamına dâhil edilmelidir?

En tartışmalı mazeretlerin bazıları psikolojik baskı, tehdit ve akıl sağlığını yitirmiş olma hâlleridir. İlk iki iddianın örnekleri arasında premenstrüel sendrom, postpartum psikozu ve daha önce de gördüğümüz üzere eş şiddetine uzun süre maruz kalmaktan kaynaklanan aşırı korku ve reaktif öfke sayılabilir. Kişinin kendini müdafaasının gerekçelendirilebilirliğinin belirlenmesinde öznel makullük standardı kullanılan eş şiddeti vakalarında jüriden, dayak yiyen kadın sendromunun iki belirleyici özeliğinin neden olduğu ve sanığı aşırı güç kullanımının gerekli olduğuna içtenlikle inandıran iki ilginç korkuyu dikkate alması istenebilir (psikolojik olarak düşük özgüven durumu ve psikolojik öğrenilmiş çaresizlik durumu). Jüri sanık tarafından kullanılan gücün nesnel olarak mevcut tehlikeye karşı orantısız olduğuna kanaat

getirse bile, jürinin bu eylemi makul şekilde gerçekleştirilmiş bir eylem olarak mazur görme yetkisi vardır. Bu durumda, eylem gerekçelendirilebilir bir meşru müdafaa eylemi olarak değerlendirilmez; ancak makul şekilde ‘mecbur bırakılmış’ mazereti addedilebilecek bir eylem olarak ele alınır.

Makul şekilde mecbur bırakılmış eylem kavramı kulağa oksimoron nevinden gelebilir. Makul eylemler psikolojik baskı ile gerçekleştirilmekten ziyade tanım itibariyle gönüllü olarak yerine getirilenlerdir. Ancak dayak yiyen eş sendromu vakalarında, sanığın eylemlerinin öznel makullüğünün, uzman psikolog ifadesine başvurulması gereken özel bir psikopatolojiye ilişkin kısıtlayıcı koşullar çerçevesinde tanımlanması kaçınılmazdır. Makul ve gönüllü eylem kavramıyla baskı altında gerçekleştirilen (objektif olarak) makul olmayan eylem kavramlarını uzlaştırmak gibi zor bir iş söz konusu olduğunda, mahkeme, jürinin suç eylemini mazeret addetmede psikopatolojik makullüğe başvurmasına imkân sağlar. Lorena Bobbit davasında, jüri sanığın geçici bir cinnetin neden olduğu ‘karşı konulamaz bir dürtü’ temelinde hareket ettiğine karar vererek aklayacak kadar ileri gitmiştir.

Bobbit’in aklanması dikkatleri bir kez daha hiç şüphesiz en tartışmalı mazeret olan cinnet savunmasına çekmiştir. Cinnet tanımının yasal bir tanım olarak –medikal tanımdan farklı olarak– genel hukukta kullanılması M’Naghten Davası’na (1843) kadar gitmektedir. Bu davada, sanık (Daniel M’Naghten) öldürdüğü Edward Drummond’un İngiltere Başbakanı Sir Robert Peel olduğu sanısına kapılmıştı. M’Naghten’in avukatının müvekkilinin doğru ile yanlış birbirinden ayıramıyor olduğuna ilişkin argümanını göz önünde bulundurarak, Lordlar Kamarası aşağıda verilen ve M’Naghten Kararı olarak bilinen tanımla belirledi. Buna göre, insanların cinnet temelinde aklanabilmesi için, ne yaptıklarını bilme veya yaptıklarının yanlış olduğunu bilme becerisini ortadan kaldıran görece kalıcı bir psikolojik rahatsızlıkları olması gerekir. Bu tanımda ‘bilmek’ hem geniş

hem dar anlamda yorumlanır. Geniş anlamda bakıldığında, kişi davranışını birini öldürmek gibi tanımlayabiliyorsa ne yaptığını biliyordur; öldürmenin kanuna aykırı olduğunu biliyorsa, yaptığının yanlış olduğunu da biliyordur. Dar anlamda bakıldığında, kişinin ne yaptığını bilmesi için yaptığı şeyi tanımlamaya ek olarak, eylemlerinin içinde bulunduğu bağlamı da algılaması gerekir (kendinin ve diğerlerinin duyguları, eylemin sonuçları vb.).

Geniş anlamlı tanım M'Naghten davasında olduğu gibi, benzeri kişinin delüzyonel olduğu ve öldürdüğü yabancının Şeytan olduğuna inandığı esnada bilerek (*kast* ile) suç işlediği davaları göz ardı etmekle eleştirilmiştir. Dar anlam uyarınca, böyle delüzyonel kişilerin eylemlerinin bağlamı konusunda bilgisiz olduğu farz edilmeli ve akli başında oldukları varsayılmamalıdır. Ancak, Lorena Bobbit davası dar anlamın da cinneti yalnızca bilişsel yetersizlik bağlamında tanımlanması nedeniyle eleştirilebileceğini göstermektedir. Bobbit gibi dayak yiyen kadın sendromu yaşayan kadınlar delüzyonel değildir; anlaşılabilir (öznel olarak makul) olduğu kadar patolojik nedenlerle kanunu ihlal etmeye zorlanmışlardır.

M'Naghten kararının aksine, Bobbit'i mazur göstermek için kullanılan 'karşı konulamaz dürtü' savunması eylemin birbirinden ayrılamayan bilişsel, duyuşsal ve iradesel boyutları olduğunu kabul eder. Eyleme ilişkin bu holistik bakış açısı modern psikoloji ile daha uyumludur ve *Durham v. Birleşik Devletler* davasında (1954) önerilen karar gibi, modern cinnet tanımlamalarını arttırmıştır. Bu karara göre, eğer eylem 'psikolojik bir hastalık veya bozukluk sonucu oluştuysa' sanık kendi davranışlarından cezai olarak sorumlu tutulamaz. Ancak yukarıda verdiğimiz cinnet tanımları, M'Naghten kararında bulunan modası geçmiş psikoloji anlayışının ötesinde bir anlayışa doğru gelişme kaydetmiş olsa da jüriyi yönlendirme konusunda yeterince açık standartlar sunmadığı görülmektedir. Bir davranışın herhangi bir mutlak anlamda kaçınılmaz bir dürtüyle gerçekleştirildiğine karar

vermek imkânsızdır; psikolojik hastalık veya bozukluğun tespiti (Yüksek Mahkeme bu kavramların cinneti değerlendirme standardı olarak kullanımını reddetmiştir.) jüriyi uzmanların çelişen görüşleri arasında seçim yapmaya ve böylece (ironik bir şekilde) jürinin uzman olduğunu varsaymaktadır.

M'Naghten kararına getirilen bu eklerin muğlaklığının önüne geçmek için, Model Ceza Kanunu cinneti kişinin eyleminin suç niteliğini (yanlışığını) veya eylemlerinin yasaya uyması gerekliliğini (Böl. 4.01) algılama becerisinde psikolojik bir hastalık veya bozukluğun neden olduğu ciddi bir yeteneksizlik olarak tanımlar. Bu tanım önceki tanımlardaki zorlukları ortadan kaldırır mı? Bobbit bir psikolojik rahatsızlık nedeniyle kendi davranışlarının kanuni gerekliliklere uyması gerektiğini algılamaktan yoksun muydu? Cinnet savunmasının yasaklanması gerektiğini ileri sürenler bu soruyu sormanın isnat edilebilirlik sorunuyla ilgisiz olduğunu savunmaktadır. Onlara göre tüm suçlular kanuni gerekliliklere uymayı patolojik olarak azalmış yeteneksizlik problemi yaşarlar. Bu yetenek yoksunluğu kötü yetiştirilme ve akran baskısının yanı sıra fakirlik, eğitim eksikliği veya toplumsal kayıtsızlık nedeniyle oluşan çaresizlik hissi bağlamlarında açıklanabilir. Bu durumlar, kişileri davranışlarının sorumluluğunu üstlenmekten muaf tutmaz. Suç eylemleri yalnızca sanığın *kastının* olmadığı durumlarda mazur görülebilir. Bu gibi davalarda, tartışılan eylemler yasa dışıdır; ancak suç değildir. Bobbit'in durumundaki bir sanığın *kastı* olduğunu farz ettiğinden –asgari düzeyde de olsa kanunu ihlal ettiklerini bildiklerinden– cinnet savunması sanıkları mazur göstermek için kullanılamaz.

Keyfi olarak uygulanmasının yanı sıra, yalnızca en kötü suçları içeren davalarda kullanılan cinnet savunmasının kullanılması pahalıya mal olmaktadır. Cinnet savunmasını yasaklamanın en iyi nedeni, idam davaları hariç, çok bir fark yaratmamasıdır. Korkunç bir eylem gerçekleştirmiş olmanın sonuçları, cinnet sebebiyle mazur gösterilebilir olsun veya ol-

masın, aşağı yukarı aynıdır: Akıl hastanesinde geçirilen uzun yıllar veya hapisshanedede geçirilen uzun yıllar. Ancak bu savunmanın kullanımını sürdürmek için de bir sebep vardır: Toplum nezdinde hükümlü ve cezalı damgası. Cezaya mahkûm etmenin, olası suçluları kanunu ihlal etmekten caydırması amaçlanır; ancak bu, kişilerin kendi davranışlarından kendilerinin sorumlu olduğu, bu nedenle rasyonel ve özgür bir şekilde davranabilecekleri varsayımına dayanır. Rasyonel ve özgür bir şekilde hareket etme kabiliyetinin azalması böyle bir sorumluluğa karşı çıkmaktadır.

2. Cezanın Tarihçesi: Nietzsche ve Foucault

Cinnet savunması tartışmamız cezalandırmaya ilişkin önemli amaçların birinin altını çizmektedir: Suçtan caydırma ve suçun önlenmesi. Günümüzde Birleşik Devletler'de bu amaca ulaşmak için sürdürülen çaba, kişilerin kendi davranışlarını makullük ve normallik standartlarına uydurmak konusunda gittikçe artan ölçülerde sorumlu tutulduğunun delilidir. Cezai yaptırıma tabi tutulan ve sayıları gittikçe artan eylemler, mecburi ceza prosedürlerinin⁸ kabul edilmesi ve hapis sürelerinin uzatılması sayesinde, Birleşik Devletler vatandaşlarının büyük bir kısmını hapsedme yüzdesi olarak Çin'den hemen sonra gelmektedir (1980'lerde 320.000'den günümüzde 2.400.000).

Cezanın Amerikan ceza adaleti sisteminde vurucu şekilde örneklendirmiş olduğu caydırıcı ve önleyici işlevleri bir açıklamayı hak etmektedir. Neden Birleşik Devletler silah bulundurma, alkol ve sigara tüketimi, yüksek miktarda geliri vergi koruması sağlayan yabancı ülkelerde tutma gibi eylemlere kıyasla topluma çok daha az zarar verebilecek

⁸ ABD'de, yargıçlara cezanın ve hükmün infazının tayininde takdir yetkisi bırakmayan durumlar. (Yay. Haz.)

eylemleri (fahişelik, uyuşturucu ve cinsel içerikli materyal bulundurma ve kullanma, terörle mücadelede yararlı olabilecek gizli kaynakları ifşa etmeme gibi) gittikçe artan oranlarda suç ilan ediyor? Şüphesiz, bu sorunun lobencilik gücü, uyuşturucu kullanıcılarına karşı resmî operasyonlar, çetelere karşı korku ve ırk ve sınıf politikaları gibi çok çeşitli konuları içeren kompleks bir cevabı vardır. Ancak bu sorunun ardından başka bir soru baş gösterir. Büyük insan popülasyonlarının kitlesel olarak kısıtlanması modern toplumlarda ek açıklama gerektiren bir durumdur. Ceza her zaman bu forma bürünmez.

Şimdi sırada 'hapis' cezasının kısa bir tarihçesi vardır. Fransız sosyal kuramcı Michel Foucault ünlü eseri *Hapishanenin Doğuşu*'nda (1975) hapishanelerin daha büyük çaplı işlevinin suç eylemlerini bastırmak değil, disipline edilmiş bir nüfus üretmek olduğuna ilişkin şaşırtıcı bir sav ortaya atar, bu nedenle hapishanelere de ıslah edici tesisler olarak bakar. Foucault bu savına daha da şaşırtıcı hâle getirerek devam eder: Serbest toplum daha büyük çapta bir 'hapishane sistemi'ne dönüşmüştür. Fabrikalar, okullar, askerî kamplar, hastaneler ve hapishaneler; aynı gözetim, denetleme, sınıflandırma, grupları mekânsal alt gruplara bölme ve etkili sonuçlar elde edebilmek için bu grupların taktiksel olarak düzenlenmesi ve detaylı davranış modifikasyonlarına ilişkin benzer 'mikro-teknikler' kullanır. Bu modern disiplin rejiminin yanında; psikoloji, sosyal istatistik, kriminoloji, sosyoloji ve tıp gibi disiplin amaçlı kullanılabilecek beşeri bilimler de ortaya çıkar. Foucault'ya göre:

'Gözlem' altına almak, disiplinsel yöntemler ve inceleme usulleri tarafından istila edilmiş olan bir adaletin doğal uzantıları olmaktadır. Bölümlere ayrılmış kronolojisi, sorunlu çalışması, gözetim altında tutma ve kaydetme mercileri, yargıcın uzantısı olan ve onun görevlerini artıran normalleştirme hocalarıyla, hücrelerden oluşan hapishanenin

modern cezalandırmanın aracı olmasında şaşılacak bir şey yoktur. Eğer hapisane fabrikalara, okullara, kışlalara benziyorsa ve bunların da hepsi hapisaneye benziyorsa, bunda şaşılacak bir yan yoktur.⁹ (Foucault: 227–8)

Ceza uygulamasının suç oranlarını azaltmadığına, teker-rüre neden olduğuna, aileleri ekmek parası kazanacak bireylerden mahrum bırakarak adi suçlar işlemelerine neden olacak kadar fakirliğe ittiği ve etkileri hapisane duvarlarının dışına ulaşan organize suç çetelerinin ortaya çıkmasına neden olduğuna bakıldığında, hapisanenin modern toplum için model olarak kullanılması paradoks gibi görünebilir. Yaklaşık bir yüzyıl önce yazan Friedrich Nietzsche bu paradoksun altında yatan derin psikolojik kini teşhis etmiştir: Sistemin egemen sınıfın gerçekleştirdiği tüm hırsızlık, sömürü ve zulmü hukuki kılan ancak tâbi sınıfların küçük tepkilerini suç hâline getiren ikiyüzlülüğü. Başka neyi başarır-sa başarısın, ceza suçluları ahlaki yanlışlarına ikna edemez, onun yerine direnişlerini ellerinden alır:

Tam da aynı tip davranışın adaletin yerine getirilmesi hizmetinde, temiz bir vicdanla uygun görülüp gerçekleştirildiğini görür: Böylece, casusluk, aldatma, rüşvet, tuzak kurma, polis ve savcılıkta çevrilen dolaplar, saman altından su yürütme-ler; kurbanın soyulması, hakarete ve işkenceye uğraması ve katledilmesine ilişkin soğukkanlı hukuki pratiklerden söz etmiyorum bile.¹⁰ (Nietzsche, 1956: 215)

Theodor Adorno ve Max Horkheimer'in daha sonra belirttiği gibi "Cezaevleri, insanların dönüşmek zorunda ol-

⁹ Türkçe metin: Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara 2015, s. 331. (Yay. Haz.)

¹⁰ Türkçe metin, İngilizce çeviriye uyarlanarak şuradan alınmıştır: Friedrich Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, çev. Ahmet İnam, İstanbul 2001, s. 80. (Yay. Haz.)

dukuları varoluştan duydukları nefretin simgesi olarak dünyaya dikilen, sonuna dek düşünülmüş burjuva çalışma dünyasının imgeleridir.” (Adorno ve Horkheimer 1972: 226).¹¹ Mahkûm, kendini korumaya fazla takıntılı, fazla bencil, fazla burjuva olduğu için cezalandırılır; hukuku kendi gücümüz ve egemenliğimiz için kullanmaya dair rekabetçi bir arzu ile kullanmayı uygun bulan iyi burjuvalar olan bizler de, tıpkı onun korkakça ve ikiyüzlüce burjuva olmaya içermesi gibi, suçlunun küstahça burjuva olmaya cesaret etmesine içerleriz.

Bu soğuk ışığın altında, suçluyu içindeki kötülüğe tövbe edip kendini ıslah etmeye yönlendirmesi umulmuş olan hapishanelerin, bu ruhani vicdan muhasebesine ilham verme konusunda başarısız olduğu görülür. Ancak Foucault, yönetici sınıfın (Nietzsche'nin ceza verme eyleminin sağladığı en önemli zevklerden biri olarak gördüğü) hükmetme arzusuna ilişkin üstünlük sağlaması açısından bakıldığında, hapsedme eylemini çevreleyen küçük suçların, bu eylemin sayısız gizli erdemini örttüğünü düşünmektedir. Bu erdemler kendilerini modern ekonomik, sosyal ve siyasi kurumların ortaya çıkışıyla bağlantılı çok örtük şekillerde gösterirler. 17 ve 18. yüzyılda –patoloji ve anomalilere ilişkin yorucu sınıflandırmalar yapan– modern hastanelerin başlangıcı, modern kapitalizmin ortaya çıkması ve –çayırların etrafını çevreleyerek– kırsal köy yaşantısı ile –loncaların yerine fabrikaları getirerek– kırsal ticareti yok etmesi ile aynı döneme denk gelmektedir. Bu durum mental olarak suça yatkın olarak sınıflandırılan ve bu nedenle de kendilerine empoze edilen yeni iş disiplinine karşı ayaklanmaya eğilimli umutsuz, aç ve işsiz insanlardan oluşan devasa bir kırsal ve kentsel alt sınıf oluşmasına neden olmuştur. Bu aç kesimin mülke karşı işlediği ve eskiden kilisenin tolere ettiği, hatta mazur gördüğü adi suçlar aniden suç hâline gelmiş ve şiddetli şekilde cezalandırılmıştır.

¹¹ Türkçe metin, İngilizce çeviriye uyarlanarak şuradan alınmıştır: Theodor Adorno - Max Horkheimer, *Aydınlanmanın Diyalektiği*, çev. Nihat Ülner, Elif Öztarhan Karadoğan, İstanbul 2014, s. 300. (Yay. Haz.)

Foucault tartışmayı bir adım öteye taşıyarak suça yatkın sınıfın alt sınıflardan faydalanılarak yaratılmasının ancak bu esnada fahişeler, uyuşturucu kullanıcıları, silah kaçakçıları ve diğer adi suçlulardan oluşan şüpheli popülasyonunun genel gözetimi için bahane sağlayan işçi sınıflarından uzak durulduğunu ileri sürer. Suça yatkın bireyler kendi gruplarına olduğu kadar diğer ‘tehlikeli’ gruplara sızma ve casusluk yapma konusunda da adalet sistemi tarafından kullanılabilirler, bu nedenle grevlerin dağıtılması, isyanların bastırılması ve işçi sınıfı sendikaları ile siyasi partileri yasa dışı eylemler yapmaya kışkırtmak için *provokatör ajan* olarak hareket etme konularında oldukça faydalıdırlar. Sonuç olarak, toplumun genel itibarıyla zımnen suç kapsamına dâhil edilmesi, toplumun başka bir formda genişletilen bir ceza kanunuyla düzenlenmesine yol açmıştır. Jeremy Bentham’ın kendi model hapishanesi için ortaya koyduğu ve bir zamanlar alay edilen tasarısı (Panoptikon) –merkeze kendisi gözlemlenemeyen, merkeze dönük olarak içeri bakan açık parmaklıklı hücreleri gözlemleyen bir gözlemci yerleştirmek– bazı ıslahevleri tarafından benimsendiği gibi günümüzde gittikçe büyüyen polis devletinin de sembolü hâline geldi. Foucault’nun tabiriyle:

Normallik yargıçları bu iktidarın her yerinde mevcuttur. Öğretmen-yargıç, hekim-yargıç, eğitimci-yargıç toplumdayız, bunların hepsi de normalleştirici olanın hüküm sürmesini sağlamak ve her biri bulunduğu yerde bedeni, hareketleri, tutkuları, hâl ve gidişleri, yatkınlıkları, performansları tabi kılmaktadır.¹² (Foucault: 304-5)

Günümüzde terörle savaşın, devletin panoptik bakışını tek tek şüpheli bireylerin hayatından tüm bir tutsak popü-

¹² Türkçe metin: Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 440. (Yay. Haz.)

lasyona genişletmesi için mükemmel bir gerekçe sağladığını görmek için çok düşünmeye gerek yoktur. Burada cevaplanması gereken soru suçun cezalandırılmasının altında yatan, toplumumuzda mevcut olduğu varsayılan makûs bir disipline etme işlevinden ayırt edilebilecek ahlaki bir temel olup olmadığıdır.

3. Bentham'ın Cezaya İlişkin Sonuç Odaklı Gerekçelelendirmesi

Ceza, suç işlemiş kişilerin hukukun öngördüğü şekilde belli külfetlere mecbur veya bazı şeylerden mahrum bırakılması olarak tanımlanabilir. Ceza, kişileri (a) özel kişiler tarafından uygulandığında ahlak ve yasa dışı olan ve (b) uygulaması maliyetli ve zaman zaman hatalı ve aşırı şekilde uygulanan (ciddi suçlardan hüküm giyenlerin yüzde onunun tamamen suçsuz olduğu tahmin edilmektedir) zarar formlarına tabi tutmayı gerektirdiğinden meşruiyeti ve haklılığı gösterilmesi gereken bir pratiktir (McCloskey 1989, Gorr ve Harwood içerisinde: 304). Bu nedenle, yargı sürecine dâhil olan bireylerin belirli faillere belirli cezaların uygulanmasını meşrulaştırması gerektiği gibi, toplum ve yasama yetkisini kullanan temsilcilerin de cezaya müsaade eden kurumları meşru ilan etmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, cezanın gerekli toplumsal hedeflere ulaşmak için hem etkin hem de vazgeçilmez bir genel araç olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.

Ceza tarihine göz atmak bize ceza kavramının bağdaştırıldığı bir dizi 'yararcı amaç' sunar. Cezanın –görünürde tutarsız olsa da– pek çok amaca hizmet etmiş olduğunu ve etmeye devam ettiğini dile getiren ilk kişilerden biri olan Nietzsche, bu amaçların 11 tanesini sıralar: Eğitim (hafızanın geliştirilmesi), kitlelere korku salma, mağlup edilmiş düşmanı tezyif, yerine getirilmeyen sözler için tazminat alma, huzur bozan toplumsal unsurları izole etme, yozlaşmış ki-

şileri elimine etme, birinin düşmanlarından intikam alma, kanunları ihlal edenlerde pişmanlık duygusu uyandırma ve ahlaki eşdeğerliği yeniden oluşturma (Nietzsche 1956: 211-13). Kolaylık olsun diye, bu amaçları iki başlık altında toplayalım: Adalet ve toplumsal refah.

Öncelikle ceza kavramının sağlanması beklenen iyi toplumsal sonuçlara odaklanan toplumsal refah başlığı ile başlayalım. Bu gerekçelendirmenin klasik tanımı Jeremy Bentham'ın yararcı amaçlarından gelmektedir. Bentham bir eylemin doğruluk ve yanlışlığını belirlemek için kullanılacak tek anlamlı standardın işe yararlık veya mümkün olan en çok sayıda insan için acı yerine haz getirme kapasitesi olduğunu ileri sürer. Bentham'a göre ceza, maruz kalan insanlara acı verse de yararcı temellere dayandırıldığında savunulabilir niteliktedir; çünkü toplumu daha büyük bir acıdan korur. Kısaca hüküm giymiş suçlulara bu 'kötülüğü' yapmamızın nedeni, bunu hak etmiş olmaları değil, daha büyük bir kötülüğü, yani suçu önlemektir.

Suçü önleme pek çok yönü olan geniş bir kategoridir: Fakirlik ve kayıtsızlık gibi suçü 'neden olan' sosyal koşulların ortadan kaldırılması; suçluların çalışma, terapi ve eğitim yoluyla rehabilitasyonu ve ıslahı; hapis veya infaz ile toplumdan uzaklaştırılmaları ve suç eylemlerinin genel olarak caydırılması. Suçu toplum mühendisliği ile önlemeye yarayan bu araçların ilki kurumsallaşmış ceza formlarıyla doğrudan bağlantılı değildir, Foucault'nun da bahsettiği gibi açıkça yumuşak ceza veya disiplin ile bağlantılıdır. Bir ceza türü olarak statüsünden bağımsız olarak, bu tür bir toplum mühendisliğinin –ekonomi ve eğitime dayalı reformlar yoluyla– suçü önlemede kurumsallaşmış cezaya kıyasla daha başarılı olup olamayacağı önemli bir sorudur. Örneğin, sosyal güvenlik ağı daha geniş ve silah bulundurma ve kullanmaya ilişkin yasaları daha sıkı olan bazı ülkelerdeki cinayet oranları, kendi ceza adaleti sistemini sürdürebilmek için bu ülkelerden çok daha fazla harcama yapan Birleşik Devletler'de görülen oranlardan çok daha düşüktür.

B. F. Skinner gibi psikologların suç eylemlerinin büyük oranda çocuklukta ihmal ve istismar görmek gibi 'patolojik' sosyal şartlanmadan kaynaklandığını ileri sürmesi ile ortaya çıkan ıslah çalışmaları sayesinde, 1960 ve 70'lerde rehabilitasyon suçu önleme konusunda önemli bir araç olarak ortaya çıktı. 1980'lerde ise gözden düştü. Öncelikle eğitim, terapi, işe yerleştirme ve diğer rehabilitasyon türleri suçun tekrarını ciddi oranlarda düşürmedi (Rehabilitasyon fikrinin destekçileri bu durumu programların gönülsüzce yürütülmesine bağlarlar). İkinci olarak, rehabilitasyon cezalandırıcı olmadığı için eleştirildi. Rehabilitasyon 'cezası' alan hükümlüler sıradan vatandaşlara tanınmayan yükseköğrenim ve psikolojik danışmanlık hizmetlerine ücretsiz erişim hakkına sahipti. Üçüncü olarak, birçok insan rehabilitasyonun dayandırıldığı psikoloji alanının 'bilimsel' niteliğinden şüpheliydi ve bu nedenle hükümlü suçluların çekmesi gereken cezaların idaresinde psikologlara bu kadar yetki verilmesi konusunda anlaşılır şekilde gönülsüzdüler. Son olarak, bu son eleştiriye benzer şekilde, rehabilitasyonu eleştiren kişiler rehabilitasyonun altında yatan psikolojinin ceza kavramının doğasına tamamen karşıt olduğunu ileri sürdüler; rehabilitasyon, özgür özneler olarak kendi hareketlerinin sorumluluğunu alması gereken insanları kendi kontrolü dışında güçler tarafından itekleniyormuş gibi muamele eden bir kavramdı.

Bu itirazlara rağmen, rehabilitasyon cezanın en güçlü ahlaki gerekçesi olabilir. Nietzsche'nin "Ceza, rehabilite etmez, yalnızca hıncı güçlendirir." bakışını bir kenara bırakacak olursak, ceza adaleti sisteminin suçlunun 'kefareтини ödeme'sini sağlayarak ahlaki ve ruhani bir uyanış sağladığı örneklerle karşılaşmamız mümkündür. Dostoyevski'nin *Suç ve Ceza*'sında, zorunlu çalışma cezasını çekmekte olan Raskolnikov'un, nihilist bir güdülenmeyle tefeci yaşlı kadını ve kadının üvey kız kardeşini öldürdüğü için edindiği vicdan azabına dair betimlemesi 'katılmış' suçluların çoğunun hayatını dönüştüren dinî bir dönüşüme ilişkin sembolik değer taşımaktadır.

Bununla beraber, rehabilitasyon epey zamandır ceza kuramlarının merkezinde olmamıştır, bu nedenle bu bölümün geri kalanında bu konuyu bir kenara bırakacağım. Tartışmaya dönecek olursak, suç önlemeyi başarmak için önerilen üçüncü ve dördüncü yöntemler –suçluların toplumdandan uzaklaştırılmaları ve suç eylemlerinin ceza tehdidi ile caydırılması– toplumsal eleştirileri savuşturmada daha başarılıdır. Caydırıcılık ile başlayalım. Genellikle cezanın suç işlemekten caydırıcı niteliği olduğu ve sert cezaların caydırıcılığının hafif cezalara göre daha fazla olduğu düşünülür. Ancak ampirik çalışmaların gösterdiği üzere, bu iddiaların ikisi de sınırlama getirmeksizin doğru kabul edilemez. Birleşik Devletler Ulusal Araştırma Konseyi Caydırıcı ve Ehliyetsizleştirici Etkilere İlişkin Panel Raporu (1978) cezanın eski hükümlülerin suçu tekrar etme oranı üzerinde bir etkisi olmadığına ve bu oranların rehabilitasyon ve caydırıcılık ile ters orantıya sahip olduğuna işaret etmektedir. Çalışmalar, mağaza hırsızlığı gibi suçlar için –yakalanmak ve sorgulanmaya ek olarak– resmî yolla suçlanmış olmanın caydırıcı bir etkisi olduğunu gösterse de cezanın olası suçlular üzerindeki caydırıcı etkisi kesin olarak belirlenemez. Bazı çalışmalar, kimi suçlarla ilgili cezaların şiddetindeki ciddi artışların (yakalama, mahkûmiyet ve ceza oranlarındaki artışlar dâhil) söz konusu suçların sıklığında görülen azalmayla bağlantılı olduğunu göstermektedir. Washington eyaletinde olduğu gibi, özellikle saldırgan suçlulara uygulanan üçüncü tekerrür yasası¹³ suçu ciddi oranda azaltmıştır. Ancak bu durum tüm suçlara uygulanamaz. Örneğin cinayet oranları maksimum cezanın müebbet haptisten ölüm cezasına çıkarılmasından etkilenmemiş gibi görünmektedir (bu durumun açıklaması ölüm cezasının verilme ve sonunda uygulanma sıklığının düşük olması olabilir). Dahası, daha az şiddetli cezalar ile

¹³ Üç defa cürüm niteliğinde/ağır bir suç işleyen kişinin, üçüncü suçunun normal cezasının ne olduğuna bakılmaksızın müebbet hapis cezasına çarptırılmasını öngören yasalar. (Yay. Haz.)

daha yüksek suç oranı arasındaki korelasyon ceza şiddetinin artması ile suç oranlarının azaldığına işaret etmemektedir. Yüksek suç oranları daha az şiddetli cezaların –sonucundan ziyade– nedeni olabilir; aşırı kalabalık cezaevleri ile karşı karşıya kalan yargıç ve savcılar davaları reddetme, cezayı düşürme ve itiraf pazarlığı önerme gibi yöntemlere yönelebilirler. Bunun tersi şekilde, düşük suç oranları da daha şiddetli cezaların sonucu değil, nedeni olabilir.

Genel olarak, cezanın caydırıcı etkisi, potansiyel suçluların suç eylemi gerçekleştirmekten elde edecekleri yarar ve zarara ilişkin olası riskleri rasyonel şekilde hesapladığını varsayar. Akli melekeleri tutku, uyuşturucu veya zihinsel kusur ile bulanıklaşmış kişilerde bu varsayımın geçerli olamayacağını bir kenara bırakırsak, suçlu zihinlere ilişkin bu inanış caydırma kuramı savunucuları için ikilem oluşturmaktadır. Suç türlerini rasyonel olarak hesaplamak, suçtan elde edilecek çıkarın olası yakalama, mahkûmiyet ve ceza risklerinden büyük olduğunu varsayar; çünkü bu riskler suçtan gelecek faydaya kıyasla daha az kesin ve daha uzak görünmektedir. Benzer şekilde, Bentham gibi yararçılar da cezanın bu kesinlik ve anilik eksikliğini kapatmak için, suçun kendisinden elde edilebilecek hazdan daha büyük bir acı vermesi gerektiğini savunur. Söz konusu acının ne kadar büyük olması gerektiği ise tartışma konusudur. Bentham (1973: 172-3) ceza vermek suretiyle neden olunan acının olası suçluları suç işleme fikrinden caydırmaya yetecek kadar olması gerektiğine inanır; ancak hiçbir ceza –ne kadar şiddetli olursa olsun– tüm suç türlerinden caydırmayacaktır.

Cezanın caydırıcılığını savunanları eleştirenler, genel olarak yararçılıktan şikâyet etmek için bu zayıflığı kullanırlar. Yararçılar, yalnızca suçu önlemek ile ilgilendiklerinden, duruma göre ya aşırı şiddetli ya da aşırı hafif cezaları uygun görürler. Eğer ağır suçların görülme sıklığını ciddi oranda azaltmak için mükerreren suç işleyen faille zorunlu müebbet hapis verilmesinin gerekli olduğu düşünülsey-

di (Kaliforniya'nın üçüncü tekerrür yasasının öngördüğü üzere), bu durum üç kere mağaza soyan hırsızların iki kez hüküm giymiş katillerden daha fazla süre hapiste kalması anlamına gelse dahi, yararcılar bu kararı desteklerdi. Öte yandan, eğer cezanın hiçbir faydası olmadığı düşünülseydi, yararcılar katil ve tecavüzcüleri cezadan muaf tutardı; Bentham'a göre "Suçlulara bile gereksiz cefa çektirmek zalimcedir" (Age.:171). Yararcılar toplumun iyiliğine veya mutluluğuna fayda sağlayacağını düşünmeleri durumunda da böyle insanları cezadan muaf tutabilir. Bu, Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı'nın Soğuk Savaş sırasında stratejik istihbaratı ilerletme ve silahlanma amacıyla faydalanmak üzere, eski Nazi üyelerini cezai kovuşturmadan korumasıyla başlayan bir şahsi menfaat politikasıdır.

En kötüsü, cezanın caydırıcılığı savunusunun masum veya akli hastalığı olan kişilere uygulanan cezaya da müsaade etmesidir. Bentham akli melekelerini kaybetmiş insanları cezalandırmanın anlamsız olduğuna inanır; ancak hukuku ihlal eden tüm insanları cezalandırmanın yararlı sonuçlarını hafife almış olabilir (özellikle de psikolojiye ait ince noktaların çoğu insan tarafından anlaşılmadığı veya önemsenmediği durumlarda). Eğer daha büyük bir iyilik sağlamak için gerekli olduğu düşünülüyorsa, Bentham (1962: 24-6) masumları cezalandırmanın yalnızca yapılabilişliğini değil, yapılması gerektiğini savunur. Bentham'ın aklında suçu veya masumiyeti bireysel bağlamda belirlenemeyecek bir grup insanın kolektif olarak cezalandırılması vardır, ancak ortaya koyduğu genel şahsi menfaat ilkesi, kolluk kuvvetlerinin kanunları ihlal eden kişilerin kendisini ele geçiremediği durumlarda masum günah keçilerini cezalandırmayı kolayca meşrulaştırabilecek niteliktedir.

Sonuç olarak, cezaya ilişkin sonuç odaklı gerekçelendirme suçu önlemeyi cezanın tek amacı olarak kabul eder. Bu nedenle, ceza yalnızca suçu önlemenin en düşük maliyetli yöntemi ise meşru sayılır; ancak yukarıda da belirttiğim

üzere bu durum kanıtlanmış değildir. Dahası, suçu önleme konusundaki etkililiği de Foucault ve başka düşünürler tarafından yoğun şekilde tartışılmıştır. Suçun tekrarı ve diğer suç istatistiklerine ilişkin veriler cezanın yalnızca belirli suçlu tipleri ve suç eylemleri konusunda ve yalnızca kısmen etkili olduğunu göstermektedir.

Bu olgusal eksiklikler önemli olduğu kadar, suç önlemede ceza kullanımına ilişkin felsefi sorular da ayrıntılı inceleme gerektirmektedir. Rehabilitasyon yöntemi olarak ceza kullanımına karşı itirazlar tüm sonuç odaklı ceza savunuları için geçerlidir. Bu savunular insan doğasını kötüleyen bir bakış açısına sahiptir. İnsanların yalnızca ceza tehdidiyle kontrol altında tutulabilecek rasyonel olmayan dürtüler tarafından yönetildiğini varsayarlar. Davranışçılığın insan eylemini yalnızca nörolojik ve çevresel nedenlerin etkisine indirgeyen bilimsel formları bir adım ileri giderek insanların özgür iradesini reddeder, böylece sorumluluk ve liyakat kavramlarını çevreleyen geleneksel ceza gerekçelerini boşa çıkarır. Hegel'in gözlemlediği üzere: "Cezayı bu şekilde [davranışsal şartlanma olarak] gerekçelendirmek, köpeğe sopa göstermek gibidir; bireyin haysiyet ve özgürlüğüne saygı duymak yerine insana köpek gibi davranmaya benzer" (Hegel 1991: 127). İnsanlar üzerinde faydalı etkileri (sonuçları) olduğu için gerekçelendirilen ceza, cezalandırılabilir suç eylemlerini çeşitli derecelerde cezai ehliyete bağlamak için çok önemli görülen iç faillik ve niyetlilik kavramlarını göz ardı eder. Bu bağı görmezden gelerek, cezaya ilişkin sonuç odaklılık savunucuları belirli bir cezaya dair adil cezayı belirleyen net bir standart sunamazlar.

Foucault da Hegel ile hemfikir olurdu; ancak gerekçeleri farklı olurdu. Hegel'in kendi felsefesi de dâhil, modern Kant sonrası düşünce insanlığa kendi kaderi üzerinde çok fazla özgürlük ve sorumluluk tanır. İnsanlık doğanın altında yatan sınırsız yaratıcı güç olarak Tanrı'nın yerine geçer. Kendini böyle algılayarak, insanlık kendi özgür ve sınırsız,

ilerlemeci öz-gerçekleştirme girişimine bağımlı hâle gelir. Kendini mükemmelleştirmenin bedeli ise paradoksal bir şekilde kendisini kendi başlatmış olduğu toplum mühendisliği ve genetik süreçlerine tabi pasif bir nesne konumuna indirgemesini içerir. Medeniyetimizin çoğu ‘gittikçe daha insancıl’ hâle geldiği gibi, sonsuz bir düzeltici gözlem ve sınırsız davranışsal şartlama sağlayan modern ceza anlayışı daha az vahşi yollarla daha büyük bir öz kontrol sağlama arzumuz karşısında muğlak bir anıt gibi durmaktadır.

4. Hak Etmeye Dayalı Ceza Kuramları:

Locke, Kant ve Hegel

Modern dönemlerde cezanın olası suçları caydırmak için gerekli olduğu düşünülse de Eski Ahit veya başka eski kanunnamelerde bulunan öç yasasına (*lex talionis* ilkesi veya ‘göze göz’) kadar giden geçmiş gerekçelendirmelerin çoğu geçmiş bir zararın karşılığını veya intikamını almaya odaklanır. Ancak ödetme (*retributivism*) cezanın daha çok sıradan, ticari işlevlere hizmet etmiş olma ihtimali yüksektir. Nietzsche ödetme kavramının eski türlerinin çoğunun intikama veya ahlaki hak etmeye değil, akdî tazminata dayalı olduğunu söylemektedir. Kişiler borç alırken güvence olarak kendi canlarını ortaya koymuşlardır. Roma hukukunda bulunan On İki Levha Kanunları’na göre: “Alacaklının, [borçlunun bedeninden] ne kadar çok veya ne kadar az kesip alacağı fark etmez” (Nietzsche 1956: 196). Burada tazminat yaklaşık miktarda sağlanan eşdeğerliğin tatmin ediciliğine dayandırılmıştır: Bu vakada, yükümlülüğünü yerine getiremeyen borçluya verilen ceza (acı ve ölüm) ile borç miktarı arasındaki eşdeğerlik. (*Venedik Taciri* eserinde, Shakespeare’in tefecisi Shylock yalnızca yarım kilogram et için pazarlık yapmıştır, yıkımına neden olan şey de bu olmuştur.)

Ceza gittikçe cezalandırma kavramının daha farklı amaçlara hizmet etmeye başladığı siyasi ve ahlaki bir kuruma dönüştüğünden, Nietzsche'nin bu konjektür hakkında haklı olup olmaması bizim amaçlarımızla bağlantılı değildir. Aydınlanma sonlarına doğru Cesare di Beccaria ve diğerlerinin ceza infaz kurumlarını yeniden gözden geçirmesinden önce ceza, cezalandırıcı unsurlar ile gerçeği itiraf etme unsurlarını bir araya getiren karmaşık bir olgu olarak ele alınmaktaydı. İngiltere dışında bütün Avrupa'yı etkilemiş olan Fransız modelinden yola çıkarak Foucault bu karmaşıklığı küçük cep bıçağının tek darbesiyle Kral XV. Louis'yi öldürme girişiminde bulunan Damiens'in işkence-infazına atıfta bulunarak açıklamıştır. Damiens'e hissettirilecek açının ince hesaplamasına ilişkin acımasız ve göz alıcı bir betimleme yapan Foucault'nun bu infaza ilişkin fikirleri mahkûmun, egemenin sınırsız gücünü ortaya çıkarmak için tasarlanmış olan kendi ahlak oyununa başrol oyuncusu olarak dâhil edilmesini, sözü edilen gücün ifadesi olarak siyasi yapının bütünlüğünü ve böylece ilahî cezanın ve kefaretin gücünü sergilemektedir. İşkencede yalnızca ödetme ve caydırma (*la supplice*) uygulanmamıştır, gerçeği ortaya çıkarmak için tasarlanmış bilgi toplama prosedürlerinin (*la question*) oluşturulma sürecine dâhil edilmiştir. Suç eylemi gerçekleştirildiğine ilişkin şüphe, itiraf alma amacıyla sorgu esnasında işkence yöntemlerinin kullanılmasını meşrulaştırabilmekteydi; ceza da şüpheliden edinilen kanıtın miktarına göre ayarlanırdı. Tam kanıt (itirafla birlikte) her tür cezaya neden olabilirken, yarı-kanıt idam dışında cezalar gerektirmekteydi; tek başına ipucu yalnızca küçük cezaları haklı gösterebilmesine rağmen, böyle birkaç ipucunun bir araya gelmesi bir yarı-kanıt oluşturabiliyordu. Adli işkence yalnızca yargıcın suçu itiraf ettirdiği davalarda kullanılırdı; çünkü işkence edilen şüpheli itirafta bulunmazsa, salınırdı.

Günümüzde bu soruşturmaya ilişkin ceza süreci bize garip geliyor; şüphelilerin genellikle kendilerine karşı ortaya atılan suçlamaları veya suçlayıcı kanıtların hiçbirini bilmesi-

ne izin verilmezdi, böylece bütün süreç suçlunun suçunu kanıtlama eğiliminde olurdu. Ancak bu deliliğin arkasında da bir mantık yatmaktaydı. Akıl Çağından önce, bir şeye ilişkin gerçeği bilmek, bu gerçeği benzediği iddia edilebilecek başka şeylerle en zayıf şekilde bile olsa ilişkilendirebilmek anlamına geliyordu. Sarı parlaklığı güneşi andıran altının, hayatı ısıtan ve besleyen tanrısal güçlere sahip olduğuna inanıldığı gibi, (daha az olumlu bir ilişkilendirme yapmak gerekirse) evde kalmış kambur bir kadının da kısır ve kedi gibi nankör olduğu, bu nedenle Şeytan'a benzediği düşünülebilirdi. Suçlu görünmek suça eşdeğerdi; kanunların ihlali kralın emirlerinin ihlaliydi ve bu emirlerin ihlali emirleri veren kişiye, varlığına, temsil ettiği siyasi yapıya ve ilahî düzene saldırı olarak görülmekteydi. Bu ilişkiyel düşünme, evde kalmış engelli bir kadın olmak ile işkence direği arasında çok ince bir çizgi olduğunu açıklamaktadır.

Bu ceza rejiminin ortadan kalkmasının birkaç nedeni vardır. İlk olarak, bir intikam yöntemi olarak cezalandırma kavramı ile monarşi ve aristokrasinin sahip olduğu ve genellikle *kamuya açık* infazlarda görünür hâle getirilen keyfi güç arasında çok yakın bağlar vardı. Suçunu itiraf eden suçluların korkunç şekillerde öldüğü tuhaf ahlak oyunları tüm adi suçların işlenebilmesi için fırsat oluşturur hâle geldi (yankeçilik en yaygın olanıydı). Daha önemlisi, bu olaylar beklenmedik sonuçlar doğurmaya başladı; kitlelerde monarşinin sınırsız, tanrısal gücüne karşı korkuyla karışık bir saygı uyandıracığına, genellikle alt sınıftan gelen mahkûma karşı sempati oluşturuyor, izleyicileri isyana sürüklüyordu.

Diğer neden ise 18. yüzyılın sonralındaki reform hareketleri ile ilişkilidir. Aydınlanmanın başlamasıyla birlikte, ceza ve cezalandırma tamamen farklı bir bilgi ve güç ekonomisine dâhil olacaktı. Bilgi artık gerçekliğin doğru temsili olarak tanımlanıyordu ve mantık (veya sağduyu) gerçeği anlamamız için gerekli olan evrensel yetiyi ifade ediyordu. Kesin ve net fikirlere ilişkin rasyonel anlaşmalar, suç şüphesinin dayandırıl-

dığı hiç de ikna edici olmayan bulguların artık suç kanıtı olarak ele alınamayacağı anlamına geliyordu; soruşturma amaçlı işkence kullanımını yasaklayan ve sanıkların kendilerine karşı ileri sunulan bulgulara karşı çıkmasını ve itiraz etmesini mümkün kılan daha yüksek bulgu standartları getirildi.

Bu değişiklik siyasi ve hukuki kuramlarda da kendini gösterdi. Sözleşmelere dayalı yeni kapitalist düzeni yansıta- cık şekilde, bu toplumsal sözleşme kuramları da devletin cezalandırma yetkisini eş zamanlı olarak meşrulaştırmaya ve sınırlandırmaya çalışmaktaydı. Bu kuramlara göre, toplum birbirinin doğal veya ‘doğuştan’ gelen mülk edinme ve kendini koruma haklarına saygı duymasına dair sözsüz bir anlaşma veya sözleşme üzerine kurulmuştur (Locke 1980: paragraf 4-6). Eğer bir birey bu sözleşmeye uymazsa, haklarından feragat eder; Locke’un deyimiyle ‘insan doğasına ilişkin ilkeleri terk ettiği’ için ‘tehlikeli bir Yaratık’a dönüşür (Age.: paragraf 10).

Nietzsche’nin betimlediği eski sözleşmeci (tazmin edici) ceza görüşündeki gibi, bu kuramlar suç işleyen kişilerin cezalandırılmayı hak ettiğini; çünkü toplumda neden oldukları acının, hesapların eşitlenmesi adına ‘dengelenmesi’ gerektiği konusunda ısrarcıdır.¹⁴ Örneğin Locke mağdur tarafın kendisine verilen hasarı dengeleyecek bir ‘tazminat’ isteyebileceğine inanmaktadır (Age.: paragraf 7-8). Bu kuramlar eşdeğerlik veya orantılılık ilkesinde de diretirler: Locke’un deyimiyle ceza: “İhlalin oranına göre mantık ve vicdanın emrettiği karşılığı ödemelidir” (Age.: paragraf 8). Fakat intikam ve tazminata dayalı ilkel ‘ödetme’ modellerinin aksine Locke; –‘cezanın diğerlerini benzer zararlar vermektan caydırıcı temele uygun şiddette ayarlanması’ gerektiğini savunan yararçı görüşüne rağmen– cezanın ahlaki sınırları olduğunu ileri sürer (Age.: paragraf 11). Dahası, cezalandırma hakkı iddia edebi-

¹⁴ Ödetme (*retributivism*) anlayışı, hata yapan kişilerin cezalandırılması gerektiğini savunur; zayıf bir ödetme anlayışı hata yapan kişilerin *cezalandırılabilceğini* savunur.

lecek tek kişinin mağdur olmadığını belirtir. Bir bireyin hakkının ihlali dolaylı yoldan hepimizin barış ve güvenlik içinde yaşama hakkının ihlali olduğundan, hepimizin kusur işleyen kişileri cezalandırma konusunda doğal ve eşit bir hakkı vardır. Herkesin doğanın kanununu kendi şahsi yargılarına göre değerlendirdiği ve uyguladığı 'doğa devletinin zorlukları' yüzünden, Locke'u takip ederek biz de haklarımızı bizim vekilimiz olarak hareket eden devlete devrederiz.

Locke gibi toplumsal sözleşmeciler ve ceza adaleti reformunun ünlü savunucusu Cesare Beccaria, insan özgürlüğü ve güvenliğini korumak için gerekli bir yöntem olarak yalnızca yararlı temellerde cezanın gerekliliğini savunmuşlardır. Kant ve Hegel de dâhil olmak üzere, sonradan gelen Alman İdealist geleneği düşünürleri, böyle yararlı amaçlardan tamamen arındırılmış, yalnızca mantığa dayalı ödetme yöntemini savunmuşlardır. Örneğin Hegel, "Devlet bir sözleşme değildir ... ve devletin özünde insan hayatını ve bireylerin mülklerini koşulsuz olarak korumak ve kollamak yoktur." fikrinde ısrarcıdır (Hegel 1991: 126). Hegel'e göre, insanlar yalnızca davranışlarını evrensel akıl yasalarına göre oluşturabildikleri ölçüde özgür ve sorumluluk sahibi failer olarak kendi benzersiz ahlaki kaderlerini gerçekleştirebilirler; sözü edilen evrensel akıl yasaları herkese birbirinin haklarına saygı duymak konusunda mutlak yükümlülükler yükler. Suçlular yasayı ihlal ettiğinde, akıl dışı hareket etmiş olurlar. Kendilerini bireysel özgürlükleri ve öz-saygıları için gerekli olduğunu bildikleri şartlardan mahrum bırakılmaktadırlar. Birini soyan bir suçlu, tutarlı bir şekilde başkalarına da kendisini soymalarını söyleyemez; çünkü bu durum kendi özgürlüğünü ve haysiyetini ihlal eder. Bu nedenle yasaları ihlal ederek kendi rasyonel çıkarlarına karşı hareket etmiş olur. Bu bağlamda, suçlular toplumdaki asalaklar olarak değil, insan toplumunun rasyonel bireyleri olarak kendi cezalarını kendileri talep etmiş olurlar. Kant'tan alıntı yapacak olursak: "Başkasına yaptığınız hak edilmemiş kötülük, kendinize yapılmış kö-

tülüktür; onu soyarsanız, kendinizi soymuş olursunuz; ona iftira atarsanız, kendinize iftira atmış olursunuz; onu öldürürseniz, kendinizi öldürmüş olursunuz Yalnızca ödetme yasası (*ius talionis*) gerekli cezanın niteliğini ve niceliğini belirleyebilir.” (Reiss: 157) Özetle, Kant’a göre suçluları cezalandırmak müsaade edilebilir olmaktan ziyade mecburidir; çünkü diğer türlü suçlunun kendi davranışlarından sorumlu, akıl sahibi ve özerk bir bireye sunulması gereken hürmet ile muamele görme hakkını ihlal etmiş oluruz. Hegel’e göre, “Mecbur kılınan ceza suçluya kendi hakkını teslim etmek olarak görüldüğünden, suçlu rasyonel bir varlık olarak onurlandırılmaktadır” (Hegel 1991: 126). Kant fikrini şu şekilde sonuçlandırır: “Sivil toplum kendini feshetse bile herkesin hak ettiğini alması gerektiğinden hapisshanedeki son katilin infaz edilmesi gerekirdi” (Age.: 156).

Cezanın ödetme ile gerekçelendirilmesini eleştirenler Kant’ın şu fikirlerine itiraz ederler:

- (a) Ahlaken hak etmiş olmayı dikkate almak suç işleyenlerin cezalandırılmasını gerektirir.
- (b) Eşitlik cezanın niteliğini ve niceliğini tam olarak belirleyebilir.
- (c) Egemen hukuki otorite cezalandırma hakkına sahiptir.
- (d) Kişiler, özellikle suçlular özgür ve sorumluluk sahibi faillerdir

İlk olarak, Kant’ın sözünü ettiği (iftira atmak gibi) eylemlerin bazıları özü itibariyle kötü olsalar ve kötü niyetle güdülenseler de normalde cezaya tabi değildir. Böyle eylemler özel hukukun yetki alanına girer çünkü esasında tüm insanlığa (topluma) değil yalnızca bir bireye zarar verir. Evlilikte sadakatsizlik gibi doğası gereği kötü olan diğer eylemler bu derece bile haksız fiil oluşturmazlar. Ödetme kuramları neden ahlaki açıdan aykırı tüm eylemlerin hukuken dayatıl-

mış cezaya tabi olmadığını –yaptığıma mecbur tutmak bir yana– açıklayamamaktadır.

Diğer yandan, adalete ilişkin ödetme kuramları madde etkisi altında araba kullanmak gibi özünde kötü olmayan davranışların cezalandırılması konusunda aşırı müsamahakâr görünür. Genellikle trafik kuralı ihlali gibi masum ihlallerin sırf kendisi itibarıyla ceza gerektirdiği söylenemez; ancak kamu güvenliğini tehdit ettikleri ölçüde cezai olarak sorumlu tutulabilirlik ve ihmal değerlendirmelerine tabi tutulabilirler; çünkü bu hareketler ortak beklenti sisteminden sapmalardır (veya bu sistemden adil olmayan avantajlar edinmektir).

İkinci olarak, Kant'ın eşitliğin ceza standartlarını tam olarak belirleyebileceği inancı yanlıştır. Toplu katliam yapan katiller yalnızca bir kez öldürülebilir. Her durumda, cezanın mahkûmun ahlaki insanlığını aşağılamadığı (yani mahkûmun onurlu bir biçimde muamele görme hakkının ihlal edilmediği) konusunda ısrarcı olan Kant, en acımasız suçluların hak ettiği düşünülebilecek acımasız ve aşağılayıcı cezaları kabul etmez. Kendisi de tüm katillerin infaz edilmesi gerektiği konusunda direktse de bireyin kendi onurunu koruma mecburiyeti nedeniyle –örneğin gayrimeşru bir yenidoğanı veya düelloda iş arkadaşını öldürmek– işlediği cinayetin farklı bir durum teşkil ettiğini kabul eder; çünkü birini sırf kötü niyeti nedeniyle değil de yalnızca kamu görevinin patolojik baskısı altında hareket ettiği için infaz etmek acımasızcadır (Reiss: 159). Esasında, Kant'ın adalet anlayışı taksirle öldürmenin çeşitli düzeyleri olduğunu kabul ettiğinden, tüm katilleri öldürmek uygunsuz olurdu.

Hegel “Cinayet ... ölüm cezası gerektirir.” diyen Kant ile hemfikirdir; çünkü yaşam her şeyden değerlidir. Ancak diğer suçlara ilişkin olarak, cezanın suç ile yalnızca soyut anlamda eşit olabileceğini kabul eder; çünkü ceza “Yalnızca suçun şeklinin kendisine çevrilmesini simgeler.” Ceza, suçta değer bazında yaklaşık olarak eşdeğer (veya orantılı) olmalı-

dır (Hegel 1991: paragraf 101). Ancak Hegel'in eşitliğe ilişkin orantısal değer ikame etmesi miktar kesinliği sorununu ortadan kaldırmaz. Suçun şiddetine oranla belirlenmiş ceza, caydırıcı etkiye göre belirlenmiş ceza kadar belirsizdir. Örneğin, biri en kötü suç için en kötü cezayı ayırdığı sürece, bu cezanın ölüm veya müebbet hapis olmasının bir önemi yoktur. Hegel'in kendi anlayışına göre, ödetmeye dayanan ceza sistemi iradenin zayıflığı ve güdülenmesine ilişkin psikolojik faktörleri de değerlendirmelidir; çünkü suçlunun fiziksel ve sosyal durumunda patolojik bir kökeni olmayan bir cinayet eylemi düşünmek oldukça zordur. Diğer suçlarda olduğu gibi –ve Hegel'in kendisinin de kabul ettiği üzere– burada da ceza aralığını belirleyen rasyonel hak etme kavramına ilişkin değerlendirmeler değil, (caydırıcılık gibi) 'dışsal' değerlendirmeler olacaktır.

Üçüncü olarak, cezanın ödetme şeklinde gerekçelendirmesinin devlet destekli cezaları nasıl desteklediğini anlamak zordur. Kuramların neredeyse hiçbiri devletin cezalandırma hakkını nasıl edindiğini açıklayamaz. Locke gibi toplumsal sözleşmeciler tipik olarak bireylerin kendilerine veya başkasına zarar veren kişileri cezalandırmaya ilişkin –devlete devredebilecekleri– doğal hakları olduğunu varsayar. Ancak meşru müdafaa hakkında olduğu gibi, cezalandırma hakkının nasıl birincil öz koruma hakkımızdan doğduğunu anlamak da zordur. Cezalandırmak konusunda doğal bir hakkımız olsaydı bile, bu hakkın devlete nasıl transfer edilebileceğini anlamlandırmak daha da zordur.

Dahası, ceza konusunda ödetme mantığına dayanan argümanlar geçmişte hak edilmiş olanlara odaklandığından, toplumsal öz koruma adı altında devlet destekli cezanın ileriye yönelik olarak benimsenmesini meşrulaştıramazlar. Kozmik adalet bakış açısından bakıldığında, ceza konusunda ödetme mantığına dayanan argümanlar geriye yönelik ceza kanunlarıyla uyumludur. Nazi savaş suçluları cezalandırılmayı şüphesiz ki hak etmişlerdi; ancak bu cezalar yal-

nızca kendilerinden sonra yürürlüğe konmuş olan Nürnberg Tüzüğü uyarınca hukuken gerekçelendirilebilir hâle geldiler. Son olarak, ceza konusunda ödetme mantığına dayanan bakış açısı masum insanların cezalandırılmasını kesinlikle yasakladığından, esasında tüm kurumsallaşmış ceza formlarına karşı çıkarlar; çünkü bu cezalar doğaları gereği insan hatasına meyillidir.

Son olarak, ceza konusunda ödetme mantığına dayalı bakış açısı suçluların esas itibarıyla rasyonel ve sorumluluk sahibi özneler olduğunu varsayar. Ancak çoğu suçlunun çeşitli türlerde zihinsel problem yaşadığına ilişkin ciddi miktarda delil mevcuttur. İnsan davranışına ilişkin bilimsel görüşler belirlenimcidir, ahlaki karakterin öz niteliklerinin genetik ve çevresel faktörler tarafından, bizim kontrolümüz dışında şekillendiğini ileri sürer. İnsan doğasına ilişkin bu bilimsel veri göz önünde bulundurulduğunda, bireyleri özgür ve rasyonel özneler olarak ahlaki açıdan sorumlu tutma arzusu –Nietzsche’ye göre– intikam olmasa bile belki basit bir acımasızlık gibi daha temel arzuları maskeleyen modern bir rasyonelleştirme çabasıdır (Nietzsche 1956: 195, 197).

5. Cezanın Sınırları: Karma Kuramlar ve Ölüm Cezası

Tek başına ele alındığında, cezaya ilişkin ne liyakate dayalı ne de çıktıya dayalı savunmalar cezanın tam olarak gerekçelendirilmesine esas iki önemli soruya tatmin edici cevaplar vermeye yetmektedir: “Ceza neden kurumsallaşmıştır?” ve “Neden spesifik kişiler o şekilde değil de bu şekilde cezalandırılır?” Yararcı savunmalar ilk soruya cevap verebilir ancak ikinciye veremez; masum insanlara korkunç zararlar gelmesini engellemek amacıyla neden cezanın kurumsallaşmasına ihtiyaç duyulduğunu muhtemelen bir tür toplumsal kendini müdafaa olarak açıklarlar (veya caydırıcı araçlar olarak nükleer silah tehdidi kullanmaya benzer şekilde, ola-

sı saldırılara karşı savunma). Ancak neden yalnızca suç işlediğine inanılan insanların cezalandırılması gerektiğini veya eğer cezalandırmak masum insanlara korkunç zararlar gelmesini önlemenin tek yoluysa neden cezaların acımasız ve aşağılayıcı olmaması gerektiğini açıklamazlar. Ödetme anlayışı bunu açıklamayı başarır; ancak (a) neden bazı suçların cezasız kalması gerektiğini, (b) neden bazı kurbanı olmayan ve kötü davranış içermeyen suçların cezalandırılması gerektiğini, (c) adaletin neden zaman zaman masum insanları mahkûm eden ve cezalandıran hatalı kurumlar tarafından dağıtılması gerektiğini ve (d) adaletin neden mağdur bireyler tarafından kanun yetkisi dışında kişisel inisiyatife göre değil de hukukun üstünlüğü uyarınca devlet tarafından dağıtılması gerektiğini açıklamaz.

Bu nedenle Hart'a göre cezaya ilişkin yararlı ve karşılık verme bakış açısına dayanan kuramların sırasıyla cezanın genel amacını (toplumsal zararı asgariye indirme amacıyla caydırıcılık) ve ceza dağıtımının yöntemini (yalnızca hüküm giymiş suçlulara uygulanma) açıklaması gerekmektedir: "Ceza pratiğinin 'Genel Gerekçeleştirme Amacı'nın yararlı sonuçlar olduğunu ve bu 'Genel Amaca' erişme çabasının cezayı yalnızca bir suç işlemekten hüküm giymiş olan suçluya uygulamayı gerektiren 'Ceza Dağıtma' ilkesini dikkate alarak tanımlamak veya kısıtlandırmak gerektiğini ileri sürmek son derece uygundur." (Hart 1962: 8).

Hart, yararlı kuramların ceza dağıtma sorularına da uygulanmasına müsaade ettiği gibi, ödetmecî kuramların genel amaç sorularına uygulanmasına da (her ne kadar ikincil bir tutumla olsa da) müsaade eder (Age.: 6-13). Bilhassa tutarlı yararlılığın masum insanların cezalandırılması fikrini uzun vadede toplumsal olarak zararlı olduğu gerekçesiyle reddedeceğine inanmaktadır. Benzer şekilde, yararlılığın cezanın şiddetinin suçun büyüklüğüne orantılı olması gerektiği konusunda ödetmecilikle birbirlerine yaklaştıkları konusunda Bentham'la hemfikirdir.

Ancak, tam bu noktada yararlılık ve ödetme fikirleri arasındaki tutarlılık çöker. Yararcılar için suçun büyüklüğü neden olduğu zarar ile tanımlanır; ödetmecilik savunucularına göre ise bu büyüklük kötü niyete göre tanımlanır. Her iki anlayışın da belirli ceza türlerine hangi cezanın verileceği konusunda kanun koyucunun kararına danışması gerektiği; ancak her iki bakış açısı da bu değerlendirmeyi yapmak için farklı temellere başvurduğu için, yararlı ve ödetmeci bakış açılarının bir araya geldiği karma bir kuramın Hart'ın savunduğu kadar tutarlı olup olamayacağı netlikten çok uzaktır. Gördüğümüz gibi, ödetmeci yaklaşım cezanın şiddetine mutlak sınırlar koyarak orantısallık ilkesinin ötesine geçer. Ceza asla zalimane veya aşağılayıcı olmamalıdır; hüküm giymiş suçlu bazı haklarından feragat etse de hepsinden feragat etmez. Dahası, cezanın neden olduğu zarar suçun neden olduğu zarardan daha büyük olmamalıdır.

Yararlı anlayışlar bu ikinci sınır ile çeşitli oranlarda çatışmaktadır. Bentham'ın haklı şekilde ileri sürdüğü üzere, suça ilişkin yakalama, kovuşturma, hüküm verme ve cezalandırma süreçlerinin belirsiz olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, olası suçluların çoğu –özellikle ekonomik olarak çaresiz durumda olanlar– işlemeyi düşündükleri suç ile edinecekleri kazanca eşdeğer miktarda bedel dayatan cezalar ile yeterince caydırılmazlar. Suç eylemi sayısını tolere edilebilir düzeye indirmek için cezanın neden olduğu zarar, suçun neden olduğundan daha fazla olmalıdır. Bu durum, hırsızlık gibi mülkiyete karşı işlenmiş suçlarda neden çalınmış malların geri alınması ile para cezasının yanı sıra hapis cezası da verildiğini açıklamaktadır. Ödetmecilikteki adletsizliği azaltmanın yolu ya cezaya ilişkin yakalama, kovuşturma, hüküm verme ve cezalandırma süreçlerinin etkililiğini arttırmak ya da suça neden olan etmenleri azaltmaktır. İkinciye örnek olarak büyük ekonomik eşitsizlikleri ortadan kaldırmak verilebilir; çünkü kimileri bu ekonomik eşitsizliğin çaresiz insanlar suç niteliği taşıyan daha düşük meblağ-

lı gelirler elde etmek uğruna daha yüksek ceza bedellerini riske atmaya hazır hâle getirdiğini ileri sürer. İlk alternatif birçok insanın itiraz edilebilir nitelikte bulacağı şekillerde ve muhtemelen gittikçe artan düzeylerde gözetim, özel hayatın gizliliğinde azalma ve şüpheliye ilişkin yakalama, kovuşturma ve hüküm verme prosedürlerindeki kısıtlamalarda azalma gerektirecektir. İkinci alternatif kesinlikle tercih edilebilir olacaktır; ancak orta ve üst sınıf üyelerine muhtemelen kabul etmeyecekleri maddi bir yük de getirecektir.

Ancak yukarıda da belirttiğim gibi, cinayet, caydırıcılığın suçun cezanın şiddetiyle orantılı olduğu kuralına istisnai bir suçtur. En şiddetli ceza –idam– neredeyse tüm demokrasilerde yasaklanmıştır. Her yıl bir avuç insanı idam eden Japonya ve bir yılda idam edilen kişi sayısına göre Çin'den sonra ikinci sırada yer alan Birleşik Devletler dikkate değer istisnalardır (1976 yılından beri reşit olmayan 21 kişiyi idam eden Birleşik Devletler, 2005 yılında reşit olmayan bireyleri hâlâ idam etmekte olan tek ülke olmayı bırakmıştır; 2002 yılından beri zekâ geriliği bulunan bireyleri idam etmeyi de bırakmıştır [Kıyaslayınız: *Atkins v. Virginia*]).

İdam cezasının yasaklanma nedenleri arasında bir tanesi ön plana çıkmaktadır: İdam cezasının birinci dereceden cinayeti şartlı tahliye olanağı olmayan müebbet hapis cezasına kıyasla daha fazla caydırıcılığa sahip olduğunu destekleyen veri yoktur. En yüksek idam oranlarına sahip Güney eyaletleri aynı zamanda en yüksek cinayet oranlarına da sahiptir. Üstelik ölüm cezası yasaklandıktan sonra bazı eyaletlerdeki cinayet oranları düşüş göstermiştir. Elbette ölüm cezası savunucuları bu durumun idam cezasının fiilen uygulanmasındaki seyreklik olduğunu ileri sürerler: Ortalama olarak, Birleşik Devletler'de idam cezasına mahkûm edilenlerin yalnızca yüzde 10'unun cezası infaz edilir; bu grup hüküm giymiş katillerin yüzde 3'ünü oluşturur. Ancak ölüm cezası karşıtları bu cezanın görgü şahidi cinayetlerinin (cinayet gibi ölüm cezası gerektiren bir suça şahit olan

bireyleri öldürmek) sayısını arttırdığını ve beklenmedik bir sonuç olmak üzere bazı psikopat katillerin intihar eğilimli güdülerini kışkırttığını ileri sürerler. Son olarak, idam cezası karşıtları çok sayıda temyiz sürecinden geçen tek bir idam vakası yargılaması için gereken kayda değer masraf –yaklaşık bir milyon dolar– suçu önlemek için başka kaynaklara harcanabilecek bir meblağdır.

Müebbet hapis cezasına kıyasla idam cezasının daha kuvvetli caydırıcılık etkisine ilişkin kesin olmayan veriler göz önünde bulundurulduğunda, geriye ödetmeci bakış açısını benimseyen fikrin en kötü katillerin ölmeyi hak ettiğine ilişkin argümanı kalmaktadır. Yukarıda belirttiğim gibi, bu argümanın problematik yanı kurumsallaşmış idam cezasına uygulanamamasıdır; kurumsallaşmış idam cezalarında infaz edilenlerin çoğu en kötü katiller değildir; yalnızca cinayet hükmü giymiş en yoksul, en fazla ayrıma maruz kalmış ve en şanssız insanlardır. Kamu avukatları genellikle haddinden fazla çalıştırılır fakat çalıştırdıklarının altında ödeme alır. Savcılar adam öldürdüğünden şüphelenilen sanıkları cinayete suçlayıp suçlamamak konusunda büyük ölçüde takdir yetkisi kullanırlar, üstelik itiraf pazarlığı yoluyla bu suçlamayı keyfi olarak azaltabilirler. Jüri üyeleri, ağırlaştırıcı veya hafifletirici durumları değerlendirerek ve mağdur etki bildirimini tartarak yargıcın talimatlarını uygulamada takdir yetkisi kullanırlar. Illinois eyaletinde ve diğer bazı eyaletlerde, savcılığın işini düzgün yapmaması, idam cezalarının infazının askıya alınmasına neden olacak ölçüde yaygındır.¹⁵

Son olarak ırk ve cinsiyetin de hüküm giymiş katilin ölüm cezası alıp almayacağı konusunda önemli etkileri olduğu görülmektedir. 1976 yılından beri Birleşik Devletler’de birinci derece cinayetten hüküm giyen kadın sayısı genelin % 13’ünü

¹⁵ İdam cezası özelinde askıya alma (*moratorium*), idam cezası almış olanların infazının genel olarak uygulanmayacağı ilan etmek anlamına gelir. Illinois’de de hatalı verilen idam cezası kararları sonrasında önce askıya alma uygulanmış, daha sonra idam cezası tümüyle kaldırılmıştır. (Yay. Haz.)

oluşturmasına rağmen, infaz edilen 970 kişinin yalnızca 3'ü kadındır. Irka ilişkin istatistikler de aynı oranda çarpıcıdır. Birleşik Devletler nüfusunun yalnızca %12'sini oluşturmalarına rağmen, siyahlar hüküm giymiş katillerin %50'sini ve infaz bekleyen 3000 hükümlünün %40'ını oluşturur (1930 ilâ 1967 arasında cezası infaz edilen 3500 kişinin yarısının siyahi olduğu tahmin edilmektedir). Birleşik Devletler'de verilen idam cezaları ırk ayrımcılığı nedeniyle iptal edilmiştir. Georgia eyaletinde ise 1973 ilâ 1979 yılları arasında görülen 2000 cinayet vakası üzerinde David Baldus tarafından yapılan bir araştırma (Baldus, Woodward ve Pulaski: 1990) beyazları öldüren sanıkların ölüm cezasına çarptırılma ihtimalinin siyahları öldüren sanıklara kıyasla 4,3 kat daha fazla olduğunu göstermiştir.

Masum insanları idam etme riski bu kadar takdir yetkisi, duygusal manipölasyon ve suistimale müsaade eden bir sistemde çok yüksektir. Suçu önleme uğruna masum insanları cezalandırmaya karşı savundukları mutlak yasağı tehlikeye atmaya isteksiz olan ödetme yaklaşımı savunucularına göre, söz konusu risk çok yüksektir. Hatalı hapis cezası kararının aksine, hatalı idam maddi tazmin ile telafi edilemez. Ödetmecî yaklaşımı benimseyenler uzun ve yorucu temyiz süreçleri boyunca yıllarca ölüm hücrelerinde beklemenin –infaz anına kadar ayın hâline getirilmiş hazırlık süreci ise bambaşka bir mevzu– birçok cinayet kurbanının yaşadığından çok daha büyük bir psikolojik işkence teşkil ettiğini ileri sürerler (ölüm hücrelerindeki¹⁶ mahkûmlar arasındaki intihar oranı sivil nüfusun 10 katıdır). İdamı yasaklamamış olan 37 eyalet içerisinde ölüm cezası uygulaması keyfî faktörlere o kadar bağlıdır ki bazı insanlar riskin bu kadar yüksek olduğu bir uygulama sürecinde alışılmadık değişken taleplerin bu kadar fazla olmasının uygulamanın kendisini bir çeşit zulüm hâline getirip getirmediğini merak etmektedir.

¹⁶ İdam mahkûmlarının kaldıkları hücreler. (Yay. Haz.)

Furman v. Georgia davasında (1972) mahkeme bu sebebe uygun şekilde ölüm cezasının Sekizinci Değişiklik'te yer alan acımasız ve alışılmadık cezaların yasaklanması hükmünü ihlal ettiği kararına varmıştır; bunun ardından eyaletlerin jüri üyelerine ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin tam listelerini gözden geçirme talimatları vererek ön yargıyı ve diğer tüm keyfi uygulamaları cezanın belirlenmesi sürecinden kaldırmak için gerçekleştirdikleri tüm girişimlere rağmen (*Gregg v. Georgia* davası [1976]), o zaman olduğu gibi şimdi de ilk karar doğru görünmektedir: İdam cezası uygulaması kaçınılmaz şekilde öznel ve keyfidir.

Sonuç olarak, filozofların sunduğu çeşitli gerekçelere rağmen, suç ve ceza anlaşılması zor kavramlar olarak kalmıştır. Bunu, idam cezasının hak edilmiş bile olsa barbarca görülebilmesinden de anlayabiliyoruz. Düşman muharip olduğuna ilişkin yalnızca şüpheler bulunan kişilerin önleyici tutuklama ve işkenceye maruz kalması ise hukuki kategorilerin ne kadar derinden suistimal edilebileceğini göstermektedir. Ayrıca ortada 'mağdursuz' suçlar ile memnu huylar addedilerek cezalandırılan normdan sapma davranışlarına ilişkin sayısız vaka vardır. Ahlaka uygunluk anlayışımız ceza kanununun bu türlerinin kabul edilebilir veya edilemez olduğuna ilişkin fikirlerimizi şekillendirmede önemli rol oynar. Bu da bizi bir sonraki soruya götürür: Ahlaka uygunluğa ilişkin rasyonel bir standardı ceza kanununu yeniden düzenlemek için kullanabilir miyiz?

BEŞİNCİ BÖLÜM

KÖR ADALET: İRK, TOPLUMSAL

CİNSİYET, BİYOLOJİK CİNSİYET VE HUKUKİ CEBRİN SINIRLARI

‘Ölüm Hücresi’ popülasyonunun ırka göre dağılımına ilişkin istatistikler –Amerikan hapisanelerindeki popülasyonun büyük bir oranının beyaz olmayan kişilerden oluştuğuna ilişkin rahatsız edici gerçekle birleştiğinde– bir bütün olarak ceza adaleti sisteminin ‘renk körlüğü’ hakkında ciddi şüpheler uyandırmaktadır.¹ Bu şüpheler hem jüri, savcı ve yargıçların ırk ayrımcılığını hem de belli tür davranışları cezalandırırken bazılarını cezalandırmamayı tercih eden yasa koyucuların ırk tarafsızlığını ilgilendirmektedir. Neden kırsalda yaşayan ve beyaz olmayan popülasyonun tıbbi amaçlı marihuana ve eğlence amaçlı uyuşturucu kullanımı suç sayılırken, topluma (tartışılır şekilde) daha çok zarar veren alkol kullanımı suç sayılmaz? Neden fahişelik gibi rızası olan reşit bireyler arasındaki ‘mağdursuz’ fenalıklar suç sayılırken tütün gibi tüketiminin bireylere ve topluma zarar verdiği kanıtlanmış olan maddelerin satışı suç sayılmaz?

Bu sorular şu anki tartışmamız için önemli iki meseleye değinmektedir: Belirli davranışlar gerçekleştiren bireylerin özgürlüğünü hukuken sınırlandırmanın ahlaki sınırları (eğer varsa) ve hukuk nezdinde bireylere eşit muamele. İlk mesele bizi asla suç sayılmaması gereken bazı eylemler olup olmadığını incelemeye zorlar. İkincisi ise farklı gruplar üzerinde

¹ Siyahiler popülasyonun % 12’sini; ancak eyalet ve federal hapisanelerdeki tutsakların % 44’ünü oluştururlar (<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs>).

eşit olmayan etkileri olan ceza kanunlarının adaleti ile ceza kanunlarının hazırlanması ve ceza davalarının yürütülmesi süreçlerinde sanıkların toplumsal cinsiyeti ve ırkına başvurmanın meşruiyetini (veya gayrimeşruiyetini) değerlendirmeye yönlendirir.

1. Mill'in Zarar İlkesi

John Stuart Mill'in *Özgürlük Üzerine* (1859) adlı eseri ilk soruya cevap verme konusunda *locus classicus* (en bilinen örnek) olarak değerlendirilmektedir: Özgürlüğün sınırlandırılmasında ceza kanununun kullanımı. Mill'e göre:

(...) insanlığın, kendi üyelerinin herhangi bir eylemindeki serbestisine bireysel veya kolektif müdahale etmede ehliyet sahibi olduğu yegâne amaç kendini korumadır... [ve] medeni bir topluluğun herhangi bir üyesine rızası hilafına haklı bir şekilde uygulanacak gücün yegâne gayesi başkalarına verilecek zararın önlenmesidir. (Mill 1978: 9)

Mill, kendi zarar ilkesini yalnızca eyleyeni 'doğrudan veya ilk anda' etkileyen eylem ile bireyin *vis-a-vis* başkalarıyla olan dış ilişkilerine ilişkin eylemler arasındaki ayrıma dayanarak ortaya koyar. İlk grupta listelediği eylemler arasında bir fikir sahibi olmak, o fikri ifade etmek, tartışmak ve yayınlamak ile kendi başına veya grup hâlinde başkalarına zarar vermeyecek yaşamlar sürdürmek bulunur (Age.: 11-12).

Mill'in zarar ilkesine karşı iki sorun ortaya koyulmuştur. Bunlardan ilki, ilkenin gerekçelendirilmesine ilişkindir. Mill, bu ilkenin yararlılık veya toplumsal refahın ilerlemesi ile gerekçelendiğini ileri sürer. Ancak Bentham'a ilişkin tartışmamızda da belirttiğimiz üzere, yararlılık kavramı toplumun refahını ilerletmek için gerekli görülen unsurlara herhangi bir sınırlandırma getirmez. Prensipite, hiçbir fikir veya

eylem suç hâline getirilmekten mutlak surette korunamaz; çünkü hiçbir fikir veya eylem topluma neden olabileceği zarar bakımından mutlak surette masum olamaz. Yararcılık bireyleri kendilerine verebilecekleri zarardan korumak amacıyla bireylerin hayatlarına paternalistik müdahalelerde bulunabilir.

Mill, bu itiraza yararlılık kavramını özünde insanın gelişimi, daha spesifik olmak gerekirse kendi kendine başlatılan (özgür) eylemler yoluyla bireysel yetilerin geliştirilmesi ile tanımlayan insan doğası kuramından faydalanarak cevap verir. Mill'e göre bireyler kendilerini tatmin eden unsurlar konusunda en iyi yargıçlardır, ayrıca böyle olmasalardı bile, koruyucu paternalizm adına özgürlüğü sınırlandırmak bireylerin kendilerini geliştirdiği ve toplumsal gelişime katkıda bulunduğu mekanizmanın işleyişini engellerdi (Age.: 74). Her bir davranışa ilişkin özgürlüğün faydalarını ve bedelini hesaplamanın hukuken ne kadar elverişsiz olacağı göz önünde bulundurulduğunda, Mill, uzun vadede bireysel ve toplumsal mutluluğu maksimize edecek en etkin yol olarak diğer toplumsal iyiliklere kıyasla bireysel özgürlüğün önceliğine saygı gösteren genel bir kural benimsememiz gerektiğine inanır.

Mill'in zarar ilkesine ilişkin ikinci zorluk, bu ilkenin kesinliğinin olmamasıdır. Mill'in kendisi de hiçbir eylemin tamamen kişinin kendisiyle alakalı olmadığını itiraf eder. Bu kabule rağmen, rekabet avantajından mahrum ederek veya ahlaki bir zarara neden olarak başkalarının çıkarlarını olumsuz etkileyen birçok davranışın tolere edilmesi gerektiği konusunda ısrarcıdır. Bu kurala göre, birinin eylemleri yalnızca 'bir veya daha çok kişiye karşı sahip olunan, ayrık ve atfedilebilir bir yükümlülüğü' ihlal ediyorsa yaptırımı tabi tutulabilir (Age.: 79). Zarar ilkesinin bu versiyonunu kullanarak ebeveynler normal şartlarda ayrık ve atfedilebilir ahlaki bir yükümlülük taşıdıkları çocuklarını ihmal etmek konusunda cezai olarak sorumlu tutulabilir. Benzer şekilde

CEO'lar da hissedarlara ve çalışanlarına karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmek konusunda sorumlu tutulabilir. Ancak kimse kendi rızasıyla aynı cinsiyetten biriyle özel alanda anal ilişkiye girmekten cezai olarak sorumlu tutulamaz; çünkü bu durum rızası olan partnerin iddia edileceği hiçbir hakkı ihlal etmemektedir.

Mill'in ayrık ve atfedilebilir haklara başvurarak zarar ilkesinin anlamını daha kesin hâle getirme girişimi yalnızca kısmen başarılı olmaktadır. İlk olarak, gizli silah taşımak gibi suç teşkil eden zararların çoğu ayrık ve atfedilebilir bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi gibi bir durum içermez. Mill'in kuramında neyin yükümlülüğe tekabül ettiğini belirlemek zordur. Mill, 'bir başkasının hayatını kurtarmak veya kötü muameleye karşı savunmasız birini korumak gibi bireysel lütuf eylemleri gerçekleştirilmeyen' bireylerin hukuken sorumlu tutulabileceğine inanmaktadır; ancak birçok insan yabancılar adına, özellikle de kendimize karşı risk ve zahmet içeren konularda eyleme geçmemiz gerektiğine ilişkin büyük bir yükümlülüğümüz olduğu fikrine karşı çıkacaktır. İhtiyacı olana yardım etmeye dair zayıf bir yükümlülüğümüz olduğuna inananlar bile ihtiyacı olanların böyle bir talepte bulunup bulunamayacağını konusunu tartışmalı bulacaktır.

Mill'in zarar ilkesini anlamının en iyi yolu belli tür davranışları suç kabul etmeden önce devletin arz etmesi gereken bir *kanıtlama mecburiyeti* tesis etmektir. Mill gibi yararçılar hiçbir eylemin –'doğal' hakkımız olduğunu iddia ettiklerimizin bile– durumdan bağımsız olarak hukuki düzenlemelerden muaf olmadığında ısrar etmek konusunda haklıdır. Ancak, düşünce ve eylem özgürlüğü medeniyetimiz içinde insanın gelişimi için gerekli koşullar olduğundan, başkalarına ciddi zararlar gelmesini önlemek amacıyla devletin öncelikle bu özgürlükleri kısıtlaması gerekmektedir.

2. Eşcinsellik ve Hart-Devlin Tartışması

Mill'in zarar ilkesinin bazı eyaletlerde 2003 kadar yakın bir tarihte bile hukuka aykırı olan eşcinselliğin suç hâline getirilmesine nasıl uygulanabileceğine bir bakalım. Mill, doğrudan anal ilişkiye² veya eşcinselliğe değinmez; ancak Mormonlardaki gibi tarafların rızası dâhilinde yaşanan ço-keşliliğin kadınlara verdiği zarara rağmen hukuken tolere edilmesi gerektiğini savunur. Argümanında bu çokeşli ilişki- lere gönüllü olarak ve ortak rıza ile girildiğini ve başkalarına doğrudan zarar vermediğini ileri sürer (*Age.*: 89–90).

Mill'in argümanı anal ilişkiye de bağlanan eşcinsellik hak- kını destekler gibi görünmektedir. Georgia eyaletinin anal ilişki karşıtı yasasının anayasallığını destekleyen *Bowers v. Hardwick* (1986) davasının kararını yakın zaman önce bo- zan Yüksek Mahkeme de bu konuda Mill ile hemfikirdir. Önceki kararda çoğunluğun adına görüş yazan Yargıç Byron White, eşcinselliğin Anayasa tarafından tanınan temel bir hak olmadığını ve –evlilik, aile ve ev kavramlarına ilişkin özgür- lüklere kıyasla– toplum tarafından ‘özünü Ulus’un tarihi ve geleneğinden alan’ bir özgürlük olarak görülmediğini ileri sürmüştür. *Lawrence v. Texas* (2003) davasında, çoğunluk farklı bir fikre varmıştır. *Griswold v. Connecticut* (1965) da- vasında doğum kontrol araçlarının kullanımına ilişkin olarak Mahkeme’nin dönüm noktası niteliğindeki kararını takiben, Yargıç Kennedy eşcinsel ilişkinin Birinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci ve Dokuzuncu Değişiklikler’de açıkça belirtilen özgür- lük ilkesinin temelini –özellikle de özel hayatın gizliliği hakkı–

² *Sodomy*: Amerika’da bazı eyaletlerde *sodomoy law* olarak anılan ve günümüz- de az sayıda uygulaması olan yasalar anal ve oral yolla cinsel ilişkiyi gayritabii ilişki olarak görür ve yasaklar. Özel olarak cinsiyet belirtilmediğinden farklı cinsiyetler arasındaki ilişkilere de atıf yapıyor olsa da esas itibariyle aynı cins- ten kişilerin ilişkisine uygulanır. Yasal düzenlemeye bir örnek ‘evli olmayan kişiler arasında taraflardan birinin cinsel organı ile diğersinin ağzının veya anü- sünün söz konusu olduğu cinsel tatmin eylemi’dir. Bundan sonra metin içinde geçecek ‘anal ilişki’ ifadesi bu anlamıyla okunmalıdır. (Yay. Haz.)

temsil ettiğini ileri sürmüştür. Benzer bir bakış açısıyla, Yargıç Sandra Day O'Connor 19. yüzyılda üremeyi düzenleyen anal ilişki karşıtı yasaların aksine, Teksas tarafından yürürlüğe konan anal ilişki karşıtı yasanın yalnızca eşcinselleri hedef aldığını belirtmiştir. Bu nedenle Teksas kanunu anal ilişkiyi *yalnızca aynı cinsiyetten* bireyler arasındaki anal ve oral seks olarak tanımlayarak hem temel bir hakkı ihlal etmekte hem de On Dördüncü Değişiklik'in 'Eşit Korunma' hükmüne ters düşmektedir.

Mahkeme'de yer alan Yargıç Scalia önderliğindeki muhalifler anal ilişki karşıtı yasanın iki eşlilik, ensest ve edebe aykırılığı yasaklayan kanunlardan daha az meşru olduğu fikrini reddetmiştir. Yargıç Scalia aynı zamanda anal ilişki karşıtı yasanın eşcinselleri normalde heteroseksüellere Tanınan özgürlüklerden mahrum ederek eşit korunma ilkesini ihlal ettiğini de reddetmiştir:

[Yasanın aynı cinsiyetten bireyler arasındaki cinsel eylemleri yasaklaması] tek başına eşit korunma ilkesinin ihlali olarak değerlendirilemez; çünkü bu yasa farklı cinsiyetten biriyle evlenmeye izin verirken aynı cinsiyetteki bireylerin evlenmesini yasaklayan kanunlarla aynı ayrımı gözetmektedir.

Scalia'nın mantığı reddedilemez niteliktedir: Eğer evlenmek isteyen eşcinsellere karşı ayırım yapmak anayasaya aykırı değilse, neden anal ilişkiye girmek isteyen eşcinsellere karşı ayırım yapmak anayasaya aykırı olsun? Ancak bu argüman Kennedy'nin kaçındığı ancak daha sonra Massachusetts Yüksek Mahkemesi'nin vardığı (*Goodrich v. Kamu Sağlığı Departmanı* [2003]) daha radikal sonucu destekleyecek şekilde tersine döndürülebilir: Eğer eşcinseller anal ilişkiye girmek konusunda eşit haklara sahipse, evlenmek konusunda da eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir.

Eşcinselliğin ve eşcinsel evliliğin yasallaştırılmasına ilişkin devam etmekte olan tartışmadaki sorun ahlakın ilerle-

tilmesinde hangi ceza kanununun kullanılacağı meselesidir. Scalia eşcinselliğin ‘ahlak dışı ve bozucu’ olduğuna ilişkin yaygın inanışın bu durumun yasaklanması için yeterli olduğunu düşünmektedir; ancak mücbir sebepler dışında yalnızca yaygın ahlaki fikirlerin neden özgürlüklerin kısıtlanmasında temel alınması gerektiğine ilişkin bir açıklama yapmamaktadır. Neticede, Virginia eyaletindeki beyazlar ve siyahiler arasındaki ırklararası evliliğe karşı kanun da yaygın fikre dayanmaktaydı. Bu kanun temel özgürlük ihlali ve eşit korunma ilkesi ihlali olarak haklı şekilde iptal edilmiştir (*Loving v. Virginia* [1967]).

Kennedy’nin, özgürlüğün neden –diğer ahlaki ideallerle aynı düzeyde– anayasal olarak ayrıcalıklı tutulmuş ve topluma olası zararı değerlendiren yararcı bakış açısıyla dengelenemeyecek birçok değerden biri olmadığını açıklaması gerekmektedir. Dahası Scalia’nın ortaya attığı üzere, temel bir özgürlüğün –özel hayatın gizliliği hakkı– diğer pek çok liberal ile birlikte kendisinin bile yasaklanması gerektiğini düşündüğü ahlaki olmayan eylemlerin korunması konusuna uygulanacak kadar genişletilemediğini açıklaması gerekmektedir. Bu eylemler arasında kendini köle olarak satmak, hayati organlarını kâr amacıyla satmak veya kâr amacıyla Rus ruleti oynamak gibi ‘mağdursuz’ ticari işlemleri kapsamaktadır. Scalia, sözü edilen bu genişlemeye ilişkin ek kanıt olarak, Kennedy’nin eşcinsel ilişkilere göz yummanın eşcinsel evliliğe göz yumulmasını gerektireceğini düşünmediğini belirtmiştir. Ancak evlilik haklarla korunduğuna ve eşcinselleri yönlendiren hayat gayeleri heteroseksüelleri yönlendirenlerden farklı olmadığına göre, eşcinsel evliliğe neden göz yumulamayacağının nedeni net değildir. Özetle, Kennedy’nin homoseksüelliğin neden ensest ve çokeşlilik gibi diğer cinsel yaşam tarzlarından farklı olduğunu ve neden bireylerin dokunulmazlığını ihlal ettiğini düşündüğünü açıklaması gerekmektedir. Liberallerin ise zarar ilkesinin neden bazı genel korunan davranış türlerini, mesela gönüllü,

karşılıklı mutabakata dayalı, tam anlamıyla sadece kendisiyle ilgili, özel alandaki ve zararsız davranışları ayıran net ve belirgin bir çizgi çektiğini açıklamaktadır.

1957 Eşcinsel Suçlar ve Fahişelik Üzerine Komite Raporu (Wolfenden Raporu olarak da bilinir) bulgularına verilen ünlü bir karşılıkta, İngiliz jüri üyesi Patrick Devlin, çoğu kişinin eşcinselliği ve çoğunluğun derinden ahlak dışı olduğuna inandığı diğer cinsel pratikleri yasaklayan ahlaki mevzuata ilişkin en inandırıcı savunma olarak gördüğü bir fikir geliştirmiştir:

Yıkıcı eylemlerin bastırılması ne kadar hukukun görevi ise ahlaksızlığın bastırılması da o kadar görevidir; özel bir ahlak alanını tanımlamak özel yıkıcı eylem alanını tanımlamaktan daha mümkün değildir. (Devlin 1959, Adams içerisinde: 205)

Lord Devlin'in eşcinsellik karşıtı yasaları savunduğu argümanında üç temel unsur bulunur:

- (a) Ceza hukukunun tamamı ahlakın yasallaştırılmasıdır ve ahlakın yasallaştırılması da tümüyle rasyonel bir temel bulunamayan yaygın 'tahammül göstermeme, infial ve iğrenme' duygularından doğmaktadır.
- (b) Rızası olan reşit yetişkinler arasındaki gönüllülük esasına dayalı, taraflara zarar vermeyen eylemler toplumun kaosa sürüklenmesini önleyen yaygın ahlaki kuralları zayıflatarak topluma zarar verebilir.
- (c) Rasyonel temelli felsefi kuram veya ilkelere dayanarak hangi ahlak dışı eylemlerin ahlakın yasallaştırılmasına tabi tutulmayacağını önceden belirlemek imkânsızdır.

İlk madde Scalia'nın *Lawrence* davasındaki itirazında eksik olan fikri sunar. Scalia *Lawrence* davasının ahlakın yasallaştırılmasının tamamını yönlendireceğinden, böyle bir

yasamanın Kennedy ve diğer liberallerin talep ettiği ‘rasyonel temel değerlendirmesi’ni tatmin edemeyeceğinden endişelidir. Onlara göre eşcinselliğin insanların çoğunda neden olduğu derin ahlaki tikslenme, eylemi yasaklamak için yeterli bir sebep değildir. ‘Diğerlerine atfedilebilir ödevler’ bakımından bilimsel olarak kanıtlanmış zararına ilişkin başka gerekçeler de belirtilmelidir.

Devlin, bu zorlu rasyonel gerekçelendirme talebine karşı çıkar ve bu talebi yalnızca mevzuatın çoğu kişiye ‘makul’ görünmesini gerektiren daha zayıf bir talep ile değiştirir. Ortalama bir insanın en kuvvetli ahlaki inançlarının altında yatan –bazı hareketlerin tolere edilemeyeceği konusunda fikirlerini de etkileyen– ‘makul’ tikslenme hissi mantığa değil toplumsallaşma yoluyla hesaplanan ön yargılara yaslanmaktadır. Kanunun kadın eşcinselliğine, erkek eşcinselliğinden daha fazla tolerans gösterme eğilimi mantıken tutarlı değildir; ancak ahlaki tepkinin değişen derecelerinin bir ifadesidir. Aynı tutarsızlık birinin kendi bedenini taşıyıcı anne için satmasının uygun olduğu ancak kâr amacıyla kendi organlarını (veya tüm bedenini) satmasının uygun olmadığı inancında da söz konusudur. Tıpkı insanların el değmemiş ormanlık vadileri endüstriyel fabrikalardan neden daha güzel bulduğunu açıklayan rasyonel bir kuram aramak anlamsız olduğu gibi, bu tercih yargılarının temelinde rasyonel bir gerekçe aramak faydasızdır. En kuvvetli ahlaki yargılarımız bile –mesela cinayet, kürtaj, ötenazi veya idam cezasının yanlış olduğuna ilişkin fikirlerimiz– akli sebeplerden ziyade duygulara dayanır gibi görünmektedir. Bu öldürme türlerinin neden ‘prensipte yanlış’ olduğunu düşündüğümüzü rasyonalize etmeye çalışabiliriz; ancak ilkeyi gerekçelendirme girişimi –ister en çok sayıda insan için en üst düzey mutluluğu maksimize etme amacıyla ister her bireyin içkin eşit haysiyet hakkını korumak amacıyla olsun– başarısız olmaya mahkûmdur. Bunlar gibi nihai ilkeler ‘içgüdüsel’ olarak doğru kabul edilir; son raddede derine yerleşmiş (ve hissedil-

len) ön yargılara rasyonel gerekçeler aramak mantıksızdır. Her ne olursa olsun, bu ilkeler mantık çerçevesinde ifade edilebilse dahi, birinin bu ilkeleri belirli davalara uygulaması kişinin kendi tercihleri tarafından yönlendirilecektir.

Devlin'in –akıl-öncesi ahlakiliğin ceza hukununu şekillendirmesi– fikri belli bir özgürlük alanını (mesela kişisel cinsel davranışı) sınırlandıran bir kanunun, anayasanın sıkı rasyonel gerekçelendirme gerekliliğini karşılayamayacağını (ve belki de karşılaması gerekmediğini) ileri sürer. Durum böyle olsa dahi, eşcinsel davranışı yasa dışı hâle getirmeye çalışan eyaletlerin, ciddi şekilde ahlak dışı olduğu ve topluma zarar verdiği düşünülen zina ve başka diğer davranışlara müsamaha gösterilirken eşcinselliğin yasaklanmasının neden rasyonel olduğunu göstermesi gerekir. Devlin'e göre, eşcinsellik yasaklanırken zinanın yasaklanmamasının tek nedeni, eşcinselliğin neden olduğu toplumsal zararın zinanın neden olduğu zarardan daha fazla olduğuna inanılmasıdır. Bu zararın spesifik veya gösterilebilir nitelikte olması gerekmez. Toplumun ahlaki olarak itici bulduğu bir durum hukuken tolere edilebilir. Bu durumlarda hukuk kamu ahlakını uygulamaya geçirmediğinde, saygı ilkesini emretmeyi de bırakmış olur. Bu durum devlet güvenliğini neredeyse isyana tahrik kadar zedeler.

Hangi ahlaki eylemin hukuki yaptırıma tabi tutulabileceğinin belirlenmesi tercihe bağlı olduğundan Devlin, hukuki cebre tabi tutulması uygun ahlaken itici davranışlara ilişkin 'genel bir kurala dair istisnaların önden belirlenmesi'nin imkânsız olduğu sonucuna varmaktadır. Liberaller bile reşit yetişkinler arasında karşılıklı rızaya dayalı kişinin sadece kendisini ilgilendiren bazı eylemlerin yasa dışı olmasına müsaade etmektedirler. Üstelik bunu Devlin ile aynı gerekçeye dayandırırılar: Ahlaki uygunsuzluk topluma zarar verir. Doğada birbirlerinin düşmanı olan fare ve dişleri alınmış kobra arasındaki özel dövüşler kimseye (doğalarını yaşamalarına izin verilen hayvanlar dâhil) zarar vermemesine rağmen kimse bu dövüşlerin yasal kısıtlamayı gerekçelendirebilecek kadar ahlak dışı sayılabileceğine karşı çıkmayacaktır. Böyle

ahlak dışı eylemlere sürekli maruz kalma zalimliğe olan direncimizi düşürür ve insanlığa olan saygımızı azaltır.

Hart'ın Devlin'e cevabı (Hart 1963: 48-63) yukarıda belirtilen her üç unsuru da sorgulamaktadır. Hart, ilk olarak yaygın ahlak anlayışının tamamının toplumsal düzeni sürdürmek için eşit derecede önemli olduğu fikrini reddeder. Cinayet, hırsızlık, dolandırıcılık, vatana ihanet ve benzeri eylemlerin ahlaki açıdan hor görülmesi önemlidir; ancak aynı şey eşcinsel eylemlere karşı duyulan yaygın tiksinti için söylenemez. Hart'ın da işaret ettiği üzere, yaygın ahlak anlayışı homojen bir yapı olmaktan ziyade bütünlüğü yitirmeden birbiriyle çelişen ve zayıflatan –hiçbir şekilde uyumlu olmayan– pek çok ipten müteşekkil bir dokuma mahiyetindedir. Devlin ve Scalia toplumu eşcinselliğin ahlak dışılığına ilişkin konularda normalde olduğundan daha birleşmiş ve sabit fikirli görürler. Söylediklerinde haklı olsaydılar bile, bu, eşcinselliğin zararına dair yaygın inanışın hatalı olduğu gerçeğini değiştirmezdi.

Hart, ikinci olarak Devlin'in yaygın ahlaki ön yargıların ahlakın yasalaştırılmasına rasyonel bir temel oluşturduğu fikrine itiraz eder. Devlin'in kendisi de kanun koyucuların kanunları yürürlüğe sokmadan önce önerilen ahlakın yasalaştırılmasının –özel alandaki cinsel davranışı zorla kabul ettirmenin zorluğu da dâhil olmak üzere– sonuçlarını rasyonel olarak değerlendirmesi gerektiğini kabul etmektedir. Eşcinselliği hukuka aykırı hâle getirmek yalnızca eşcinselleri acıya ve hüzne gark etmekle kalmaz, aynı zamanda kendi kimlikleri ile ilgili yalan söylemeye de mecbur eder; ancak bu esnada devletin özel hayata müdahale etme gücünü artırır, şantaj ve diğer suç eylemlerinin önünü açar. Ancak, önerilen ahlaki yasalaştırmanın sonuçlarını tartmanın ötesinde, Hart bastırılması istenen davranışın gerçekten yaygın fikrin inandığı kadar zararlı olduğunun belirlenmesinde rasyonel kanıt standartlarına başvurulması gerektiğini hatırlatır.

Hart'ın eşcinselliğin zararının belirlenmesinde rasyonel kanıt standartlarını zikretmesi (sosyal) bilimi ceza mevzuatının altında yatan yeni bir otorite kaynağı olarak din ve yaygın

inançların üzerine çıkarır. Bu durum mantıklıdır; çünkü üyelerinin çatışan yaygın ahlak anlayışlarına sahip olduğu çoğulcu bir toplumda hukuka ilişkin akıl yürütme ortak (veya ideolojik olarak nötr) bir temele dayanmalıdır, aksi takdirde hukuk yalnızca en güçlü veya en çok kişinin desteklediği ahlak inancını geliştirmek için bir araca dönüşür. John Rawls'un da belirttiği üzere (Rawls 1997: 573-615), 'kamusal akıl' –veya vatandaşların belirli türde davranışların yıkıcı ahlaksızlığı konusunda birbirlerini ikna etme konusunda başvurabileceği ortak bir otorite– olmadan ceza kanunları herkes tarafından bağlayıcı veya meşru olarak tanınamaz, aksine bazı bireyler yaygın ön yargıların makul olmayan dayatması oldukları gerekçesiyle bu kanunlara karşı direnecektir.

Liberaller hukuki düzenlemeleri sınırlandırmak için evrensel olarak kabul edilmiş sınırlar belirleme konusunda 'kamusal akıl'ın başarabilecekleri konusunda fazla mı umutludur? Rawls (a) çatışan dinî ve felsefi doktrinlerin tek ve baskın bir ahlak ile örtüştüğü ve (b) bu ahlakın bireysel özgürlüğü diğer ahlaki iyiliklerden üstün tuttuğu konusunda haklı olsa bile, bu ahlak anlayışının belirli eylem kategorilerini suç hâline getirme ihtimaline net bir çizgi çekebileceği sonucuna varılamaz. Aksine, bu durum Devlin'in hangi eylem türlerinin yasa dışı olduğunun belirlenmesi kararının büyük ölçüde siyasi olduğu fikrini doğrular niteliktedir.

Rawls gibi liberaller bu durumu kabul eder; ancak ceza kanununu belirleme ve yorumlama konusunda kanun koyucuları ve yargıçları yönlendiren kamu görüşünün 'medeni' veya rasyonel açıdan 'nötr' bilimsel bulgularla aydınlatılması gerektiği konusunda ısrarcıdırlar. Bu durum; sosyal bilimin sunduğu aydınlanmanın tutarlı ve bütünlüklü olduğu, bir davranışın olası zararının hukuki baskı gerektirip gerektirmediğinin belirlenmesinde tüm makul insanlar tarafından dinî veya başka dogmatik bir otoriteden ziyade sosyal bilimin en üst otorite olarak görüldüğü (veya görülmesi gerektiği) gibi tartışmaya açık bazı varsayımlara bağlıdır. Böyle

bile olsa, vatandaşlar, her ikisi de bu alandaki ispat yükleri ile işleyen bireysel özgürlük ve toleransa müstereken saygı göstermediği müddetçe, anayasal hukukun üstünlüğü kavramının demokratik çoğunlukçu despotluğa karşı nasıl baskın çıkabileceğini tahayyül etmek zordur.

3. Ceza Kanunu ve Eşit Koruma

Toplumun ahlak dışı bulduğu kişisel ve karşılıklı rızaya dayalı eylemlerin suç hâline getirilmesini ilgilendiren ikilemleri örneklemenin yanı sıra, anal ilişki karşıtı yasalar ceza kanununun eşit korunma ilkesine nasıl ters düşebileceğini de göstermektedir: bu yasalar eşcinseller arasındaki anal ilişkiyi yasaklar; ancak farklı cinsiyetten bireyler arasındakiini yasaklamaz. Hukuki ayrımcılık eşit korunma ilkesine her zaman ters düşmez. Örneğin hukuk çocuklara ve zihinsel engeli olan bireylere mutad olarak toplumun geri kalanından farklı davranır. Buradaki uygulama farklılıkları, kendi farklılıkları nedeniyle benzersiz şekilde korunmasız olan grupların eşit korunma hakkına destek olarak değerlendirilebilir. Dürüst muhalifler ve özel giyim ve beslenme kuralları olan dinî grupların üyelerine bahşedilen özel muafiyetler ile birlikte, belirli dezavantajlardan mustarip kadınlara ve ırk azınlıklarına tanınan pozitif ayrımcılık tercihleri eşit korunma ilkesinin ilerletilmesini sağlayan farklılık güden hukuki uygulama türleri olarak görülebilir.

Sivil haklara ilişkin hukuk ile diğer sosyal politikaların aksine, ceza hukuku genellikle farklılık güden uygulamaya müsaade etmez. Ceza hukukunun ırk, din, cinsiyet, sınıf, cinsel yönelim ve mağdur ile sanıkların ehliyet(sizlik)ine karşı 'kör' olması beklenir. Bu kurala ilişkin dikkate değer istisnalar da bu nedenle oldukça tartışmalıdır. Görünürde, -belirli davranışları başkaları gerçekleştirdiğinde hukuka uygun görmesine rağmen erkek eşcinseller tarafından ger-

çekleştirildiğinde suç sayan– anal ilişki karşıtı yasalar bilimsel hiçbir temeli olmadan ayrımcılık yapıyor gibi görünmektedir, bu nedenle eşit korunma ilkesini ihlal etmektedir. Irk, cinsiyet ve sınıfa ilişkin açıkça ayırım içermeyecek şekilde yazılmış ceza kanunları bile belli ırk, cinsiyet ve ekonomik gruplar üzerinde farklı etkilere sahiplerse eşit korunma ilkesi ile ilgili tartışmalara konu olurlar. Neredeyse her zaman erkeklerin gerçekleştirdiği eylem çeşitlerini suç sayan tecavüz, taciz ve eşe karşı şiddet kanunları; kadınları hedef alan kürtaj karşıtı kanunlar; ‘kokain anneleri’ni (genellikle beyaz olmayan kadınlar) hedef alan kanunlar; Afrikalı-Amerikalı ve Latin kökenli gençler üzerinde farklı negatif etkileri olan uyuşturucu yasaları ve genellikle beyaz ırkçı, Anti-Semitik ve homofobiklerin işlediği suçlara uygulanan nefret suçu kanunları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Sınıf, ırk, cinsiyet ve ehliyet farklılıklarının suç ve cezanın belirlenmesinde etkili olmasına müsaade eden cezai prosedürler de tartışmalı olabilir. Yaş ve zihinsel yeti(sizlik) farklılıkları şüphesiz ki *kastın* belirlenmesinde ve cezanın adil olarak değerlendirilmesinde çok önemli rol oynar; ancak azınlığı çoğunluktan ayırmak veya ehliyeti ehliyetsizlikten ayırmak konusunda felsefi açıdan tatmin edici bir kesim noktası sağlamak imkânsız gibi görünmektedir.

İdam cezası davalarında ceza verme aşamasında hafifletici sebepler ve kurban etki ifadesi sunulması da tartışmalıdır. Esasında, bu tür bir ifade, cezanın önerilmesi sırasında jüri üyelerini kurban ve sanığın ekonomik sınıfını yeniden değerlendirmeye davet eder. Müvekkilleri için müsamaha arayan savunma avukatları müvekkilin kötü geçmiş çocukluğunu kullanarak jürinin sınıf ayırımına ilişkin acıma duygusuna oynar. Genellikle fakirlik ile özdeşleştirilen trajik patolojileri –çocuk istismarı, ihmal ve eğitim dezavantajları– dile getirerek, jüriyi sanığın ahlaki bir vicdan geliştirme ehliyetsizliğini yeniden gözden geçirmeye çağırır. Bu durum sanığın kusurluluk ve cezayı hak ediş seviyesinin belirlenmesinde önem-

lidir. Benzer sınıfsal göndermeler kurban etki ifadelerinde de görülebilir, bu durumda söz konusu ifadeler kurbanın katkılarını ve toplumdaki yüksek itibarını vurgular.

Kurban ile sanığın sınıfsal geçmişlerine göndermeler yapmak meşru mudur? Ceza sorumluluğu ve cezayı hak ediş seviyesinin belirlenmesinde kurban etki ifadeleri hafifletici sebepler sunulmasıyla karşılaştırıldığında konuyla daha az ilgili görünmektedir. Bu durum, bazı eyaletlerde (Washington gibi) bu ifadelerin yalnızca cezanın belirlenmesi aşamasında izin verilmesinin nedenini açıklayabilir. Ancak, suç ve cezanın değerlendirilmesinde ait olunan ekonomik sınıfa ilişkin herhangi bir referans konuyla ilgisizdir ve bu nedenle cezanın belirlenmesine ilişkin jüri kararlarının dışında tutulmalıdır.

Cezai yargılaması da toplumsal cinsiyet ve ırk konularından etkilenmektedir. Bobbit'in kocasını kastre etmesinin savunulabilir veya mazur görülebilir bir eylem teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için jüri üyeleri uzun süredir eş şiddetine maruz kalmış bir kadının bakış açısını benimsemeye davet edilmiştir. Tecavüz iddiasında bulunan kurbanları saldırgan bir çapraz sorgudan koruyan kanunların da kadına özgü bir bakış açısını yansıttığı söylenebilir. Suçlanana, kendini suçlayan kişi ile yüzleşmesi hakkında koparan bu kayda değer bakış açısı, savunma avukatının herkesle cinsel ilişkide bulunan kadınlara ilişkin cinsiyetçi klişelere gönderme yaparak davacının karakterine karşı şüphe uyandırmasını engellemektedir.

4. Toplumsal Cinsiyet, İrk ve Yeti Meselelerine Duyarlı Hukuk: Liberaller v. Radikaller

Ceza hukukunun cinsiyet ve ırka duyarlı yaklaşımlarının meşruluğunu değerlendirmek için, bu yaklaşımların kadınlara ve ırk azınlıklarına uygulanan benzersiz türde zararlara ne şekilde yaklaşmak üzere tasarlandığını daha yakından incelememiz gerekmektedir. Bu zararları incelemek sivil hak-

lar hukuku, aile hukuku ve sosyal politika gibi alanlarda söz konusu zararları azaltmak için önerilen hukuki çözümleri kısaca yeniden gözden geçirmeyi gerektirmektedir.

Kadınlar ve ırksal azınlıklar sırasıyla kasıtlı ayrımcılık ile kurumların ve sosyal yapının farklı etkilerinden kaynaklanan iki tür zarara maruz kalmaktadır. Kasıtlı ayrımcılık genellikle sivil hakların kasten ihlalini içerir; ancak (beyaz kanun koyucuların normalde erkeklere veya beyazlara uygulandığında tolere edilemez addedecekleri zararların kadınlara ve azınlıklara uygulandığında tolere edebilmesi gibi) kurum ve sosyal yapıların kadınlar ve ırksal azınlıklar üzerinde sahip olduğu zararlı etkilere karşı kayıtsızlık gibi daha hafif biçimlerde de ortaya çıkabilir.

Kurumların ve sosyal yapıların kadınlar ve azınlıklar üzerindeki zararlı etkileri genellikle geçmişe ait kastî ayrımın sürdürülmesinden kaynaklanmaktadır. Buna örnek olarak gösterilebilecek bir dava, ırk temelinde ayrılmış okullarda daha düşük seviye eğitim gören ve bu nedenle daha sonra ırk temelinde ayrılmamış üniversitelere başvururken dezavantajlı konuma düşen Güneyli siyahileri içermektedir. Ancak farkların neden olduğu zararlar, Latin göçmenlerin İngilizce bilgisi ve diğer pazarlanabilir becerilerden yoksun oldukları için iş piyasasında çok büyük dezavantajlar yaşaması gibi, tamamen masum sebeplerden de doğabilir.

Her iki farklılık etkisi de yasal çözümü gerekçelendiren zararlara neden olabilecek olsa da kurumların kastî ayrımcılık ile neden olduğu farklı etkiler masum sebeplerden kaynaklanan etkilerin gerektirmediği bir ıslah gerektirir. Ancak kadınların, azınlıkların ve çocukların fakirlik ve bununla ilişkili risklere (suç, hastalık ve kirlilik) karşı özellikle savunmasız olması kanun koyucuların nedenine bakılmaksızın bu ayrımcılığı ıslah etmesi gerektiğine ilişkin bir yükümlülük oluşturmaktadır.

Ataerkillik sosyo-ekonomik kurumların, siyasi yapıların ve normların kadınlar üzerindeki farklı etkilerini tanım-

lamak için *feministler* tarafından kullanılan bir terimdir; *kurumsallaşmış ırkçılık* ise ırksal azınlıklara ilişkin benzer etkileri tanımlamak için *ırk kuramcıları* tarafından kullanılır. *Liberal* feministler ve *liberal* ırk kuramcıları ırka dayalı ataerkil ve kurumsal baskının boyutları konusunda *radikal* feminist ve *radikal (eleştirel)* ırk kuramcılarıyla aynı fikirde değildir. Bu nedenle bu mevzuların ele alınmasında savundukları uygun hukuki çözümler konusunda da farklı fikirleri savunurlar.

Liberallere göre, cinsiyet ve ırk eşitliğinin önündeki ana engel –yapısal baskı değil– kasıtlı ayrımcılıktır. Onlara göre, böyle bir ayrımcılıkla baş etmenin en iyi yolu kadınların ve azınlıkların kendilerine ayrımcılık uygulayan birimleri dava etmesinde olanak sağlayan sivil hak kanunlarıdır. Bu kanunlar yetersiz kaldığında –incelenen birimin ırk, cinsiyet, yeti veya başka bir (piyasa dışı) olguya dayanarak kendilerine karşı kasıtlı ayrımcılık yaptığını kanıtlanmanın davacı üzerinde yüklediği *kanıtlama mecburiyeti* nedeniyle kaçınılmaz olarak yetersiz kalırlar– liberallerin çoğu ayrımcılık karşıtı ikincil çözümler olarak pozitif ayrımcılık politikaları oluşturulmasını desteklemektedir.

Ancak bu çözümler liberaller için problematiktir. İlk olarak liberaller öncelikli uygulamaları bazı gruplar için genişletirken diğerleri için genişletmezler, bu da bireylere eşit olmayan şekilde davranılması anlamına gelmektedir. Buradan hareketle pozitif ayrımcılık, ayrımcılık sona erdiğinde cinsiyet ve renk körü politikalarla değiştirilmesi gereken ‘gerekli kötü’ olarak nitelendirirler. İkinci olarak pozitif ayrımcılık politikaları, söz konusu etkinin kaynağının geçmiş veya güncel bir ayrımcılık olmasına bakılmaksızın, yalnızca farklı etki temeline dayandırılarak gerekçelendirilmektedir. Mahkemeler, ırk konusunda görünür bir şekilde tarafsız olan okuryazarlık testlerinin birincil amaçları bu olmasa dahi ayrımcılık etkilerini sürdürme işlevi görebileceğine karar vermiştir (*Griggs v. Duke Power* davası). Ancak söz ko-

nusu etki ayrımcı bir kasıttan kaynaklandığında bile, liberal eleştirmenlerin ileri sürdüğü üzere pozitif ayrımcılık tazmin edici bir adalet görevi göremez. İşe alma, terfi, anlaşma veya yükseköğrenime kabul gibi konularda başarısız olan beyaz erkeklere karşı ayrımcılık yapılmış olması mecburi değildir; benzer şekilde bu pozisyon ve anlaşmalarını elde eden kadın ve azınlıkların da ayrımcılığa uğramış olması zorunlu değildir. Genç beyaz erkekleri yıllar önce birkaç kişi tarafından işlenmiş günahlar nedeniyle 'cezalandırmak' hiç adil değildir; çünkü bu durum bireylere eşit ilgi ve saygı göstermeye ilişkin liberal ilkeyi ihlal etmektedir.

Radikaller farklılığa duyarlı çözümleri desteklemek konusunda liberallerden daha isteklidir. Çünkü radikallere göre genç beyaz erkekler kadın ve ırk azınlıklarına karşı ayrımcılık yapmamış olsalar da cinsiyet ve ırka dayalı geçmiş ve güncel baskının ayrı etkilerinden dolayı olarak faydalanmışlardır. Uğruna çekişilen pozisyon ve anlaşmalarda hak iddia etmek için ileri sürdükleri pazarlanabilir becerileri konusundaki rekabet avantajları hak edilmemiştir; çünkü adil olmayan kanun ve kurumlar ile edinilmiştir. Bu nedenle bir ölçüde daha az pazarlanabilir becerisi olan kadın ve ırk azınlıklarına ayrıcalıklar sunan pozitif ayrımcı politikalar adaletsiz değildir ve herkese eşit ilgi ve saygı gösterme ilkesini ihlal etmemektedir.

Radikaller cinsiyet ve ırka dayalı baskının liberallerin öngördüğünden daha derin olduğunu da ileri sürerler. Hatta onlara göre o kadar derindir ki toplumsal cinsiyet ve ırk eşitliği konusunda sivil haklar ve pozitif ayrımcı kanunlar ile çözülemeyecek kadar büyük engeller oluştururlar. Pozitif ayrımcı düzenlemelerin eğitimi, orta sınıf kadın ve azınlıkların çok düşük bir yüzdesine avantaj sağladığını söylerler. Bu kanunlar yalnızca kadınların ve azınlıkların maruz kaldığı adaletsizlikleri tazmin etmek konusunda zayıf bir iş çıkarmakla kalmaz, aynı zamanda fırsat eşitliği ve eşit korunma sağlamak veya şartları eşitlemek konularında da başarısız olurlar. *Çeşitlen-*

dirme kisvesi altında –yükseköğrenime giriş politikalarında pozitif ayrımcılığı desteklemek için kullanılan güncel başlık– böyle politikalar çokkültürlülük niyetiyle liberal sanat eğitimi peşinde koşmak için kullanılan araçlardan biraz daha fazlası hâline gelir (Bkz. *Regents of the University of California v. Bakke* [1978] ve *Grutter v. Bollinger* [2003]).

Buradan hareketle radikaller toplumsal cinsiyet ve ırka dayalı baskının ortadan kaldırılması için yapısal kaynağında, eğer tümüyle yok edilmeyecekse bile, radikal bir değişim ihtiyaç duyulduğunu ileri sürerler. Örneğin çoğu radikal, cinsiyet ve ırka dayalı baskının yapısal olarak kapitalist ekonomik sistemin içine inşa edildiğini iddia eder. Ekonomik büyüme düşük ücret ve düşük enflasyon oranıyla sürdürülen rekabetçi bir kârlılığa dayandığından, sistemin sıkı iş piyasalarını daha çok işçi ile doyurabilecek işsiz, yeterli derecede çalıştırılmayan ve sınıra yakın çalıştırılan işçilerden oluşan bir ‘kaynak ordusu’na ihtiyacı vardır. Geleneksel olarak bu işçiler kadınlar ve ırksal azınlıklardır.

Düşük ücretler, kadınları ve azınlıkları dışlayan ırkçı ve cinsiyetçi kabul kuralları ile yıllar içerisinde tükenmiş işçi sendikalarının zayıflığına dayanmaktadır (Bu kadın ve azınlıklar şirketler tarafından sık sık grev kırıcı olarak işe alınmışlardır). Bu esnada, işsizlik ve işsizliğin sosyal açıdan bölücü etkisinin neden olduğu problem –genellikle genç, siyahi veya Latin erkeklerden oluşan– kaynak iş gücünün bir kısmını hapishanelere atarak kısmi olarak çözülmüştür.

Radikaller kurumsal ayrımcılığın ekonomik kaynaklarının ceza kanununda dolaylı olarak mevcut olduğunu ileri sürerler. Paul Butler, Afrikalı-Amerikalı jüri üyelerinin yalnızca uyuşturucu bulundurma kanunlarını ihlal etmiş olan Afrikalı-Amerikalı kişileri suçlu bulmamaya yönelik ahlaki bir yükümlülük taşıdığını iddia eder. Bu durum ‘jürinin feshetmesi’ ya da kanunu mahkeme tarafından emredildiği üzere uygulamayı reddetmesine tekabül etmektedir. Butler’a göre kurumsal ırkçılığın neden olduğu kentsel işsizlik kent-

lerde yaşayan genç siyahileri uyuşturucuyla bağlantılı suç eylemlerine dâhil olmaya zorladığından, böyle kanunlar Afrikalı-Amerikalı topluluklara karşı peşin hükümlüdür. Dahası, uyuşturucudan hüküm giymek ekonomik gücü ve siyasi temsil hakkını bu toplulukların elinden alır; çünkü birçok eyalet hüküm giymiş suçluların oy verme hakkını reddeder (Butler 1995: 677, 679). Bu doğrultuda, Butler eyaletlerin kentsel uyuşturucu suçlarıyla başa çıkmak için en iyi yöntem olarak hapis cezası yerine uyuşturucu tedavisi ve ekonomik reformlara odaklanmasını tavsiye eder.

Bu politika önerisinin makullüğüne rağmen, Butler'ın 'jürinin feshetmesi'ni desteklemesi hukukun üstünlüğü ilkesiyle tamamen çatışmaktadır. Jüri üyelerini yalnızca demokratik kanallarla işlenen yasaları göz ardı etmeye yönlendirmekle kalmaz, aynı zamanda bireyleri suç eylemlerinden sorumlu tutmaktan kaçınmalarını da talep eder. Bu öneri amaç itibariyle ırkçılık karşıtı olsa da 1960'ların sivil hak mücadelelerinde beyazları üstün görenlerin Güneyli beyaz jüri üyelerine 'beyaz toplumun savunmasında' işlenen nefret suçları için kendi ırklarından kişileri suçlu bulmamalarını tavsiye etmesine tehlikeli şekilde benzemektedir.

Feministler de toplumsal cinsiyet ve renk körü sosyal ve cezai yasaların meşruluğunu kabul etmeme konusunda ırk kuramcılarında aşığa kalmamaktadır. Liberal feministler kürtaj hakkını özel hayatın gizliliği ve aile planlaması açısından daha temel, cinsiyet ayrımı gözetmeyen bir temele dayandırarak savunurken; radikal feministler kürtaj hakkının kadınların annelik gereklilikleri ve ekonomik bağımlılık nedeniyle özel alana hapsedilmesini engelleme temeline dayandırarak savunur. Liberal feministler hukuki cinsiyet ayrımcılığının ortadan kalkmasıyla birlikte aile sahibi olmamayı tercih eden kadınların iş piyasasına gireceğini ve erkeklerin başardıklarını yalnızca kendi becerilerine dayanarak başarabileceklerini ileri sürer. Bunun aksine, radikal feministler kadınlara çocuk yetiştirme ve aileye bakma gö-

revleri verildiğinden kadınların farklı muamele görmediği müddetçe erkeklerle rekabet edemeyeceğini ileri sürerler. Bu nedenle kadınlara cinsiyetleri gereği yürüttükleri bakım işlerine benzeyen daha az kazançlı daha az pazarlanabilir yarı zamanlı işler için daha yüksek ödemeler yapılarak telafi sağlamak gerekebilir. Tabii bu işler de erkeklerin yürüttüğü daha pazarlanabilir ve daha yüksek getirisi olan tam zamanlı işlerle kıyaslanabilecek nitelikte belli bir risk, eğitim düzeyi ve çeşitli zorluklar içermektedir. Son olarak ise kadınlara doğum ve aile bakımı işleri için rütbe indirimi veya ücret kaybı olmaksızın daha uzun süreli izinler verilebilir.

Nihai analizde liberal ve radikal feministler arasındaki tartışma, genellikle kadınları cinsiyet ayrımcılığı ve ataerkil baskıdan kurtarmanın en iyi yolu olarak her iki cinsiyete de aynı davranarak kadın ve erkeklerin ortak insanlığına vurgu yapmak veya aralarındaki farklılıkları vurgulamak arasında seçim yapmaya kalmaktadır. Kadın ve erkeklere aynı davranmanın kendine özgü dezavantajları vardır; çünkü bu yaklaşım kadınların çocuk yetiştirme ve aileye bakma gibi görevlere binaen toplumsal olarak farklı konumlandırılmış oldukları gerçeğini gözden kaçıır. Ancak kadın ve erkeklerle sosyal rollerine dayanarak farklı davranmak da bu roller ataerkilliği sürdürdüğünden geri tepebilir. Kadınların tehlikeli işlerde ve uzun saatler boyunca çalışmasını yasaklayan eski kanunlar kadınları korumak üzere tasarlanmıştı; ancak kadınlara karşı ayrımcılığa da neden oluyordu.

Ataerkillik eleştirmenlerinin çoğu (liberal ve radikal) kadınların aynı veya farklı muamele görmesine ilişkin soruların felsefi veya soyut şekillerde cevaplanamayacağı sonucuna varmaktadır (Habermas 1996: 419-27). Bu soruya kadınların kendi ihtiyaçlarına ilişkin kolektif anlayışları uyarınca kendilerinin cevap vermesi gerektiğini savunurlar. Liberallerin de haklı olarak belirttiği üzere, bu ihtiyaçlar kadınların sivil haklarının korunmasını gerektirir; ancak sivil hakların cinsiyet farkları radikal olarak gözetilmeden korunması düşünülemez.

Engellilere ilişkin hukuk bu bağlantıyı anlamak konusunda iyi bir örnektir. *Engelli Amerikalılar Kanunu* (1990) engelliliği yalnızca engelli bireye ait tıbbi bir problem olarak değil mesleklerin, hizmetlerin ve kamusal alanların engellilere uymayacak şekilde tasarlanmasında toplumun engellilere karşı ayrımcı kayıtsızlığını yansıtan sosyal bir problem olarak tanıır. Benzer şekilde söz konusu kanun, ayrımcılık yapmama ilkesini iş alanlarının ve esnek çalışma programlarının makul şekilde yeniden düzenlenmesine, erişilebilir kamu tesisleri ve tuvaletleri sağlanmasına ve devletin, engelli bireylerin engelsiz bireylerle aynı yaşam kalitesi ve sağlığına sahip olabilmelerini sağlayan farklı kaynaklar ile tıbbi ve sosyal hizmetler sağlamasına bağlamaktadır. Bu son nokta özel önem teşkil etmektedir; çünkü yeterli sosyal hizmet olmadan engelli bireyler sivil haklar hukuku ile kendilerine tanınan imkânlardan faydalanamazlar.

Bu durum ailelerine bakan kadınlar için de aynıdır. Hukukun, şirketleri ve kamu tesislerini makul ölçüler içerisinde kadın bakıcıların farklı ihtiyaçlarına uyum sağlamaya mecbur tutması gerekmektedir. Engellilere ilişkin hukukta olduğu gibi her bir kadın ve (müstakbel) işverenleri, hizmet sağlayıcıları olay bazında makul imkânlar sunmaya ilişkin müzakerelerde bulunabilmelidir. Dahası, kadınlar aile bakımını için yeterli devlet desteği olmadan kamusal hayata tam olarak katılamazlar. Ancak aile refahı kanununu etkileyen ataerkil paternalizmin önüne geçmek için kadınlara kaynakların ve hizmetlerin nasıl sağlanacağını kontrol etme hakkı tanınmalıdır. Diğer türlü, tıpkı engelliliğin bir zamanlar tıbbi açıdan yetersizlik olarak tanımlanması ve engelli bireyleri tıbbi kurumların hükmüne tabi kılması gibi, paternalizm yalnız anneleri terapötik gözlem ve disipline ihtiyaç duyan sorumsuz bireyler şeklinde stereotipleştirerek kendini tekrarlamaya devam edecektir.

5. Eşit Korunma v. İfade Özgürlüğü: MacKinnon'ın Pornografi Karşıtı Kanunu

Özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü ve eşit korunma gibi değerlere ilişkin olarak temelde karşıt bakış açıları barındırdığından, liberal ve radikal feministlerin ortak karara varmadıkları bir mesele vardır. Şimdi üzerine eğileceğimiz bu mesele pornografinin suç sayılması konusudur.

Liberal feministler bir kadının kürtaj olma hakkını koruyan özel hayatın gizliliği hakkının kadını farklı derecelerde aşağılayarak betimleyen pornografi satışına ve tüketimine de müsaade ettiğini savunurlar. Kadına pornografi ile verilen zararın ancak eğitim ve hak savunuculuğu ile engellenebileceğini ileri sürerler – kısaca ‘karşıt’ konuşma hakkını özgürce kullanmak. Bu fikrin aksine, radikal feministler pornografiyi ataerki egemenliğin altında yatan kilit nokta olarak görürler ve özel hayatın gizliliği hakkının zayıflatılması pahasına da olsa lağvedilmesi gerektiğini savunurlar.

Radikal duruşun muhtemelen en iyi bilen temsilcisi, Andrea Dworkin ile birlikte 1984'ten, anayasaya aykırı olduğuna karar verildiği 1985'e kadar Indianapolis şehrinde kabul görmüş olan pornografi karşıtı kararnameyi yazan Catherine MacKinnon'dır. Bu kararname (a) kasıtlı olarak pornografi ticareti yapma, (b) bireylere pornografide görev almaya zorlama ve (c) bireyleri zorla pornografiye maruz bırakmayı yasaklamıştır. Buna ek olarak, pornografiye maruz kalmış birinden zarar gören bireylere Indianapolis Fırsat Eşitliği Ofisi'ne sivil hak davası açma hakkı getirmiştir. Daha önemlisi, söz konusu kararname eylemlere bu dört başlık altında, hapis ile çözülebilecek suçlar olarak değil, neden oldukları zararın talep edilebileceği sivil hak ihlalleri olarak bakmaktadır.

MacKinnon'ın kararnameye ilişkin savunması müstehcenlik ve pornografi arasındaki önemli ve ince ayrıma dayanır. MacKinnon'ın karşı çıktığı üzere, müstehcenlik

kanunu toplumun ahlak standartlarını koruyan bir ahlak yasamasıdır; bunun tersine pornografi karşıtı kanun ise cinsiyet ayrımcılığına karşı koruma sunan bir çeşit sivil haklar kanunudur (MacKinnon 1989: 196). Ancak başka açılardan değerlendirildiğinde pornografi kanunu yalnızca belli eylemleri değil, bu eylemlerin altında yatan ve kadınları kişiliksizleştiren, tecavüze, tacize karşı korunmasız ikinci sınıf vatandaş konumuna iten ve erkek arzusunun nesnesine indirgeyen ataerkil egemenlik yapılarını da hedef aldığından sivil haklar hukukunun ötesine geçer.

MacKinnon'a göre, müstehcenlik kanunu gerçekte bu yapıyı yansıtır ve onaylar. Ahlakın yasalaştırıldığı diğer durumlarda olduğu gibi, müstehcenlik kanunu da mantıktan ziyade öznel ön yargılara dayanan genel terimler üzerinden kelimelere dökülür. Devlin'in vurguladığı üzere, ahlakın yasalaştırılmasının bu özelliği müstehcenliğin hukuki tanımında örneklendirilmiştir. Hukuk üç kollu bir test uygulayarak müstehcenliği:

- (a) Güncel [toplumsal] standartları uygulayan ortalama bir insanın bütün olarak ele alındığında şehvete dair ilgi olarak nitelendireceği;
- (b) Uygulanabilir eyalet kanunu tarafından tanımlandığı üzere cinsel eylemleri açıkça müteceviz bir biçimde betimlemeyi veya göstermeyi içeren;
- (c) Bütün olarak ele alındığında ciddi bir edebî, sanatsal, siyasi veya bilimsel değerden yoksunluk olarak tanımlar. (*Miller vCalifornia*, 1973)

MacKinnon tanımının üç koluna da karşı çıkar. Müstehcenliği tanımlarken kullanılan toplumsal standartlara uyum bu standartların neden önemli sayılması gerektiğinin açıklanmasını gerektirir. Toplumsal standartlara başvuran Devlin ve diğerleri alışılmış geleneklerin ahlaki gerçeğin be-

lirlenmesinde tartışma götürmez bir otorite olduğunu varsayarlar; ancak bu varsayımın tarihî bir doğrulaması yoktur. Aksine, MacKinnon'ın da gözlemediği üzere toplumsal ahlak standartlarının hukuken mecbur tutulması –hangi toplumun tasarlandığından bağımsız olarak– neredeyse her zaman kadınlara ve eşcinsellere zarar veren cinsel alışkanlıklara dair ataerkil bir anlayışa öncelik verir (MacKinnon 1989: 202).

MacKinnon benzer şekilde ortalama makul bir insanın neyi müstehcen bulduğunun kanun tarafından bildirmesine de karşı çıkar. Bu durum Devlin gibi muhafazakârların savunduğu gibi dar ve sınırlı görüşlü bir anlayıştan ziyade Rawls gibi liberallerin savunduğu tarafsız mantığı onaylıyor gibi görünmektedir. Ancak MacKinnon bu görünüşün yanıltıcı olduğunu iddia eder. “Feminizm toplumsal cinsiyet ayrımı gözetmeyen bir ‘ortalama insan’ın var olup olmadığından şüphelidir” (Age.). Başka bir deyişle tarafsız, nesnel, rasyonel bir bakış açısı tamamen hayal ürünüdür. Tüm ahlaki yargılar yerleşiktir; tüm etik fikirler yanlı bir duruşu yansıtır. Bu nedenle topluluk standartlarına başvurulması gibi, ortalama ve makul insanın yargılarının bildirilmesi de bir çeşit ön yargı, alışılmış ataerkil bakış açısının dışında kalan özel ahlak anlayışı olan kişilerin eşit korunma hakkını ihlal eden başka bir hiledir.

Üçüncü olarak, MacKinnon hukukun edebî, sanatsal, siyasi veya bilimsel değerleri içeren ifade açıklamalarını koruma isteğinin, bu tarz ifade açıklamalarının kadınlara verdiği zararın yeterince farkında olup olmadığını sorgulamaktadır. Mill'in liberal toplumu ‘fikir piyasası’ olarak gördüğü fikirinde olduğu gibi, bu klasik ifade özgürlüğü savunmasının konuşma ve ifadenin esas mahiyetini gizlediğini belirtir. Mill, eşit konuşma ve duyulma şansı olan bireyler arasında fikirlerin özgürce ifade edilmesinin doğruyu yanlıştan ayırmanın tek yolu olduğunu savunmuştur. MacKinnon ise konuşmanın –bilimsel bağlamda bile– sınırlandırılmış olduğu

nu ve eşit olmadığını ileri sürer. Tıpkı Nietzsche ve Foucault gibi, MacKinnon da konuşma ve ifadenin güç ilişkilerini yansıttığını savunur (Age.: 203). Böyle yorumlandığında, sivil toplumda gerçek olarak tanımlanan şey sansür ve güç politikalarının etkileriyle lekelenmemiş tarafsız bir mantığın ürünü olmaktan ziyade bunun tam tersidir: Egemen söylem tarafından oluşturulan bir kurgu. Daha net konuşmak gerekirse, sosyal bilimlerin anladığı şekliyle yaygın ahlak anlayışı olarak ‘gerçek’ kadınları nesneleştirilen, sömürülen, hükmedilen ve boyun eğen bedenler olarak aşağı konuma yerleştiren yaygın ataerkil bakış açısı tarafından kurulmuştur. MacKinnon’ın ifadesiyle: “Pornografi savunucuları pornografi dâhil tüm ifade açıklamalarına izin vermenin zihni kendini gerçekleştirmesi için özgürleştirdiğini ileri sürse de pornografi kadın bakış açısını susturan terörü normalleştirerek kadınların zihinlerini ve bedenlerini ayrı ayrı köleleştirmektedir” (Age.: 205).

Muhafazakârlar ahlaki değerleri yozlaştıran müstehcenlik konusunda endişelenirken ve liberaller gerçeği serbestçe arama eylemini sınırlandıran sansür konusunda hayıflanırken, yalnızca radikal feministler pornografinin kadının tahakkümünü kurumsallaştırması konusunda kaygılanmaktadır. MacKinnon’a göre sosyal bilim bazı kadınlara veya bütün bir grubu temsilen kadına şiddet ile pornografi arasında nedensel bir ilişki kuramasa da pornografinin kadını erkek arzusu karşısında pasif ve aşağı nesnelere olarak sergilemesi ataerkil yaklaşımın kadına karşı ayrımcılığına katkıda bulunmaktadır. Kadının sivil haklara eşit derece sahip tüzel kişiliğini lekeleyerek, ırkçı ayrımın azınlığa karşı gerçekleştirdiği kadar yoğun bir ayrımcılık yapmaktadır. Pornografinin özgür ve eşit ifadesine izin vermek sesleri bastırılmış veya göz ardı edilmiş kadınların özgür ve eşit ifade hakkını reddetmektir. MacKinnon’ın ifade ettiği üzere “Birinci Değişiklik bazı insanların konuşmalarının diğer insanların konuşmalarını yalnızca daha çok konuşabilme yarışından kaynaklanmayan bir nedenle susturmasını kabul edemez” (Age.: 206).

5.1. MacKinnon'a Liberal Cevap: Son Değerlendirme

Federal Temyiz Mahkemesi Yargıcı Frank Easterbrook, MacKinnon'ın pornografi karşıtı kanunnamesinin aleyhinde karar vererek bu şiddetli ikilemi ortadan kaldırdı (*American Booksellers Association v. Hudnut*). Kanunnamenin konuşma özgürlüğünün kısıtlanmasında çok ileri gittiğini savunarak, pornografiyi de ırkçı veya anti-Semitik nefret konuşmaları gibi siyasi münakaşa sınırları içerisinde yer alan bir fikir ve anlam ifadesi yöntemi olarak kabul etti. Böyle fikirler belirli insanlara zarar verdiği kanıtlanmadığı müddetçe 'Birinci Değişiklik' tarafından korunur, bir zararın kanıtlandığı durumlarda ise eyalet ifadeleri bastırmaya yönelik bir tavır benimseyebilir. Easterbrook'a göre, insanları kadınların ve azınlıkların aşağı ve ikincil olduğuna ikna etmek ancak erkeklerin şovenist domuzlar olduğuna ikna etmek kadar dava edilebilir bir eylem sayılabilir (Adams 2005: 239).

Ancak MacKinnon pornografinin gücünün iknaya yönelik konuşmalar içerdiğini reddeder. Foucault'nun dilin söz eylemlerden oluştuğu fikri ile uyumlu şekilde, pornografinin 'düşünceden ziyade eylemsel' olduğunu savunmaktadır; yani ayrımcı etki, doğru olduğu ileri sürülen fikirlerden ziyade eylemlerde yatar: "Bir grubun diğerine kıyasla aşağı konumlanması fikrini kurumsallaştırmalarına rağmen, ayrımcılık ve linç ne kadar fikirse pornografi de o kadar fikirdir" (MacKinnon 1989: 204). Başka bir deyişle pornografi erkeklere kadınların aşağı konumda olduğunu fikrini benimseten bir davranışsal koşullandırma yoludur. Şiddetli etkileri bakımından hakarete ve diğer 'savaşan kelimelere' –siyasi tartışma ile aynı yasal korumaya sahip olmayan 'konuşma' türlerine– benzer.

MacKinnon'a göre Easterbrook'un savunduğu liberal yaklaşım, üstü kapalı şekilde ataerkil bir bakış açısını öne çıkarmaktadır. Ataerki, nesnel bilgi ve gerçekliği anlama biçimimizi şekillendirdiğinden "[Pornografinin neden oldu-

ğu] zararlar nesnel bakış açısı ile anlaşılabilir” (Age.: 204). Başka bir deyişle pornografi yalnızca pornografinin neden olduğu şiddeti deneyimlemiş olanlara görünür. Bu nedenle özgür konuşma ve söylemsel mantığa ilişkin tarafsız (nesnel) bir savunma radikal feministlere kadın düşmanı bir şiddet anlayışının tarafı bir savunması gibi görünmektedir.

Liberal ve radikal feminizmlerin pornografiye bakışı arasındaki ciddi uyuşmazlık göz önünde bulundurulduğunda, Fransız filozof Jean-François Lyotard’ın *differend* olarak adlandırdığı kavramla karşı karşıya kalıyoruz, başka bir deyişle ‘davalının tartışma yollarından mahrum bırakıldığı ve bu nedenle kurbanla dönüştüğü’ bir durum (Lyotard 1988: 9). Pornografi kadına karşı bir şiddet biçimi olarak tanımlanmadığı müddetçe, radikal feministler pornografinin yasaklanması gerektiğini etkili bir biçimde savunamazlar; liberaller ise (feminist olsun veya olmasın) pornografi anlamlı bir ifade yöntemi olarak tanımlanmadığı müddetçe pornografinin tolere edilmesi gerektiğini etkili bir biçimde savunamazlar. Argüman ne şekilde dile getirilirse getirilsin, birileri kurban edilecektir.

Liberal ve radikal feminizmlerin pornografiye bakışı arasında gerçekten ciddi bir uyuşmazlık olduğunu varsayarsak, MacKinnon’ın pornografiye ilişkin kendi bakış açısını hukuka dâhil etme önerisi aksi takdirde özgür konuşmanın değerine ilişkin liberal –ve temelde erkek-egemen– olan bir söyleme toplumsal cinsiyet dengesi getirme çabası olarak gerekçelendirilebilir. Bu argüman hükümet tarafından düzenlenen ‘özgür konuşma’ ve ‘özgür basın’ın esasında ne olduğunun ortaya çıkarılması için 40 yıl önce gerçekleştirilmiş olan Vietnam Savaşı karşıtı protestolardaki argümanla paraleldir: Herbert Marcuse’nin ileri sürdüğü üzere, görüş ayrılığını hükümet propagandası tarafından şekillendirilmiş bir kamu görüşünün sınırları içerisinde tolere eden bir tür ‘zapt edici tolerans’. Bu nedenle üniversite kampüslerinde orduya asker çekmeye çalışan kişilerin ‘özgür konuşması’nı

engellemek protestoculara manipüle edilmekte olan basının 'özgürlüksüzlüğünü' halka duyurmak için mantıklı bir yol gibi görünmüştü.

Ancak Easterbrook, MacKinnon'ın pornografi karşıtı kanunnamesini konuşmaya denge getirmek olarak görmemişti. MacKinnon'ın teklifinin ana akım liberal bakış açısı karşıtı bir feminist taraflılık yansıttığını düşünse de MacKinnon'ın ana akım liberal bakış açısının da yanlı olduğu iddiasını kabul etmeyi reddetmiştir. Bu bakış açısının meseleyi değerlendirmek için nötr bir duruşu olduğu konusunda ısrar etmiştir. Kendi kelimeleriyle ifade edecek olursak, MacKinnon'ın radikal feminist duruşu gibi nötr olmayan bir duruş benimsemek, yasanın 'bizim için hangi düşüncelerin iyi olduğuna ilişkin muhteşem bir denetçi ve yönetici'ye dönüşmesi anlamına gelir (Adams 2005: 240).

Easterbrook pornografi karşıtı kanunnamenin pornografi tanımında çok tek taraflı, bu nedenle uygulama açısından fazla geniş kapsamlı olduğunu ileri sürerek devam etmiştir. Eğer pornografi kadına yönelik şiddet ise aynısı reklam, eğlence sektörü ve kültürün büyük bir kısmı için de söylenebilir. Hatta İncil, kadının aşağılanmasına pornografiden daha çok katkıda bulunmuş olabilir. Bu açıdan, MacKinnon diğer pek çok radikal feministin yaptığı gibi heteroseksüel evlilik kurumuna ataerki egemenliğin temel taşı olduğu gerekçesiyle saldırabilirdi. Dahası, MacKinnon'ın pornografik eylem listesine eklediği unsurların çoğu, örneğin kadınlara nesnelere veya hayvanlar ile penetrasyon uygulandığını gösteren tasvirler, tam da ana akım muhafazakârların lezbiyen cinselliğine ilişkin olarak müstehcen buldukları türden unsurlardır.

MacKinnon pornografinin kadına zarar verdiği konusunda haklı olabilir. Easterbrook da bu kadarını kabul etmiştir; ancak bu zararı niçin iftiranın neden olduğu zarar kadar hukuken dava konusu olabilir nitelikte görmediğini açıklamamıştır. MacKinnon'ın pornografinin ataerkinin zararlı etkilerini aktardığına ilişkin tartışmalı fikrini savunan

bir karar her tür hukuk sisteminde ciddi bir ikileme yol açardı. Easterbrook'un haklı şekilde belirttiği üzere, ataerkilliğin neden olduğu zararlar özellikle, hatta genellikle bile pornografi tarafından aktarılmamaktadır, bu durum evlilik kurumuna kadar genişleyebilmektedir. Ancak hiçbir hukuk sistemi böylesine yerleşik bir kurumu toptan silip atmaya hazır değildir. MacKinnon pornografinin kadınlara neden olduğu zararı değerlendirebilecek nötr bir bakış açısı olmadığını ileri sürerken de haklı olabilir. Sosyal yapıların kadınlar ve diğer 'risk altındaki' gruplara olan farklı etkilerini değerlendirmek konusunda istatistiksel çalışmalar gerekebilir; ancak bu istatistikler de kişinin bakış açısına dayanarak pek çok şekilde yorumlanabilir. Feminist bakış açısından gelen öznel sezgilerine riayetle, sosyal bilimlerin istatistiksel bulgularını bir kenara atarak, MacKinnon ironik bir şekilde eşit derecede öznel 'heteroseksist' bir yaklaşımı savunan Devlin ve diğerleri ile ittifak yapmıştır. Özünde, her iki bakış açısı da sosyal kurumların farklı gruplar üzerinde oluşturduğu farklı zararları değerlendirmek için sahip olduğumuz ve tarafsız bir otoriteye en çok benzeyen şeyi terk ederler. Bu otoriteye ilişkin genel kabul olmadan, liberallerin konuşmayı ve eylemleri sınırlama çabasıyla hükümete dayattığı kanıtlama mecburiyeti gerçekten de temelsizdir.

ALTINCI BÖLÜM

ÖZEL HUKUK VE EKONOMİK RASYONELİTENİN SINIRLARI

Hukukun üstünlüğü gücün meşru uygulanmasının temeli- ni oluşturan ana ahlaki yapıdır. Bu yapı bireylerin açıkça anlaşılabilir ve genel olarak kabul edilen kanunlar çerçevesin- de hareket eden sorumluluk sahibi özneler olduğunu var- sayar. Bu belirgin şekilde liberal veya özgürlüğü koruyan, tüzel kişilik algısına karşılık gelen unsurlar anayasa ve ceza hukukudur. Mülk, sözleşme ve haksız fiil hukukları –özel hukuku oluşturan üç ana bölüm– liberal bir görüş de yan- sıtmakta mıdır?

1. *Istimlak Yetkisine İlişkin İhtilaflar*

Hükümetin özel mülke ‘kamu kullanımı’ amacıyla el koyma hakkını –*istimlak yetkisi* de denir– içeren yakın zamanda yaşanmış bir olay bu soruya cevap vermenin ne kadar zor olduğunu göstermektedir. Söz konusu olay 2000 yılında New London, Connecticut Belediye Konseyi’nin su kenarın- daki 90 dönüm araziye kalkındırmak üzere bir plan kabul etmesine karşı bu arazinin sahibi olan birkaç ev sahibinin Connecticut’a açtığı bir davayı içerir. Esas davacı Susan Kelo evini yeni restore ettirmiştir; başka bir davacı olan 72 yaşındaki Wilhelmina Dery doğduğu günden beri o evde ya- şamıştır. Şehir açısından bakıldığında, 24.000 kişilik şehirde 1996 yılında Deniz Kuvvetleri Denizaltı Savaş Merkezi’nin kapanmasıyla birlikte 1500 kişi işinden olmuştur. Bu çare-

sizlik ortamında, yan arazide Pfizer ilaç firması tarafından kurulan 300 milyon dolarlık araştırma merkezini çekmek amacıyla şehir yetkilileri su kenarına ofis binaları, yüksek gelirli ev projeleri ve marina inşa etme kararı almıştır. İş imkânı yaratmanın yanı sıra, şehir bu kararın yıllık emlak vergisinde sağlayacağı 680.000 dolarlık artış sayesinde topluluğa çok faydalı olacağını ileri sürmüştür.

Liberter Adalet Enstitüsü tarafından desteklenen davacılar Beşinci Değişiklik'in hükümete özel gelişim için değil yalnızca köprü, yol ve kamu kullanımını ilgilendiren inşaatlar için *istimlak yetkisi* tanıdığını ileri sürmüşlerdir. Ancak Connecticut Yüksek Mahkemesi ve ardından Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi zorlu 5-4'lük bir kararla fikre karşı çıkmışlardır. *Kelo v. City of New London* (2005) davasında çoğunluk adına görüş yazan Yargıç Paul Stevens önceki kararın 'kamu kullanımı' kavramını kentsel dönüşüm ve ekonomik gelişmeyi de içerecek şekilde yorumladığını ileri sürmüştür. Stevens "Ekonomik gelişmeyi desteklemek hükümetin geleneksel ve kabul edilmiş bir işlevidir" düşüncesini hatırlatarak, şehrin özel gelişimleri destekleyerek iş imkânı yaratma hakkını savunmuştur. Azınlık adına görüş yazan Yargıç Sandra Day O'Connor kararın 'büyük firmalar ve kalkınmayla ilişkili şirketler dâhil olmak üzere siyasi süreç içerisinde orantısız etki ve güç sahibi' olanları kayırdığını ileri sürmüştür. Yargıç Clarence Thomas, Renkli Bireylerin İlerlemesi Ulusal Birliği'nin bu eylemin yaşlıları, düşük gelirli ve 'azınlıkları yerinden edeceği' kaygısını tekrar dile getirerek O'Connor'a katılmıştır.

Kelo davası özel mülkiyet hakkı ile özgürlük ve eşitliğe dair liberal anlayış arasındaki ilişkiye dair önemli sorular ortaya koymaktadır. Liberteryenler özel mülkiyet haklarının birinin kendi hayatına ilişkin kişisel sorumluluğunu hükümet müdahalesi olmaksızın yerine getirebilmesi için gerekli olduğunu ileri sürerler. Bu açıdan bakıldığında, hükümet *istimlak hakkını* yalnızca herkesin eşit şekilde yararlanacağı

kamu projeleri konusunda kullanabilir. Kamuya açık erişimi olan projeler bu şartı sağlar; ancak ticari işletmeler ve özel rezidanslar sağlamaz.

Diğerleri ise özel mülkiyet haklarının özgürlük ve eşitlik ilerletme konusunda tek yol olmadığını ileri savunurlar. Özgürlüğün müdahale olmaksızın eyleme geçebilmekten fazlası olduğunu; çünkü birinin eyleme geçme fırsatlarının gelir gibi maddi kaynaklara önceden erişmiş olmaya bağlı olduğunu ileri sürerler. Bunun yanı sıra, seçme ve eyleme geçme gibi yetilerin de geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak bunları yerine getirmek için gerekli kaynaklar –eğitim, sağlık ve refah gibi– büyük oranda kamunun vergi gelirleri ile finanse edilmektedir. Sonuç olarak iş imkânı yaratma ve mülk vergisi gelirlerini arttırmak için *istimlak yetkisi* kullanmak özgürlük ve eşitliğin ihlali değildir. Hatta kamu kaynaklarını herkesin kendi kapasitelerini geliştirmesi ve ‘pastadan eşit pay alabilmek amacıyla’ diğerleriyle eşit şartlarda rekabet edebilmesi için *ekonomik açıdan en etkili ve adil* yoldur.

Bu açıdan bakıldığında, Stevens’in kararı *refah devleti* oluşturmaya ilişkin mantık ile son derece uyumludur. Ancak durum paradoksal görünmektedir; çünkü başkalarının özgürlüğünü arttırmak uğruna belirli insanların özgürlüğüne müdahale edilmesini kabul eder. Daha da kötüsü, hükümetin kendi toplumlarındaki zengin ve güç sahibi kişilerin tarafını tutmasına izin verir. Bu nedenle *Kelo* davasının hukukun üstünlüğünün altında yatan liberal özneliği güçlendirdiği veya zayıflattığı konusunda net bir karar vermek çok mümkün değildir.

Bu şüphe bizi ilk sorumuza geri döndürür: Özel hukuk şu an var olduğu şekliyle hukukun üstünlüğünü geliştirir mi? Eğer geliştirirse ne tür bir özgürlüğü geliştirir? Friedrich von Hayek gibi liberteryenler ilk soruya olumsuz cevap verirler. Bu liberteryenler, hukukun üstünlüğünün özel mülkiyet, sözleşme ve kişisel yükümlülüğe ilişkin *laissez-faire* bir kapitalist bakış açısı getirdiğini ileri sürerler. Onlara göre, refah devleti özel mülkiyet hakkına tekabül eden temel piyasa özgürlüklerini ihlal eder ve böylece hukukun üstünlüğünü bastırır.

Peki, Hayek bu konuda haklı mıdır? Hukuk düşüncesi okullarından biri olan *formalizm* bu konuda Hayek’le hemfikirdir, *Hukuk ve Ekonomi* yaklaşımı ile bağlantılı diğer bir ekolün de farklı nedenlerle de olsa hemfikir olduğu düşünülür. Yalnız iki farklı ekol –*Hukuki Realizm* ve *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*– açıkça Hayek’in fikrine karşı durur. Belki doğru cevap bu karşıt duruşlar arasında yatmaktadır. Belki özel ve kamusal mülkiyet hakları, müdahalesizlik ve eyleme geçme özgürlüğü arasındaki tezatlar şu an mevcut bulunan özel hukuktan farklı bir sistem içerisinde çözülebilir niteliktedir. Eğer öyleyse, *Kelo* davasının neden olduğu ciddi ikilem bir demokratik reform zorunluluğu takdim ediyor olabilir.

2. Özel Hukuk ve Bilimsel Akıl: Başlangıç Mahiyetinde Gözlemler

Bu farklı duruşları anlamak için dördüncü bölümün başında söz edilen özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki farklı hatırlayalım. Özel hukuk davalarında, özel taraflar sözleşmenin ihlali veya kişisel hatalardan doğan zararlar için tazmin edilir; kamu hukuku davalarında ise vatandaşlar sosyal politikalar ve ceza kanunları yoluyla kolektif zararlara karşı korunurlar. Burada söylenen şey özel hukuk ile kamu hukukunun bağlantısız olduğu değildir. Anglo-Amerikan hukukbiliminde özel hukuka kaynak oluşturan *common law*; cinayet, hırsızlık, tehdit ve cinsel saldırıya karşı da hükümler içerir. Bu başlıkların altına giren eylemler hem özel hukuk hem de ceza hukuku altında değerlendirilebilir (okurlar MacKinnon’ın pornografi karşıtı kanunnamesinin cezai çözümlerden ziyade özel hukuk çerçevesinde çözümler sağladığını hatırlayacaktır). Son olarak özel hukuk, toplumda servetin dağılımını etkileyen yasalar uygulayarak dolaylı yoldan suçla ilişkili davranışları ve ceza hukukunu etkiler.

Özel hukuk ve kamu hukuku kavramsal olarak birbirinden farklı olsalar da gerçekte o kadar bağımsız değildir. Göreceğimiz üzere, özel hukuk ve kamu hukuku arasında bulunan (veya bulunması gereken) fiili kesişimin derecesi çeşitli hukuk ekolleri arasındaki münakaşada önemli bir meseledir. Ancak İngiltere'deki farklı siyasi bölgelerde müşterek otorite sahibi hukuk kaynağı olarak kabul edilmeye başlanan özel hukuk –biz buna *common law* diyoruz– yasa organının halka yönelik kanunları eliyle değil geniş ölçüde yargıçlar tarafından oluşturulmuştu. Ancak bu hukuk genellikle yargıcın kendi kişisel ahlaki eşitlik fikirlerini yansıttığından, hem siyasi yanlılığı hem de kuramsal bir bağdaşıklık eksikliği nedeniyle on dokuzuncu yüzyılda *formalizm* olarak bilinen hukuk ekolü rasyonel ve bilimsel bir temel kazandırma girişiminde bulunana kadar epey eleştirildi.

1870'lerde, Harvard Hukuk Profesörü Christopher C. Langdell, hukuki akıl yürütmenin dedüktif bir bilim olarak anlaşılabilceğini göstermek için Kant ve Hegel'in düşüncelerinde bulunanlara çok benzer argümanlar kullandı. Ancak onun tek amacı yalnızca yargıçların nasıl karara vardıklarını anlamak için daha iyi bir açıklayıcı model sunmak değildi. Langdell aynı zamanda kararları daha tahmin edilebilir ve eski dava türü yöntemlerinin belirsizliklerine daha az tabi hâle getirecek şekilde yargıçları istemli olmaya cesaretlendirmek için normatif amaçlar da güdüyordu. Hem destekçiler hem eleştirenler, bu normatif projenin Kant veya Hegel tarafından *yorumlanmamış* başka bir noktasına değindiğini düşünüyorlardı: Hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu tek model olarak özel hukuka ilişkin *laissez-faire* kapitalist modelini gerekçelendirmek.

Formalizm özel hukuku rasyonel, dedüktif bir bilime dönüştürme amacına ulaşamamış olsa da federal hâkim Richard Posner öncülüğünde başlayan *Hukuk ve Ekonomi* hareketi ile bağlantılı başka bir hukuk felsefesi ekolü *common law*'u rasyonel seçim ve araçsal akıl merkezli ekonomik etkililik

kuramlarına dayandırmaya çalışmıştır. Bu projenin bazı destekçileri ve eleştirmenleri projenin kendisinden önce gelen formalist bakış açısıyla aynı ideolojik amaca hizmet ettiğini ileri sürerler: *Laissez-faire* kapitalizminin gerekçelendirilmesi. Posner ve *Hukuk ve Ekonomi*'nin kurucusu Ronald Coase dâhil başkaları ekonomik muhakemenin bazen hükümetin ekonomik bir düzenleme ve yeniden dağıtım yapmasını desteklediğini söyler.

Formalizm ile hukuk ve ekonomiyi eleştirenler genellikle iki karşı hareket içerisinde gruplandırılır: *Hukuki Realizm* ve *Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ)*. Bu hareketlerin ikisi de kamusal yasamanın altında yatan ve alenen siyasi olan akıl yürütmeden bağımsız şekilde hukuki bir mantık yürütme alanı olduğu gerekçesiyle özel hukukun bilimsel temellerine itiraz ederler.

EHÇ'ye ilişkin tartışmamı sonuç bölümüne saklayacağım. Hukuki realizm bir güç olarak 1920 ve 30'larda ortaya çıktı; özel hukuku *common law* gelenekleri ve politikalarının belirsizliklerinden ayırmak amacıyla formal-analitik mantığın kapasitesini sorgulamaya başladı. Radikal realistler, hukuki muhakemenin sosyal bilimlerin bulguları ile kamuoyundan beslenmesi gerektiğini düşünüyorlardı. Daha önemlisi, katılımcı demokrasinin sosyal problemleri çözme konusunda en etkili yol olduğuna, bu nedenle mahkemelerde olduğu kadar işyerleri de dâhil olmak üzere toplumun tamamında uygulanması gerektiğine inanıyorlardı.

Bunun aksine, ılımlı realistler daha dar kapsamlı bir pragmatist muhakeme anlayışını desteklemekteydi. Kamuoyunun refahı maksimize edecek politikalar geliştirilmesinde rol oynaması gerektiği konusunda radikallerle hemfikir olsalar da genel olarak demokrasinin etkili ekonomik tahminler modellemek için fazla külfetli ve bölücü bir yöntem olduğuna inanıyorlardı. Bu nedenle adli ve idari karar verme sürecini bilimsel ve teknolojik elitler tarafından yürütülecek ve yukarıdan aşağıya doğru uygulanacak ekonomik bir işlem olarak görüyorlardı.

İlimli realistler, düzenlenmemiş kapitalizmin içkin rasyonelitesi konusunda büyük oranda şüpheli olmalarına ve bu nedenle genel sosyal refahı desteklemenin en etkili yolu olarak ekonomiyi hükümetin düzenlemesi gerektiğini savunmalarına rağmen farkında olmayarak bu fikrin tam tersi bir hukuk hareketinin önünü açmış oldular. Ekonomik hesaplamalara hukuki muhakemenin üstün bir türü olarak ayrıcalık tanıyan ilimli realistler daha sonraları hukuk ve ekonomi hareketinin oluşmasına ortam hazırlamış oldular. Bu hareketin destekçileri büyük ölçüde farklı nedenlerle de olsa formalistlerin *laissez-faire* kapitalizmi taraftarı fikrini paylaşıyorlardı.

3. Formalist Hukuki Muhakeme ve Kapitalizm

Bu çeşitli düşünce ekollerinin artı ve eksilerini değerlendirmek için öncelikle karşı çıktıkları hukuki düşünce ekolünü (formalizm) anlamamız gerekir. Formalizm açıkça özel hukuk alanına uygulanan bir hukuki muhakeme kuramıdır. Üç önemli unsuru vardır.

İlk olarak, hukuk kategorilerinin birbirinden *mantıksal olarak ayrı* olduğunu varsayar. En önemli ayrım kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımdır. Bu ayrıma göre kamu hukuku sosyal iyilikle ilgilenir, özü gereği politiktir; çünkü en çok sayıda insan için en üst düzey mutluluğun sağlanmasını maksimize eden unsuru bilmenin tek yolu kanun koyucuları etkilemek için birbiriyle rekabet eden çıkar çevreleri arasındaki partizan mücadelelerine yansıyan demokratik sesleri dinlemektir. Bunun aksine özel hukuk ise 'doğal' hakkın ebedî ve değişmez ilkeleri hakkındadır, özü gereği apolitiktir (veya rekabet eden çıkarlar açısından nötrdür); çünkü tanımladığı haklar akla mündemictir.

Böyle yorumlandığında, özel hukuk *laissez-faire* kapitalist ekonomisine uyumlu görünmektedir; çünkü böyle

bir ekonomiyi destekleyen temel argümanlardan biri (John Locke'un muhakemesine dayanarak) kişilerin özel mülk edinme, arttırma ve (sözleşmeye dayalı olarak) değiş tokuş etme konusunda özgür olması gerektiğini varsayar. Bu muhakeme, zenginler fakirlerin yaşamlarına devam etmeleri için çalışabilecekleri fırsatlar sağladıkları müddetçe, asgari devlet müdahalesi ile özel serveti arttırmaya ilişkin bireysel hakkı destekler gibi görünmektedir.

Formalizm özel hukukun alt kategorilerinin de mantıksal olarak birbirinden ayrı olduğunu ileri sürer. Burada formalizm ve *laissez-faire* kapitalizmi arasındaki kusursuz uyum yine gözler önüne serilmektedir. Eski *common law* eşya, sözleşme ve haksız fiil hukukları arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaya meyilliydi. Örneğin, sözleşmeleri eşit değerde ürünlerin değiş tokuş edildiğini varsayan ahlaki eşitlik ilkeleri uyarınca mülk mübadelesi sağlayan araçlardan ibaret görürdü. Böylece, taraflardan birini ciddi ölçüde dezavantajlı konuma düşüren gönüllü bir mübadele adaletsiz olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılırdı.

Laissez-faire kapitalizminin gelmesiyle bu durum değişti. Piyasa işlemleri çerçevesinde, değiş tokuşlar bazılarının kazandığı bazılarının ise kaybettiği riskli yatırımlardır. Daha da önemlisi, bireylerin bir sözleşmeden *beklentileri* genellikle başlangıçta teslim ettikleri *ivazdan* daha fazladır (mesela başka bir deyişle müstakbel yükümlülüklerini ifade edeceğini kesinleştiren, peşinat ödemesi gibi, herhangi bir iyi niyet göstergesi) Toptan mısır satışına ilişkin bir sözleşmenin ihlali perakendecinin baştaki yatırımını –kapora olarak avans verdiği– zarara uğratmakla birlikte mısırı piyasada daha yüksek fiyata yeniden satarak edinmeyi *umduğu* olası kâra da mal olur. Formalistlere göre bu örnekteki *beklenti* kavramı, tarafların birbirinden edinmeyi umduğu çıkara ilişkin net anlayışa dayanarak birbirlerine gönüllü şekilde yükümlülükler yükledikleri 'fikirler buluşması' şeklinde bir sözleşmeye ait formel fikir üzerinden anlaşılabilir.

Öyleyse buradaki mesele sözleşmenin adilliği değil, diğer tarafın huzurunda *gönüllü olarak kabul edilmesi ve kendi kendinin yükümlü tutulmasıdır*. Elbette bir anlaşmanın tarafları her birinin ne gerçekleştirmeye razı olduğu konusunda farklı fikirlerde olabilirler. Learned Hand gibi hâkimler bu sorunu şartların sözleşme tarafları arasındaki niyet veya anlaşmalara değil genel kabul gören kullanıma dayandığını ileri sürerek çözmüşlerdir.

Burada kapitalizmin işlevsel ihtiyaçlarına oldukça iyi hizmet edildiği görülmektedir. Piyasa sistemlerinin hepsi yatırımcıların ortak kâr içeren sözleşmelere girmeye istekli olmasına dayanır. Ancak belirsiz ifaya ilişkin riskler çok yüksekse, böyle sözleşmelere girme isteği azalmaktadır. Bu, sözleşme maddelerinin muğlaklığının birden fazla veya tahmin edilemez yorumlara müsaade ettiği durumlarda görülmektedir.

Standart anlamlarda ısrar etmek *irade kuramına* göre sözleşmelerde hâkimin değil tarafların talep ettiği fikirler buluşmasını yansıttığı gerçeğini özünde değiştirmemekteydi. Hatta resmî olarak sözleşme hukukunu haksız fiil hukukundan ayıran nokta budur. Formalistlerin kişinin kendi kendisini yükümlü tuttuğu ödevlerin kasten ihlali olarak değerlendirildiği sözleşme ihlallerinin aksine, haksız fiiller *toplumun yükümlü tuttuğu* özellikle başkalarına ilişkin gerekli özenin gösterilmesini kapsayan ödevlerin ihlalleri olarak anlaşılmıştır. Haksız fiil hukukunda zararın giderilmesine ilişkin formel kural, beklenti–temelli değil zarar–temellidir.

Bu farka rağmen, formalizm sözleşme kanunu ve haksız fiil kanununun ortak bir formel rasyonalite içerdiğini varsayar. Bu rasyonalite, işin doğası gereği bireylerin herkes için eşit olacak şekilde mümkün olan en üst piyasa özgürlüğünü edinme hakkı olduğu şeklinde özetlenebilir. Bireylere böyle kapsamlı bir özgürlük vererek veya özgürlüğe müdahaleyi engellemek aynı zamanda bireylere eylemleri için daha fazla sorumluluk yüklemek anlamına da gelmektedir. Bu nedenle sözleşme hukukunda formalist bakış açısının bireysel so-

rumluluğa duyduğu saygı *laissez-faire* mahiyetindeki *caveat emptor* ilkesini (tüm riskin alıcıya ait olması) destekleme eğilimindedir. Haksız fiil hukukunda ise bireysel sorumluluğa duyulan hürmet, *laissez-faire* mahiyetindeki ihmal ilkesini (failin riski üstlenmesi) destekleme eğilimindedir. Her iki durumda da riskli eylemlerin maliyetini değerlendirme sorumluluğu topluma değil, eylemleri gerçekleştiren bireysel aktörlere aittir.

Formalist hukuki muhakemenin ikinci özelliği *dedüktif mantığı* esas almasıdır. Formalistler, hukukun tasım vasıtasıyla akıl yürütmeye uygun şekilde, herhangi bir kararın mantıksal zorunluluk çerçevesinde kendilerinden çıkarsanabileceği bağdaşık bir genel kurallar bütünü olduğunu varsayarlar. Tasım, iki öncülü olan bir argümandır: Büyük öncül “Kayıt altına alınmış bütün anlaşmalar bağlayıcı sözleşmelerdir” gibi genel bir kategorik hakikati bildirir, küçük öncül ise “Mary, Sue ve Jim için taşıyıcı anne olmayı (kayıt altında) kabul etti” gibi küçük öncülde bulunan kategorik unsurlardan birini içeren bir vaka bildirir. Bu önermeleri birleştirerek ‘Mary’nin Sue ve Jim için taşıyıcı annelik yapmayı kabul etmesinin ‘bağlayıcı bir sözleşme olduğu’nu çıkarırız.

Formalistler, hakkında hüküm verilmesi gereken her bir davada (a) küçük öncülü doğru bir şekilde formüle etmenin sadece ve sadece tek bir yolu olduğunu ve (b) bu küçük öncülün altına yerleştirilebileceği sadece ve sadece bir büyük öncülün (genel hukuk kuralının) bulunduğunu varsayarlar. Bu şekilde yorumlandığında hukuki akıl yürütme yargısal yorum veya takdire yer bırakmayan mekanik bir süreçtir. Yargıçların muhakemesi fiilen bu modele uyduğu müddetçe, hukuk yargılaması bir bütün olarak daha belirli olacaktır. Böylesine üst derecedeki bir hukuki belirlilik, sınır koşullarına dair istikrarlı bir kümeye sahip özerk ekonomik hesaplamalar sağlamak suretiyle hem hukukun üstünlüğüne hem de kapitalizme hizmet edecektir.

Formalist hukuki muhakemenin üçüncü özelliği *-analo-*

jik muhakeme kullanımı– bu son noktaya örnek teşkil eder. Yeni bir vakanın daha eski bir vakaya benzer veya mantıksal açıdan eşdeğer (aynı) olduğunu varsayarak *stare decisis* ilkesine (yani kararın önceki emsal karar tarafından belirlendiği fikrine) destek verir. Formalizm bir davaya ilişkin karar–gelecekteki davalara uzanan temel hukuki gerekçe– ile *kanaat* (yalnızca eldeki özel davaya ilişkin karar) kavramlarını birbirinden ayırır. Formalizm kanaatin aksine, kararın yeni davaları kapsayabilecek kadar geniş olduğunu varsayar. Böyle olmasaydı –eski davalar yeni davaları mantıken kapsamıyordu ve bu mantıksal olarak belirlenmiş (mekanik) bir yaklaşımla gerçekleştirilmeseydi– formalistlere göre, hukuki karar verme süreci yalnızca hâkimin kişisel fikirlerine dayanan açık uçlu ve *ad hoc* bir duruma dönüşürdü. Bu adli bir despotluk oluştururdu ve daha önemlisi hukuku en tahmin edilemez ve belirsiz teşebbüse dönüştürdü. Bu nedenle analogik muhakeme hukukun üstünlüğünün (ve dolaylı olarak kapitalizmin) sürdürülmesi açısından çok önemlidir.

Analojik muhakeme müşterek hukuki alt kategoriler altında görünüşte birbirine benzemeyen türleri sınıflandırmak için önemlidir. Bu yöntem formalistlerin her tür tutum ve eylemi devlet müdahalesinden korumak çabası için oldukça faydalı olmuştur. Bunu gerçekleştirmek için uyguladıkları yollardan biri onları özel mülk olarak kategorize etmektir.

Formalist hukukbilim örnekleri bu muhakeme ilkelerinin nasıl işlediğini göstermektedir. Öncelikle analogik muhakeme ilkesiyle başlayalım. 1918 yılında yeni kurulmuş bir rekabetçiyi (International News Service) Associated Press'ten haber 'çalmak'tan men eden mahkeme emriyle ilgili bir dava Yüksek Mahkeme huzuruna gelmiştir. Çoğunluk adına yazmakta olan Yargıç Mahlon Pitney haberler tıpkı özel mülk gibi kişisel değerler ile harmanlanmış kişisel eylemler yoluyla keşfedildiği ve edinildiği için haberlerin eşya-benzeri olduğu –yani özel mülkiyete benzediği– gerekçesiyle kararı onamıştır. Buradaki mantık *common law*'u ve Locke'un kuramını andırır,

üzerinde hak iddia edilmemiş bir unsurun sahihsiz bir kısmı kişisel emek yolu ile edinilmiştir. Formalistler mülk edinimine ilişkin bu materyalist bakış açısını geleceğin piyasa edinimleri olan soyut ve materyal olmayan şeyleri de kapsayacak şekilde genişlettiler. Bu çıkarımdan daha geniş formalist bir sonuca kısa bir adımda geçerek işletmelerin gelecekteki kazanımlarını kesintiye uğratan her türlü idari eylemin –çalışma saatlerini ve ücretleri düzenleyen tüzükler (*Lochner v. New York*) ve hatta gelir vergileri– özel mülkün tazmin edilmeden ‘alınması’na tekabül ettiği sonucuna varılabilecekti.

Yargıç Pitney; formalist muhakemenin ilk özelliğini, yani haksız fiil ve sözleşme gibi yasal kategorileri birbirine ayırmada mantıksal (kavramsal) analiz kullanımını, temsil eden bir davaya işaret eder. Eski *common law* baskı altında oluşturulmuş sözleşmeler ile adaletsiz sözleşmeleri korumaz. 1915 yılında çalışanları, onları herhangi bir sendikaya katılmaktan men eden ‘sarı köpek’ sözleşmeleri imzalamaya zorlayan şirketlerin haklarına ilişkin bir dava Yüksek Mahkeme huzuruna gelmiştir. Böyle sözleşmelerin (çok fakir işçilerin zengin işverenlerin büyük pazarlık gücü karşısında durabilmesini ve onlarla eşit konumda müzakere etmesini engelleyerek) hem *common law* adaletini hem de teklif kılığında gelen baskıcı tehditlere ilişkin *common law* yasaklarını ihlal ettiğini söylemek mümkündür. Sözleşme ile haksız fiil arasındaki formalist farkları kullanarak ve sözleşmeyi yapan tarafların verdiği gönüllü imzaların da gösterdiği üzere formal bir fikirler buluşması olarak ele alınan formal sözleşme kavramına dayanarak, Pitney ‘şartların işveren ve işçiyi eşit derecede alıkoymadığı’ olgusunun konuyla ilgisiz olduğuna karar vermiştir. Dahası, işçiler diğer şirketlerin önerdiği işleri değerlendirmekte ‘özgür’ olduğundan veya yaşamlarını başka yerlerde sürdürebileceklerinden, Pitney sözleşmede baskıcı veya zararlı bir unsur görmemiştir.

3.1. Formalizmin Düşüşü ve Sözleşme-Haksız Fiil Ayrımının Çöküşü

Günümüzde 'isteğe göre' işçi sözleşmeleri nosyonunda formalist yaklaşıma benzer bir bakış açısı hâlâ varlığını sürdürse de formalizmin kendisi zirvesini yirminci yüzyılın ilk on yılında yaşamıştır. O zamana gelene kadar formalizmin tarafsızlık iddiası bakış açısını ebedî aklın yansıması yerine emeğe karşıt mücadele gösteren büyük işletmelerin partizan savunması olarak değerlendiren ilerlemeciler tarafından çoktan sorgulanmaya başlamıştır. Sonuç bölümünde de göreceğimiz üzere, hukuki realistler bu muhakeme yöntemini yapısöküme uğratmakta neredeyse hiç zorlanmamışlardır. Yine de bu bakış açısını tüketen nokta partizanlığı veya felsefi bağdaşmazlığı değil, kapitalizm içindeki değişikliklere uyum sağlayamaması olmuştur.

Kapitalizmin artan karmaşıklığı sözleşme ve haksız fiil hukukunda önemli değişikliklere neden olan müşterek mülk ve sahipliğe ilişkin yeni mefhumlar oluşturmuştur. Eski modelde, hissedarlar eşit yükümlülük ve karar verme konusunda eşit güce sahip iş ortaklarıydı; yeni modelde ise yükümlülükleri ve karar verme güçleri sınırlandırıldı. Eski modelde, işçiler 'efendilerinin' isteklerini yerine getirmesi beklenen 'failler' veya 'hizmetçiler' olarak görülürdü; yeni modelde ise yönetimle bağları çoğunlukla kişisel ve doğrudan olmayan fabrika işçisi yığınlarıdır. Eski modelde küçük aile çiftliklerinin yerel malikleri ile işletmeler arasındaki basit ve yüz yüze işlemlerin şartları ve sonuçları görece şeffaf ve belirli olurdu; yeni modelde ise karmaşık ve kişisel olmayan işlemlerin şartları ve sonuçları kati surette şeffaf ve belirli değildi; ofisler, piyasalar ve küresel çapta tedarikçileri olan devasa kurumlar ile işleyen ikiden fazla tarafı olan (hisse sahipleri, yöneticiler, finansörler, araçlar, taşeronlar, işçiler gibi) yapılara dönüştüler.

Kapitalizmde gerçekleşen bu değişiklikler nedeniyle klasik formalistlerin naifçe varsaymış olduğu şartların şeffaflı-

ğı ve hukuki anlaşma sonuçlarının belirliliği fikirleri sosyal gerçekliği eskiden olduğundan bile daha kötü yansıtır hâle gelmeye başladı. Tröst ve tekellerin oluşması tüketici ve iş sahiplerinin özgürlüğünü daha önce hayal bile edilemeyecek şekillerde kısıtlamakla tehdit ediyordu; büyük işletmelerin istenildiği şekilde ve ücret fark etmeksizin (ve işe alım şartı da fark etmeksizin) işe alım kapasitesi işçilerin karşılıklı avantaja dayalı sözleşmeler yapma özgürlüğünü kısıtlama tehdidi taşıyordu. Son olarak, kurumsal sermayenin sağladığı çok büyük servet zengin ve fakir, güçlü ve güçsüz arasında hukukun meşruiyetinin altında yatan liberal-demokratik temeli patlatmakla tehdit eden yeni eşitsizlikler yarattı.

Formalistlerin reddettiği –ve realistlerin onayladığı– şey artık eski ile yarışan yeni bir yasal paradigmanın ortaya çıktığıydı. Kendine özgü bireyselci, doğal hukuk varsayımlarıyla eski *liberal paradigma* yerini daha yeni *kurumsal-refah paradigmasına* –en azından kısmen– bıraktı. Özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki katı bir ayrıma dair klasik liberal bakış açısı özel hukukun sezgisel veya çıkarımsal olarak kesin olan nedenlere dayandığı görüşü ile birlikte terk edildi.

Özel hukuku–kamu hukuku farkının çöküşünün en iyi örneği sözleşme–haksız fiil ayrımının çöküşüdür. Formalistlere göre sözleşme ihlallerinde hasarı tazmin etme kuralı *beklentiydi*: Davalı, sözleşmeden edinmeyi umduğuna eşdeğer bir meblağ ile tazmin edilirdi. Bu nedenle eğer ortağım benim 100.000 dolarlık evimi 200.000 dolara alma ya ilişkin sözleşmeden kaynaklanan sözünden dönerse, beni işlemenden kazanmayı umduğum 100.000 dolardan mahrum etmiş olur, o nedenle bana 100.000 dolar ödemesi gerekir veya daha sonra 200.000 dolar ile evimi sattığımı daha düşük fiyat arasındaki fiyat farkı kadar. Bu kayba ek olarak kazanmayı beklediğim 100.000 dolarlık kâr ile yeni bir ev alıp onu da satarak ek kâr elde etmeyi planlamışsam, bu kaybım için de dava açabilirim.

Zararın hesaplanmasına temel olarak beklentiyi kullanmanın teşkil ettiği problem sözleşmeden kaynaklı olarak bek-

lenen kazancın her zaman net olarak tahmin edilememesidir. Sözleşmenin ihlali bana 200.000 dolar eksi evimi sonunda sattığım fiyat kadar zarara mal oldu. Peki, ev piyasasındaki dalgalanmalar göz önünde bulundurulduğunda yeni evimi başlangıçta beklediğim fiyata satabileceğim kesin midir?

Muhtemelen değildir. Bu durumda bir hâkim zararın telafisi için farklı, *güven* temelli bir yöntem uygulayabilir. Beklenti temelli zararlar beni *ihlal olmasaydı* gelebileceğim konuma getirirken, güven temelli zararlar beni *sözleşmeden önceki* konumuma döndürür. Güven kuralına göre, evimi ilk satıcı için hazırlarken yaptığım her türlü özel masraf –işlem ücretleri, tamirat masrafları gibi– tazmin edilir. Bunlar pazarlık tamamlandıktan sonra yaptığım masraflardır ve güven kuralına göre telafi edilen zararlar bunları dengeleyerek beni anlaşmadan önceki konumuma döndürür. Bu masraflar, evimin satışından edinmeyi beklediğim asgari 100.000 dolardan çok daha az olabilir.

Bu örneğin önemi, güven temelli tazminatın, haksız fiil temelli tazminat ile aynı şekilde hesaplanmasıdır. Karşılıklı kendi kendini sorumlu tutan yükümlülüklerle değil –bu olayda mülk alma ve satma ile sınırlı– başkalarına zarar vermemek üzere toplumun kişilere dayattığı yükümlülüklerle dayanır.

İş hukuku formalist sözleşme-haksız fiil ayrımının dağılışını mükemmel şekilde tasvir eder. On dokuzuncu yüzyılın sonrasında ve yirminci yüzyılın başlarında, işçilerin grev yaparak iş sözleşmelerini yerine getirmemeleri yalnızca sözleşme ihlali olarak görülmekle kalmadı, aynı zamanda mülk sahiplerinin mülklerini kontrol etme hakkının da ihlali sayıldı. Mahkemeler işçileri işe geri dönmeye zorlayan kararlar çıkardı ve mülk sahipleri işçilere karşı sözleşme ihlali davaları açarak bekledikleri gelirdeki kayıplarına eşdeğer zarar telafisi talep ettiler.

Mahkemelerin iş hukukuna ilişkin icrai karar verme yetkisini kısıtlayan 1932 tarihli Norris-LaGuardia Kanunu'nun ve işçilerin sendika kurma hakkını onayan 1935 tarihli Wagner Kanunu'nun geçmesiyle birlikte, iş sözleşmeleri işçiler ve işve-

renler arasında yalnızca kendi kendini sorumlu tutan yükümlülükleri yürütmeyi bıraktı. İşçilerin işverenlerden gelecek mîsillemeye ilişkin korkuları olmadan sendika kurabilme hakkı ‘Sarı Köpek’ gibi sözleşmelerin altında yatan resmî olarak ‘gönüllü’ imzalanmış fikirler buluşmasının cebre dayalı görülmesi anlamına gelmekteydi. Sendikalara katıldıkları gerekçesiyle sözleşmeleri sonlandırılan veya sonlandırmakla tehdit edilen işçiler artık zararları için dava açabilecek hatta nadir durumlarda kovuldukları için kaybettiklerinden fazlasını alabileceklerdi. Her iki tarafa da –genellikle istekleri dışında– iyi niyet içerisinde pazarlık yapmaya ilişkin toplumsal (kamusal) yükümlülük getirildi. Bu yükümlülük bilhassa madencilik, çelik ve toplu taşıma gibi toplumun refahına doğrudan etkisi olan kilit endüstrilerde yürütülüyordu.

Özetle, Yeni Düzen ilerledikçe tehdit ve kötü niyetli pazarlıkları içeren davalar gittikçe artan oranlarda –sözleşmeye dâhil olan tarafların birine karşı olmasa bile kamuya karşı– zarar olarak yorumlanmaya başladı. Büyük işçi grupları ve büyük işletmeler arasında hükümetin aracılık yaptığı anlaşmalar formalistlerin sözleşmeden anladığı şekilde kendisiyle ilgili ve kendi kendine yükümlülük bindiren sistemden uzaklaştırıldı. Ancak önceden sözleşme ile haksız fiil, özel hukuk ile kamu hukuku arasında rasyonel farklılık olarak görülen bu ihlaller yeni bir sorunun doğmasına neden oldu: Başka bir hukuki muhakeme modeli ile bu ihlalleri makul görmek mümkün müdür?

4. Araçsal Hukuki Muhakeme: Hukuk ve Ekonomi Hareketi

1930’ların ortalarında hukuki realizm, egemen hukuki muhakeme paradigması olarak formalizmin yerine geçmişti. Hukuki realistler, hukuki muhakemeyi gerçekçi olmadığı (kullanışsız) ve felsefi açıdan bağdaşık olmadığı gerekçesiyle

evrensel olarak reddettiler. Ancak, yerine neyin geçmesi gerektiği konusunda farklı fikirlerdeydiler. John Dewey gibi radikaller, formalistlerin savunduğu gibi bireysel özgürlüğe ilişkin rasyonel fikirler yerine, eşitlik ve topluluk gibi yaygın ahlak değerlerine uyan demokratik bir hukuki muhakeme anlayışını kabul etti. Bu nedenle hukuki muhakemeye yönelik popülist bakış açıları tamamen bilimsel olma iddiası taşıymıyordu. Karl Llewelyn gibi ılımlı realistler bu iddiayı taşıyan araçsal bir hukuki muhakeme anlayışını savunmaktaydı. Oliver Wendell Holmes Jr.'ın *The Common Law* (1881) adlı eserinde haksız fiil hukukunun öncü anti-ahlakçı yorumundan ilham alarak, hukuki muhakemenin her tür değerlerin uygulanmasında etkili bir yöntem sunan bilimsel bir teknik olduğunu ileri sürdüler. Özellikle *ahlak anlayışından bağımsız* hukuki teknolojinin kompleks bir ekonomiyi düzenlerken Yeni Düzen yöneticileri tarafından ihtiyaç duyulacak olan esnekliği sağlayacağını düşünmekteydiler.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında realist hukuki muhakemenin hem radikal hem ılımlı formları yerlerini gittikçe doğal hukuk temelli ve prosedür temelli formlara bırakmaya başlamış olmalarına rağmen, son zamanlarda değişmiş formlarda da olsa popülaritelerinde bir canlanma yaşanmıştır. Daha yeni ve daha radikal bir realizm formu Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinde belirlemeye başlamıştır. Bu esnada, hukuki muhakeme denklemi ve maliyet-kazanç hesaplaması tarafından yönlendirilen rasyonel seçim anlayışlarını savunan ılımlı realizm kendine hukuk ve ekonomi hareketi içerisinde yeni bir yer bulmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere, bu hareketin çoğu taraftarı düzenlenmemiş piyasaların rasyonel etkililiğini kabul etmek konusunda kendilerinden önce gelen realistlerden daha gönüllüdür. Ancak formalistlerin aksine, özel hukuku farklı dallara ayıran formel-kategorik ayrımların çoğunu reddederler. Bu ayrımlar gerçekten de hukukun tümüyle kamusal yararlık veya ekonomik etkililik bağlamında açıklanabileceğini ileri sürerek özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki kategorik farkı zayıflatır. Posner'in belirttiği üzere:

Common law'un özünde ekonomik olan doğası anlaşıldığında, öğreti bolluğu yüzeysel görünmektedir. Maliyet-kazanç analizi, bedavacılığın önlenmesi, belirsizlik altında karar verme, riskten kaçınma ve ortak fayda içeren mübadelelerin teşvik edilmesi gibi bazı ilkeler çoğu öğreti ve kararı açıklayabilir. (Posner 1990: 361).

4.1. Etkililik ve Ekonomik Rasyonalite

Ana akım neo-klasik ekonomiye göre, kişiler kendi genel refahlarını mümkün olan en etkili veya en ekonomik şekilde maksimize etmek amacıyla hareket eder. Bireylerin kendi iyiliklerinin en iyi hâkimi olduğu varsayılır, bu nedenle mutluluk anlayışı kişiden kişiye değişecektir. Bu farklılıklara rağmen neo-klasik ekonomistler kişinin refahını ilgilendiren her faktörün –ister kuvvetli dinî inançlar olsun ister yaşamın kendisi– o kişi için bir değeri olduğunu ve bu değer söz konusu kişinin bu değeri vermek veya almak için kabul edeceği para miktarına eşdeğer olduğunu varsayarlar. Neo-klasik ekonominin temelinde yatan ilk varsayım budur.

İkinci olarak, neo-klasik model her eylemin maliyet ve kazanç ile geldiğini varsayar. Ekonomistler *marjinal* maliyet ve kazanç veya bir bireyin zaten sahip olduğuna eklenen veya ondan çıkarılan maliyet ve kazançlar ile ilgilenir. Herhangi bir eylemin marjinal maliyetinin parçası başka bir kazançlı eylemden feragat etmenin *fırsat maliyetidir*. Genel olarak bir şeyi yapmak veya bir şeye sahip olmak ile gelen marjinal kazançlar eklenen her kazançla birlikte azalır.

Bir somun ekmeğin açlıktan ölmek üzere olan bir insan için ölüm ve yaşam arasındaki farkı temsil ettiğini düşünelim, yirmi somuna kadar eklenen her bir somun söz konusu kişiye azalan oranlarda kazanç sağlamaya devam eder. Yirminci somun hiçbir ek kazanç sağlamaz ve yirmi birinci somun bu kişiye rahatsız edici şekilde şişkin hissettirir, sı-

fırın altında bir marjinal kazanç sebep olur. Yani marjinal kazanç yirminci somunda maksimuma erişmiştir. Şimdi de ekmek yemenin sağlıklı bir sindirime sahip olmak için gerekli olan egzersizden uzak kalmak anlamına geldiğini farz edelim. Egzersiz yapmamanın marjinal maliyetinin her bir somunun tüketiminin ardından onuncu somunu yemenin marjinal kazancına eşdeğer hâle gelene kadar arttığını varsayalım. Net kazancını maksimize etmek için, açlıktan ölmek üzere olan kişinin onuncu somundan sonra yemeyi bırakması ve egzersiz yapması gerekir.

Üçüncü olarak, rasyonel aktörler maliyet oluşumu ve kazanç elde edinimi ihtimallerini hesaplar. Eyleme geçmenin *beklenen* kazancı tam kazancın ihtimal ile çarpımıdır. Eğer X yaparak 100 dolar kazanma şansım yüzde 50 ise o zaman X yaparak elde edeceğim beklenen kazanç 50 dolardır.

Bu üç varsayım tarafından yönlendirilen politika belirleyiciler kaynakların dağılımının belli bir toplumda beklenen net kazancını hesaplar. Bentham'ın yararcı anlayışı bu hesabı belli bir kaynak dağılımının toplumda yaşayan her bir kişiye sağlayacağı acı ve hazzı karşılaştırarak yapar. Bu yöntemin problemi bir kişinin belli bir kaynak dağılımı nedeniyle deneyimlediği acı ile başka bir kişinin deneyimlediği acıyı kıyaslamamanın bilimsel bir yolu olmamasıdır.

Ekonomistler bu sorunu çözmek için Vilfredo Pareto tarafından geliştirilen bir etkililik standardı kullanırlar. Y'ye kıyasla X dağılımında en az bir kişi daha çok kazanç elde ediyorsa ve Y'ye kıyasla X dağıldığında kimse daha yoksul bırakılmıyorsa, X dağılımının Y'ye kıyasla *Pareto üstün* olduğu söylenir. Eğer birini daha yoksul bırakmadan en az bir kişiyi daha kazançlı yapabilen tek bir dağılım dışında başka bir dağılım yoksa bu dağılıma *Pareto optimumu* denir.

Dağılımların Pareto etkin olup olmadığını öznel psikoloji değil, davranış değişikliği belirler. Davranış değişikliğini kullanarak *Pareto üstünlüğünü* tasvir etmek için, her birinin diğerinin istediği bir şeye sahip olduğu iki kişilik bir toplum

hayal edin (Y dağılımı). Eğer diğ erinin istediğ i nesnel eri gö nüllü olarak değ iş tokuş ediyorlarsa (dağ ılım X) o zaman en az birisi öncekinden daha kazançlı olacaktır, diğ eri ise öncekine kıyasla zararlı çıkmayacaktır. Bu nedenle X dağılımı Y'den üstündür. Eğer hiçbir şey değ iş tokuş etmezlerse, Y Pareto optimumudur; çünkü her biri sahip olduklarından memnundur.

Pareto etkililiğ i standartlarını uygulamak için temel olarak bu değ iş tokuş u kullanmakla ilgili problem söz konusu değ iş tokuş üçüncü kişileri etkilediğ i an başlar. Bu üçüncü kişiler söz konusu değ iş tokuş a taraf olmadığından, bu değ iş tokuş un söz konusu kişileri zarara uğratıp uğratmadığını bilmenin –psikolojik sorgudan başka– bir yolu yoktur. Dahası, neredeyse tüm sosyal politikalar en az bir kişiyi olumsuz etkiler. Pareto etkililiğ i bu politikaları değ erlendirmeye ilişkin hiçbir kriter sunmaz. Ekonomistler Kaldor-Hicks kriteri olarak bilinen kriteri kullanarak daha iyi bir dağılımdan faydalanan kişilerin böyle yapmamayı tercih etseler dahi prensipte kaybedenlerin kaybını telafi edebileceğini ileri sürerek bu sorunu savuşturmaya çalışır. Kaynakları yeniden dağıtmanın X ve Y şeklinde iki olası yolu olduğunu varsayalım. Y'ye geçmek P kişisine 300 dolar ve Q kişisine 200 dolar kazanç sağlamaktadır. X'e geçmek ise P kişisine 1000 dolar kazanç sağlarken Q kişisine 300 dolar zarara neden olmaktadır. Y'ye kıyasla X daha etkilidir; çünkü X uygulanırsa P kişisi Q'nun toplam 500 dolarlık kaybını (200 dolar + 300 dolar) telafi edebilir ve yine de Y uygulamasına kıyasla 200 dolar daha fazla kazancı kalır. Yani bu dağılım toplam yararı maksimize eder, yarar ise bu durumda kişisel mutluluk miktarını arttırmak yerine para miktarını arttırmak olarak yorumlanmaktadır.

Posner etkililik için Kaldor-Hicks kriterini kullanarak piyasa temelli dağılımların genellikle piyasa temelli olmayan dağılımlara kıyasla daha etkili olduğunu ileri sürer. Bunu kanıtlamak için birine göre bir şeyin taşıdığı değ er o kişinin

söz konusu şey için ödemeye gönüllü olduğu para miktarına tekabül ettiğini savunan standart neo-klasik aksiyoma başvurur. Posner, sosyal serveti maksimize etmenin sosyal değeri de maksimize edeceğini ileri süren Kaldor-Hicks kriterini kullanarak ve böylece prensipte herkesi daha kazançlı hâle getirerek, piyasa işlemlerinin sosyal refahı maksimize ettiği sonucuna varır. İleri sürdüğü üzere, bir şeye en çok değeri biçenler –ve en yüksek meblağı vererek veya talep ederek biçtikleri değeri göstermeye gönüllü olanlar– söz konusu şeyi kâr amaçlı kullanmak için en iyi konumdadırlar; yoksa söz konusu şeyi daha yüksek bir kâr amacıyla kullanabilecek daha yüksek fiyata veren bir teklif sahibine boyun eğerdilerdi.

4.2. *Ekonomi ve Sözleşmeler*

Posner, sözleşmeleri ve haksız fiilleri yöneten hukukun –esasında genel olarak bir yığın kanun– ekonomik rasyonalite bağlamında açıklanabileceğini ileri sürer. Örneğin ihlal durumunda zararları tazmin ederek sözleşmelerin yerine getirilmesini garanti altına alınır; çünkü sözleşmeler genelde sermayeyi maksimize eden piyasa işlemlerini kolaylaştırır. Beklentiye dayalı olarak telafi vermek etkilidir; çünkü bu durumda taraflar ancak sözleşmeyi ihlal etmenin getireceği kazanç sözleşmenin yerine getirilmesi hâlinde tarafların edinmesi beklenen kazançlar daha yüksekse sözleşmeyi bozarlar. Bu kurala göre, bu kişiler ihlalden doğan kayıplarına ilişkin tazminattan daha fazlasını alabilirler. Baskı altında yapılmış sözleşmeleri feshetmek etkilidir; çünkü baskıcı sözleşmelerde baskı altındaki kişi sözleşmenin kendisi için en iyi seçenek olduğunu düşünmez. Son olarak, ivaz doktrini etkilidir; çünkü tarafların bir ön para transferi ile taahhüt vermesini sağlar. Bu resmî taahhüt mahkeme vaktinden ve boş sözleri yürütmek zorunda kalmaktan kaynaklı paradan tasarruf ettirir.

4.3. Ekonomi ve Haksız Fiiller

Hukuk ve ekonomi yaklaşımının en çarpıcı özelliklerinden biri haksız fiil hukukunun formalist yorumunda bulunan belirli ahlaki varsayımları reddetmesidir. Formalistlere göre haksız fiil hukukunun amacı adalettir: Kişileri diğerlerinde neden oldukları zarardan ahlaki olarak sorumlu tutmak. Haksız fiil hukuku uyarınca biri zarara uğrar ve bu zararın bedelini başkası öder. Formalistlere göre, bu ‘başkası’ davacının özen yükümüne aykırı davranarak zarara *neden olduğunu* ileri sürdüğü kişidir.

Hukuk ve ekonomi ise ileriye bakan, yararçı bir bakış açısıyla haksız fiil hukukunun amacının farklı olduğunu düşünür: Hasar ve kazalar nedeniyle toplumun karşılaştığı zararların en aza indirgenmesi. Bu bakış açısına göre, sorumluluğu değerlendirmek her zaman değerlendirmekten daha etkin değildir. Elbette bazen daha etkin olduğu da olabilir; çünkü hangi hasardan kimin sorumlu olduğunu her zaman bilmemiz mümkün olmaz. Göreceğimiz üzere, haksız fiil hukuku nedensellik ile ilgili birkaç kuram geliştirmiştir ve bu kuramların hiçbiri için tam anlamıyla sorunsuz denemez. Bazı hukuk ve ekonomi taraftarlarının geliştirdiği daha radikal bir bakış açısına göre, *gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin* hukuku veya mülkün uyumsuz kullanımı, gibi durumlarda olduğu gibi nedensellik, özen yükümünün ihlali ve sorumluluk tayini gibi unsurlar bazen konuyla ilgisiz hâle gelir ve onlara göre bu mülkün uyumsuz kullanımı modelini tüm haksız fiillere uydurmak mümkündür. Dahası, her eylemin –hukuka uygun olanların bile– maliyet (zarar) ve kazanç oluşturduğunu, bu nedenle özel hukuk temelli hukuka aykırı bir fiili düzeltme eyleminin bile masraflı (ve zararlı) olduğunu ileri sürerler. Zararlar ve bu zararları hafifletmek üzere tasarlanmış hukuki eylemlerin karşılıklı doğası göz önünde bulundurulduğunda, her zararlı eylemi haksız fiil olarak nitelendirmenin ekonomik

olarak maliyet açısından her zaman kazançlı olmadığı sonucuna varmışlardır. Bu eylemlerin bazılarında sorumluluk atfedilmemesi durumunda, normalde bir hukuk davasında karşı karşıya gelebilecek tarafların söz konusu anlaşmazlığı kendileri ve toplum için ekonomik açıdan avantajlı olacak şekilde çözeceğini düşünmektedirler.

4.4. *Ihmal ve Gerekçenin Reddi*

İleriye bakan hukuk ve ekonomi yaklaşımına devam etmeden önce, haksız fiil hukukuna ilişkin klasik *common law*'un altında yatan özen yükümünün ihlali, sorumluluk ve nedenselliğe ilişkin geriye bakan kavramları incelememiz gerekir. Hukuk ve ekonomi yaklaşımı hâkimlerin bu kategoriler uyarınca mantık yürütmeyi bırakmasını söylememektedir. Ancak bu kavramları kullanmalarını ahlaki bir hak edişten ziyade ekonomik yararlılık bağlamında açıklar. Dahası, hukuk ve ekonomi yaklaşımı zaman zaman, en azından sorumluluğa ilişkin yargısal tespitin konuyla daha az ilgili (gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin hukukta olduğu gibi) veya kolay kolay bilinemeyecek olduğu davalardaki gibi, hâkimlere ekonomik muhakemeyi klasik muhakemenin yerine koyarak karar vermelerini söyleyecektir.

Dördüncü bölümde belirtildiği gibi, sorumluluk ceza kanununda çok önemli bir rol oynar. Özellikle mahkemeler tehlikeli eylemler gerçekleştiren veya zararlı ürünler satan kişilerin, eylemlerinin özen yükümünü ihlalden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, neden oldukları zararlara ilişkin katı şekilde kusursuz sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulmaları gerektiğine gittikçe artan oranlarda hüküm vermektedir. Bu görüşü desteklemek için iyi ekonomik gerekçeler bulunabilecek olsa da bu bakış açısı kişilerin yalnızca tahmin edilebilir sonuçları olan ihmallerden sorumlu tutulabileceğine ilişkin –hukukun üstünlüğü ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan– varsayımı göz ardı eder.

Kusursuz sorumluluk yaklaşımının aksine, *common law* genellikle kişileri özen yükümünü ihlalden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutar. Özen yükümünü ihlal ise diğerlerine makul özen gösterme konusunda başarısız olma olarak tanımlar. Haksız fiil hukukundaki makuliyet standardı ortalama bir insan için makul olmalıdır; ancak çocuklar ve engelliler (kör, sağır veya zihinsel engelli) müstesnadır.

Nedensellik ilkesi biraz daha alengirlidir. *Lynch v. Fisher* (1949) davasını ele alalım. Davalı Fisher benzini biten kamyonetini özensizce yola park eder. Fisher benzin istasyonu ararken Bay Gunter'ın hızlı kullanmakta olduğu aracı kamyonete çarparak Bay Gunter'ın eşinin yaralanmasına neden olur. Davacı Lynch, Gunter ailesine yardım etmek için aracını durdurur ve arabalarında dolu bir silah olduğunu fark eder, bu silahı akli dengesi geçici olarak bozulmuş olan Bay Gunter'a verir, o da Lynch'i ayağından vurur.

Lynch'in iddia ettiği—ve Louisiana Temyiz Mahkemesi'nin onayladığı—üzere, ayağının yaralanmasından Fisher sorumlu tutulmalıdır; çünkü (a) Gunter'ın akli dengesi bozulmuştur ve yaralanmanın 'yaklaşık' veya doğrudan nedeni olarak sorumlu tutulamaz ve (b) Fisher ilk aşamada ihmalkâr davranmamış olsaydı vurulma vakasına kadar giden bu olayların hiçbiri yaşanmamış olacaktı. Fisher bu sebeple sorumlu tutuldu; çünkü eylemi yaralanmanın doğrudan nedeni olmasa bile Lynch'in yaralanması için *gerekli bir şarttı* (veya *eylemin gerçekleşmesi için neden teşkil ediyordu*).

Fisher'ın ihmalkârlığının nedensellik zincirini başlatan unsur olmadığına ilişkin itirazlar gelebilir. Zira Lynch'in yaralanmasının gerekli unsurlarından biri de Gunter'ın hız yapıyor olmasıydı. Mahkeme Gunter'ın 'aşırı, makul olmayan ve yasal olmayan hızda' araç kullanımının Fisher'in ihmalden daha önemli olduğuna ve bu nedenle kazayı başlatan unsur olduğuna da karar verebilirdi. Bu durumda devamında yaşanan olaylardan Gunter sorumlu tutulurdu.

Mahkeme nedensellik zincirini Fisher'ın ihmaline kadar

geriye götürmeye karar verdiğinden –[Fisher’ın ihmali Lynch’in yaralanmasına] bağlayan zincirin adım adım tamamlandığını ve bir bütün olduğunu ileri sürdü– Gunter’ın olaya katkısını Lynch’in yaralanmasının ‘yaklaşık’ nedeni olarak daha aza indirgemeyi tercih etti. Eğer mahkeme Lynch’in yaralanmasını mümkün hâle getiren ilk şartı arıyorsa, nedensellik zinciri daha da geriye götürülebilirdi. Örneğin Louisiana Eyaleti’nin Fisher’a sürücü ehliyeti vermesi Lynch’in yaralanmasına kadar giden nedensellik zincirini başlatmak için eşit derecede gerekli bir unsurdu. Ancak mahkeme Lynch’in yaralanmasından Louisiana’yı sorumlu tutmayı uygun görmedi. Bu da demektir ki mahkeme yaralanmayı başlatan neden olarak Fisher’ın ihmali tercih ettiğine göre, gerekli koşuldan başka bir şey arıyor olmalıdır.

Mahkemenin aradığı unsur yaralanmanın *yakın nedeni*dir. Bu kavram neden olarak sayılacak değil yeterli sayılan herhangi bir koşulu ifade eder. Bu davada, –diğer tali etkenler olmaksızın– Lynch’in yaralanması için yalnızca Gunter’ın silahı ateşlemesi yeterlidir. Peki, mahkeme neden Gunter’ı nedensellik açısından yükümlü tutmadı?

Bunun nedeni Gunter’ın akli olarak dengesiz olduğuna karar verilmesidir. Mahkemeler, yaklaşık nedenselliği olaya neden olan failin eylemlerinden kaynaklanan sonuçlara ilişkin sorumluluğu bağlamında tanımlar (*Age.*: 557). İlk olarak davalının neden olduğu yaralanmanın davalının gerçekleştirdiği eylemin sonucu olarak öngörmüş olabileceği bir eylem olması gerektiğini savunurlar. Fisher’ın özensizce park etmesinden kaynaklı olarak gerçekleşebileceğini öngörmüş olması gereken türde bir yaralanma, bir araba kazasıdır; silah kazası değil. Bu nedenle bu mantıksal muhakemeden yola çıkarak Fisher’ın Lynch’in yaralanmasından sorumlu *tutulmaması* gerekir.

İkinci olarak, mahkemeler bir yaralanma türünün fail söz konusu yaralanmaya neden olan olaylar dizisini tam olarak öngörmeden de öngörülebileceğini savunurlar. An-

cak özensiz bir eylemi öngörülebilir türde bir yaralanmaya bağlayan nedensellik zincirinin tali etkenlerle kırılabileceğini de savunurlar. Fisher kaza ve vurulma olayına neden olan olaylar zincirini tam olarak öngörememiş olsa da bir şekilde kaza olabileceği ihtimalini öngörmüş olabilirdi. Yalnızca bu durum bile Mahkeme'yi Fisher'in eyleminin Lynch'in yaralanmasının 'uyuşan' yaklaşık nedeni olduğuna ikna etmeye yeter gibi görünmektedir. Fisher'in aracı özensiz park edişi ile başlayan ve Lynch'in yaralanmasına kadar giden nedensellik zincirinin Gunter'in dikkatsiz araba kullanımı ve aracında dikkatsizce silah bulundurması gibi müdahaleci nedenlerle yıkıldığını ileri sürmek de mümkündür. Bu durumda Lynch'in yaralanmasından –Fisher *değil*– Gunter'in sorumlu tutulması gerekirdi. (İlginç bir şekilde, mahkeme yalnızca Gunter'in Lynch'i vurmasını değerlendirmiştir, dikkatsiz araba sürmesini olası bir müdahaleci neden olarak değerlendirmemiştir.)

Üçüncü olarak mahkemelerin savunduğu üzere, bir kişinin yaralanmasına neden olan özen yükümüne aykırı bir eylemin yaklaşık neden sayılabilmesi için neden olan failin kendi eylemlerinin yarattığı risk alanına başka bir insanın girebileceğini öngörmüş olabilmesi gerekir. Gunter, karısı ve diğer sürücüler Fisher'in özensiz parkı nedeniyle oluşan risk alanının içerisindeydiler, peki ya Lynch? Mahkeme onun da söz konusu alanda olduğuna kanaat getirdi. Bu mantıksal muhakemeyi izleyerek Fisher, Lynch'in yaralanmasından sorumlu tutulabildi.

Son olarak, mahkemeler anormal yaralanma veya normal şartlarda gerçekleşmeyecek yaralanmalar için davalıların sorumlu tutulabileceğini savunurlar. 'Çıtkırıldım kafatası' adlı doktrine göre, özen yükümüne aykırılıkla bir kişinin düşmesine neden olan bir davalı düşme eylemi nedeniyle davacının yaşadığı tüm yaralanmalardan mesuldür, örneğin bu yaralanmalara davalının anormal şekilde ince olan kafatasının kırılması da dâhildir. Ancak mahkemeler bu ilkeyi uygular-

ken her zaman tutarlı değildirler. Özellikle söz konusu hasar kazadan çok sonra yaşanırsa veya hasarın birden fazla nedeni varsa (bir bisikletlinin yasal olarak zorunlu tutulan kaskını takmaması sonucu dikkatsiz bir yayayla çarpışması ve bunun sonucunda bir süre sonra beklenmedik bir şekilde elden ayak-tan düşüren bir pıhtı sorunu yaşamaması gibi). Vurulmadan bir yıl sonra Lynch'in bacağına silahla yaralanması nedeniyle ampüte edilmesinin gerektiğini varsayalım. Şimdi de eğer Lynch'in zaten önceden bir bacak problemi olmasa bunun yaşanmayacağını varsayın veya belki ayağından vurulmasaydı bile söz konusu hastalık nedeniyle bacağına ampüte edilmesi gerekirdi. Fisher'ı Lynch'in vurulmasından sorumlu tutan mahkeme Fisher'ın sorumluluğunu makul bir biçimde yalnızca Lynch'in ayağına gelen hasarla sınırlandırabilirdi.

Yaralanmalara ilişkin nedensellik sorumluluğunu belirleyen mahkemelerin kullandığı normallik kavramı yaklaşık nedenler ile diğer gerekli şartlar arasında ayırım yapmak için önemli bir rol oynar. H. L. A. Hart ve A. M. Honoré tarafından geliştirilen bir hukuki nedensellik kuramına göre, A olayı B olayı için gerekli şartların normal arka planında yoksa *ve* A'nın yaşanması diğer *anormal* durumların müdahalesi olmaksızın B'ye neden olmaya yeterliyse, A olayının B olayına neden olduğu söylenir. Bu normallik kavramını kullanarak, Fisher'ın Lynch'in yaralanmasından sorumlu olmadığı söylenebilir. Fisher'ın yolun kenarına özensiz park yapması sürücülerin deneyimlemeyi beklediği normal arka plan değildir. Bu nedenle Fisher'ın park eylemi kesinlikle kazanın yaklaşık nedeni olarak değerlendirilmeye adaydır (Gunter'ın anormal şekilde dikkatsiz araba kullanması ile birlikte). Ancak Hart/Honoré kuramına göre, Fisher'ın park eylemi Lynch'in yaralanmasının tek yaklaşık nedeni değildir; çünkü eğer sonrasında gerçekleşen diğer üç anormal şartın müteakip müdahalesi olmasaydı, yalnızca park eylemi kazaya neden olamazdı: Gunter'ın dikkatsiz araba kullanması; bunun ardından akli dengesini yitirmesi ve Lynch'in Gunter'a olağan dışı şekilde silah vermesi.

Mahkemeler yükümlülüğü belirlerken bazen başka nedenlerle de nedensellik ilkesini kullanırlar. Örneğin zaman zaman tıbbi hata vakalarında nedensellik kanıtından feragat edilir, bu vakalarda büyük bir ihmale ilişkin kanıt kendi başına yaralanma sorumluluğu oluşturmaya yeterlidir. Elbette söz konusu ihmal yaralanmayla tamamen ilgisiz olmaz. Ancak hastanın durumundan kaynaklanan çok fazla anormal şartın müteakip müdahalesi nedeniyle mahkemeler yalnızca tıbbi ihmalin söz konusu yaralanmaya neden olduğuna kanaat getirebilir.

Tehlikeli madde üreticileri de ihtilaf konusu zarar görme ile ürünlerinin kullanımını birbirine bağlayan güçlü nedensellik bağının olmaması durumunda kişilerin gördüğü zarardan sorumlu tutulabilmektedirler. Aşırı sigara tüketiminin etkileri, hava kirliliği ile kansere ve yüksek tansiyona genetik yatkınlık gibi diğer arka plan şartlarından pek çok sigara içen kişinin yaşadığı akciğer kanserinin kesin gerekçesi olarak tasdiklenebilecek kadar ayırt edilebilir nitelikte değildir. Ancak sigara üreticilerinin sigara içmekle ilgili kanserojen riskleri gösteren verileri gizlemeleri ve ürünlerine bağımlılık yapıcı maddeler ekleme kararı ağır şekilde ihmalkâr davranışlardır ve tek başına bu durum bile üreticileri sorumlu kılmaya yeter.

Sigara üreticilerine karşı açılan grup davaları nedensellik ile ilgili başka bir problemi gözler önüne sermektedir. Sigara içmek davacıların bir kısmının mustarip olduğu akciğer kanserinin olası nedeni olarak kanıtlanmış olsa bile, zarara hangi sigara üreticisinin ne derece neden olduğunu nasıl bilebiliriz? Bu sorun dönüm noktası niteliği taşıyan iki dava ile çözülmüştür. *Summers v. Tice* (1948) davasında, iki avcının eş zamanlı iki atışından hangisinin davacının gözüne geldiğini anlamak mümkün olmamıştır. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi özen yükümüne aykırı atışı nedeniyle zarara neden olan sanığı davacının tespit etmesi gerektiğine ilişkin normal ispat yükünün bu davada tersine çevrilmesi gerektiğini ilan etti. Buna göre, sanıkların her biri *Summers*'ı vura-

nın kendisi olmadığını kanıtlaması gerekiyordu, aksi takdirde ikisi de sorumlu tutulacaktı.

Alternatif sorumluluk doktrini adı verilen kavram başka bir dönüm noktası davada yeniden gündeme geldi. *Sindell v. Abbot Labs vd.* (1980) davası sabah bulantısı tedavisinde kullanılan *dietilstilbestrol* (DES) üretimini konu ediniyordu. Judith Sindell annesinin DES kullanımından kaynaklı prenatal bir koşul nedeniyle kansere yakalandığını ileri sürdü; ancak annesinin DES üreten on bir firmadan hangisinin ilacını kullandığını bilmiyordu. Bir alt mahkemenin kararını bozan Yüksek Mahkeme, davalıların kullanılan ürünün kendi ürünleri olmadığını kanıtlayamaması durumunda, davalıların her birinin davacının annesinin ürünü satın aldığı dönemde piyasadaki DES satışında sahip olduğu pazar payı oranında sorumlu olduğunu ileri sürdü (davalılardan biri kendi ürününün Sindell doğduktan sonra satıldığını göstererek ispat yükünü karşıladı).

4.5. Sorumluluk ve Ekonomik Etkililik:

Hand Formülü ve Coase Teoremi

Hukuk ve ekonomi yaklaşımının savunucuları özen yükümünün ihlalinin (kusursuz sorumluluk meselesinde olduğu gibi) ve nedenin (alternatif sorumluluk meselesinde olduğu gibi) gözden düşüşüne nasıl bakmaktadırlar? Göreceğimiz gibi, bazıları (mesela Posner) bu gelişmelerden üzüntü duymaz. Bazıları ise esef duyar; ancak bunun nedeni ihmal yoluyla zarara neden olan kişilerin zarar verdikleri şahısları adil şekilde tazmin etmesini gerektiren ahlaki sezgilerimizin bu gelişmelerle ihlal edilmesi değildir. Diğerleri esef duyarlar; çünkü özen yükümünün ihlali ve nedensellik kavramlarının haksız fiil hukukunun asıl amacının bölünmez parçaları olduğuna inanırlar: Bu amaç sosyal kaynakların dağılımını maliyet bakımından kazançlı olacak şekilde sağlamaktır.

Bu, maliyet-kazanç dengesi muhakemesinin eski (adalet veya hak etme temelli) haksız fiil kuramlarında da önemli roller oynadığını inkâr anlamına gelmemektedir. Böyle bir muhakeme kimin (daha) ihmalkâr olduğunu karar vermemize yardımcı olur. *Gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasını* veya mülkün uyumsuz kullanımını içeren davalarda, özen yükümünü ihlal kavramı sosyal maliyet ve kazançları hesaplayamamak anlamına gelmektedir.

Hâkim Learned Hand'in ortaya koyduğu kurala göre, bir davalı ancak davacıya gelen zararı önlemenin maliyeti zararın kendisinin maliyetinden daha düşükse özen yükümünü ihlal etmiştir. Sahip olduğum trenlerin oluşturduğu kıvılcımların bir yangın çıkararak Çiftçi Y'nin 100.000 dolarlık ekinlerini yok etmesine dair %1'lik bir risk olduğunu varsayalım. Buradan hareketle, Çiftçi Y'nin ekinlerine ilişkin beklenen hasar 1000 dolardır. Demiryolumun her iki yanına 800 dolara yangın duvarı inşa ederek kıvılcımları engelleyebilirim. Bu şartlar altında, bu önlemi almamam ve trenlerimin neden olduğu kıvılcımların Y'nin ekinlerini yakması benim özen yükümüne aykırı davrandığım anlamına gelir.

Çağdaş ekonomistler Hand'in formülünün etkililiğine karşı çıkacaktır; çünkü bu formül yalnızca bir yangın duvarını *tamamen* inşa etmeyi değerlendirir, *kısmen* inşa etmenin marjinal maliyet ve kazancını değerlendirmez. Komşumun ekinlerine ilişkin beklenen hasarı azaltmadan önce bir yangın duvarı inşa etmek için en az 500 dolar harcamam gerektiğini varsayalım. Eğer bunu yaparsam, beklenen hasarın 1000 dolardan 50 dolara ineceğini farz edelim. Bu noktada toplam beklenen *sosyal* maliyet (benim tamir maliyetlerim ve komşumun ekinlerine beklenen zararın maliyeti) 550 dolardır, yani tam bir yangın duvarı inşa etme maliyeti olan 800 dolardan 250 dolar daha kârlıdır. Bu nedenle bir noktaya kadar yangın duvarı inşa etmek, duvarı tamamlamaktan daha etkilidir. Eğer duvarı tamamlamak için harcayacağım bir sonraki dolar, duvarın beklenen ekin hasarını bir dolar-

dan daha fazla azaltmıyorsa, duvarı bu noktaya kadar inşa etmek maksimal şekilde etkilidir. Bu nedenle yapılabilecek en etkili eylem kısmen yangın duvarı inşa etmek için 500 dolar harcamaktır. Eğer bunu yaparsam ve trenlerimin neden olduğu kıvılcımlar beklenenden daha fazla zarara neden olursa özen yükümüne aykırı davranmış sayılmamam gerekir; çünkü zaten etkili bir şekilde hareket etmişimdir.

Yukarıdaki örnek *common law*'un özen yükümünün ihlali ve nedensellik kavramlarını sosyal etkililik bağlamında nasıl gerekçelendirebileceğini açıklamaktadır. Ancak, hukuk ve ekonomi yaklaşımının bazı destekçileri daha radikal bir teoriyi savunmaktadır. Coase Teoremi (Şikagolu ekonomist George Stigler'ın, Ronald Coase'nin *The Problem of Social Cost* [1960] başlıklı çığır açan makalesinde yer alan devrim niteliğindeki fikirlere verdiği isim) olarak da bilinen bu yaklaşım *common law*'un özen yükümünün ihlali ve sorumluluk anlayışının yalnızca bazen ve belirli koşullar altında etkili olduğunu ve etkililik kaybı olmadan tamamen terk edilebileceğini savunur.

Yükümlülük sorununu formüle etmenin klasik yolu ihmalkâr tarafı (mesela sigara içerek havayı kirleten biri) para cezası, vergi veya men etme gibi yollarla indirgenebilecek sosyal maliyete neden olan unsurlar olarak ele almaktır. Coase, bunun olaya yanlış bakmak olduğunu ileri sürer. Ona göre, "Bir hakkı kullanma maliyeti daima başka bir yerde o hakkın kullanımının sonucunda yaşanan kayıptır: Karşıya geçememek, aracı park edememek, ev inşa edememek, bir manzaranın tadını çıkaramamak, huzurlu ve sakin vakit geçirememek veya temiz hava soluyamamak" (Coase 1960: 22-3). Başka bir deyişle sosyal maliyete neden olmak her zaman *çift taraflı* bir durumdur; çünkü zararlı bir eylemi azaltmak zararlı eylemin sağladığı faydalarda azalma ve para cezası, vergi ve tedbir kararlarının uygulamasıyla ilişkili maliyetler gibi daima başka zararlara (sosyal maliyetlere) neden olur. Bazı durumlarda, hükümet yönetmelikleriyle

ilişkili toplam sosyal maliyetler en etkili (zararlı eylemin devam etmesine izin verme ve etkilenen tarafların sorunlarının çözümünü kendilerine bırakmanın toplam sosyal maliyetlerinden daha az) olabilir. Başka durumlarda ise böyle olmayabilir. Daha önemlisi, kamu davalarını değerlendirirken bazen sorumluluğu saptamak etkili olurken, diğer zamanlar bu eylem etkili olmayabilir; çünkü etkilenen taraflar kendi ihtilaflarını kendi aralarında çözebilirler.

Yangın tehlikesi örneğimiz hem *sosyal* maliyetlerin iki taraflı doğasını hem de sorumluluk saptamaksızın elde edilen olası etkililiği yansıtmaktadır. Eğer demiryolumun yanlarına bir yangın duvarı inşa etmezsem Y'nin üzerine 1000 dolarlık beklenen ekin kaybı yüklemiş olurum; ancak yangın duvarı inşa etmek bana 800 dolara mal olur. Hand'in formülüne göre, ben duvarı inşa etmekle yükümlüyümdür; çünkü Y'nin zararı benimkinden çoktur (yangın duvarı inşa etmek topluma her şeyi olduğu gibi bırakmaktan daha az mal olmaktadır). Ancak mahkemenin beni sorumlu tutmadığını farz edelim. Şimdi top Y'dedir. Y duvarı inşa etmem için bana ödeme yapabilir veya çiftliğini işletmek için harca-yacağı parayı en iyi diğer seçenek olan köpek kuaförlüğüne yatırım yapmakta kullanabilir. Y'nin çiftçiliğe 90.000 dolar yatırım yaparak 10.000 dolarlık bir kâr ile 100.000 dolar kazanmayı beklediğini varsayalım. 90.000 dolarını köpek kuaförlüğüne yatırım yapmaya harcayarak yalnızca 98.900 dolar kazanmayı beklemektedir, kârı ise 8900 dolar olur. Bu meblağ benim demiryolu işlemimden kaynaklı 1000 dolarlık beklenen ekin kaybı hesaba katıldıktan sonra çiftliğinden elde etmeyi umduğu 9000 dolardan 100 dolar eksik.

Bu nedenle Y yangın duvarı inşa etmem için bana ödeme yapacaktır (bu inşaatın benim mülküm üzerine yapılacağını varsayıyoruz) ve ben de Y'nin teklifini kabul ederim. Y'nin 800 dolarlık yangın duvarı inşa etme teklifine karşı kayıtsız olabilirim. Ancak 800 dolardan yüksek bir teklife kayıtsız olamam; çünkü bu meblağın üstündeki miktarlar

benim toplam kârımı arttırır. Y yangın duvarı inşa etmem için 1000 dolara kadar teklifte bulunabilir, bu miktar Y'nin beklediği ekin kaybına eşdeğerdir. Her durumda Y ve ben 800 ilâ 1000 dolar arası bir teklifte anlaşırız; çünkü bu şekilde her ikimiz de kazançlı çıkarız.

Ancak Coase buraya bir uyarı düşmektedir. Yukarıdaki örnek piyasa işlemleriyle ilgili sosyal maliyetleri hesaba katmamaktadır:

Piyasa işlemleri yürütmek için bireyin kiminle anlaşmak istediğini belirlemesi, anlaşma yapma isteği ve söz konusu anlaşma şartları konusunda diğerlerini bilgilendirmesi, pazarlığa giden görüşmeler gerçekleştirilmesi, sözleşme yapması, sözleşme şartlarına uyulduğundan emin olmak için incelemeler yapması gibi eylemler gerçekleştirilmesi gerekmektedir. (Age.: 7)

Y'nin benim mülkümde yangın duvarı inşa etme konusunu görüşmek için bir avukata 400 dolar ödemek zorunda olduğunu varsayalım. Bu durumda yangın duvarı inşa etmek için ödemesi gereken toplam maliyet en az 1200 dolar olacaktır (800 dolar + 400 dolar), bu da beklenen kârını 8800 dolara düşürür, yani beklenen 1000 dolarlık ekin kaybına müsaade ederek kazanacağından 200 dolar daha az. Bu durum benim sorumlu tutulduğum duruma kıyasla sosyal açıdan daha az etkilidir. Çünkü benim sorumlu tutulduğum durumda ben 800 dolarlık bir yangın duvarı inşa etmekle sorumlu tutulurdum, bu da Y'nin beklenen ekin kaybına kıyasla 200 dolar daha az maliyetli olurdu. Yani yangın duvarı inşa edildiğinde toplum 9200 dolar kazanır, inşa edilmediğinde ise 9000 dolar kazanır.

Ancak bu bakış açısı yangın tehlikesi vakalarında toplumun daima demiryollarını sorumlu tuttuğu gerçeğiyle örtüşmemektedir. Örneğimize dönecek olursak, hiç işlem maliyeti olmadığını varsayalım. Eğer yangın zararından daima demir-

yolları sorumlu olmasaydı, Y yalnızca beklediği kâr beklenen 1000 dolarlık ekin kaybından ve en iyi ikinci seçeneğe yatırım yaparak edinebileceği kazançtan (8900 dolar) daha büyükse benim demiryolumun yakınındaki araziye ekim yapardı. Ancak yangın hasarından daima demiryolları sorumluysa ve Y yaşayabileceği herhangi bir kayıp için ona tazminat ödemem gerekeceğini biliyorsa, demiryoluma daha yakın bir araziye 90.000 dolar daha yatırım yapabilir; bu arazi için beklenen ekin kaybı 2200 dolar olacaktır. Eğer 2200 dolarlık bir yangın duvarı inşa ederek bu kaybı önleyebileceğimi ve bu maliyetin demiryolumdan elde etmeyi beklediğim tüm kârı ortadan kaldırdığını farz edersek, demiryolu işimi devam ettirmem için hiçbir neden kalmamış olur. Bu durumda paramla bir sonraki en iyi fırsata yatırım yapabilirim ama ortada böyle bir fırsat olmadığını varsayalım. Bu durum toplum için çok talihsiz olur; çünkü demiryolunun getireceği kayıp ekstra bir arazi ekiminin getireceği kazançtan daha büyüktür. Demiryolumun faaliyetine son verildiğinde, çiftçi Y ekinlerine ilişkin beklenen zarar korkusu olmaksızın sahip olduğu iki tarlaya ekim yaparak 20.000 dolar elde etmeyi bekleyebilir. Demiryolum piyasada iş yapmaya devam ettiğinde, ekstra ekim yapmak için fazladan 90.000 dolar yatırım yapmak Y'ye cazip gelmeyecektir, bunun yerine bir sonraki en iyi seçeneğe yatırım yapacaktır. Ancak orijinal ekim alanına 90.000 dolar yatırım yapmaya devam edecektir ve bir yangın duvarı inşa etmem için bana 800 ilâ 1000 dolar ödeme yapacaktır. Özetle bu senaryoda toplum 20.100 dolar ilâ 20.300 dolar (demiryolumu kapatma ihtimalimden 100 ilâ 300 dolar daha fazla) kazanç sağlayacaktır; 2200 dolar (demiryolumun kârı) artı 10.000 dolar (Y'nin ilk tarlasına ekiminin kârı) artı 8900 dolar (Y'nin bir sonraki en iyi seçeneğe yatırımından gelen kâr) eksi 800-1000 dolar (Y tarafından karşılanacak olan duvar masrafı) kazanacaktır.

İşlem masrafları yükümlülük saptamanın iyi (etkili) olup olmadığı kararına ciddi bir yön getirmektedir. İşlem masraf-

ları çok yüksek olduğunda, sosyal maliyet ve kârı dağıtmanın en etkili yolu sorumluluk saptamaktır. Ancak son örneğimizde görüldüğü üzere durum her zaman böyle değildir.

Coase, çeşitli üretici faktörleri tek bir firmada birleştirme sürecinin bazen etkili olduğunu savunur yani bu faktörler için alt sözleşmeler yapmanın getirdiği işlem masraflarını ortadan kaldırmak bazen ekonomik pazarların resmî düzenlemelerini etkili hâle getirir. Bu durum özellikle üretici faktörler çok sayıda insan içerdiğinde yaşanır. Özellikle çevre zararından kirlenmeye neden olan endüstrileri sorumlu tutmak, bu endüstrileri kapatarak sosyal hizmetleri azaltmak anlamına gelse bile, çoğunlukla en etkili yoldur; çünkü kirlilik haklarını, etkilenen diğer taraflarla birlikte müzakere etmek için gerekli işlem masrafları fahiş oranda yüksektir. Aynı argüman her şey eşitken tek ödeyicili ulusal sağlık kurumunun neden çok ödeyicili özel sağlık sigortası projesinden daha etkili olduğunu da açıklamaktadır.

Hand formülüne ek olarak değerlendirildiğinde, Coase Teoremi kamu politikası analizindeki gibi işlemektedir: Hâkimlerin sorumluluk saptarken *toplam sosyal maliyete* –işlem masrafı ve fırsat maliyeti dâhil– bakmasını gerektirir. İlk örneği düşünecek olursak, eğer bana 500 dolara mal olacak kısmî yangın duvarımı kurmaları için denetçi kiralamak ve yasal evrakları işleme sokmak için ekstra 600 dolar ödemek zorunda kalacaksam (ve böylece Y'nin beklenen ekin kaybı 1000 dolardan 50 dolara incekse), benim Y'nin kaybını azaltmak için yaptığım toplam masraf söz konusu kayıptan 100 dolar daha fazladır. Yani kısmî yangın duvarı inşa etmenin toplam beklenen sosyal maliyeti (1100 dolar + 50 dolar) hiçbir şey yapmamanın toplam sosyal maliyetinden (1000 dolar) 150 dolar fazladır. Bu durumda, Coase Teoremi'ni izleyen mahkemenin beni Y'nin ekinlerine gelebilecek beklenen hasardan sorumlu tutmanın sosyal maliyet açısından kazançlı olmadığı sonucuna varması çok makuldür.

4.6. Hukuk ve Ekonomi Hareketine İlişkin Değerlendirme

Hukuk ve ekonomi hareketi *common law*'u en iyi anlatan unsurun sosyal ahlak yerine ekonomik rasyonalite olduğu- nu veya tamamını –özellikle de özen yükümünü ihlal ve nedenin önemine ilişkin ahlaki sezgileri– izah edemezse bunun genel hukuk açısından daha kötü olduğunu savunur; çünkü özel hukukun asıl amacı ekonomik etkililik olmalıdır.

Ekonomik rasyonalitenin *common law*'a dair en iyi açıklamayı sunduğu iddiasını doğrulamak zordur. Gerçeklere dayanarak konuşmak gerekirse, *common law*'u uygulayan hâkimler genellikle maliyet ve kazançları hesaplamazlar. Elbette amaçları bu olsa da olmasa da *common law*'a ilişkin uygulamaları sermayeyi maksimize edecek nitelikte olabilir. Uygulamaların bu nitelikte olduğunu farz edelim. Bu durum (tam tersine) sosyal ahlakın ekonomik rasyonaliteyi açıkladığı anlamına gelebilir. Çoğulcu ve piyasa odaklı topluma tekabül eden ve bireysel özgürlük, kişisel mutluluk ve sorumluluğu yüce bir değer olarak gören ahlaki varsayımlar ekonomik açıdan rasyonel kurum ve davranışların oluşumuna neden olabilir. Ya da bazen birinin özen yükümüne aykırı davrandığını tespit etmek için ekonomik muhakeme gerekebilir. Max Weber'in deyişiyle Protestan iş ahlakı ile kapitalist ruh arasında 'seçmeli benzerlik' olabilir.

Yasamanın gerçek amacının etkililik olduğu iddiası da tartışılır niteliktedir; ancak bu durum bazı eleştirmenlerin iddia ettiği nedenlerden kaynaklanmaz. Bu eleştirmenlere göre, söz konusu iddia tüm ekonomik dağılım türlerinin arz talep kanunlarına uyduğu anlamına gelmektedir. Ancak bu doğru değildir. Örneğin Posner sermayeyi zenginden fakire doğru yeniden dağıtan ileriye dönük vergi kanunlarının piyasa dağılımlarını –olduğu gibi sürdürmek yerine– düzeltmelerine rağmen ekonomik açıdan etkili olabileceklerini ileri sürer. Bu tür refah politikaları fakirlikle ilişkili sosyal maliyetleri düşü-

rür. İnsanın acı çekmesi ve suç. Bunu ise altruistik olmayan 'hazıra konucu'ları başkaları onların yaptığına konuyormuş varsayımına kapılmamaya yönlendiren özel hayır işlerinden daha etkili bir biçimde yapar (Posner 1990: 381).

Sermayeyi yeniden dağıtan kanunlar bazen etkililiği geliştirir. Peki, aynı amacı güden yargı kararları eşit derecede etkili midir? Posner *common law*'u göz ardı ederek sermayeyi zenginden fakire doğru yeniden dağıtmayı amaçlayan hâkimlerin sosyal etkililiği ve dağıtıcı adaleti maksimize etmeyi beceremeyeceğini düşünür. Fakir kiracıların zor durumuna sempati duyan bir hâkimin bu kiracılara kendileri için ekonomik olarak dezavantajlı olan uzun dönem kontratları bozma hakkı tanıdığını varsayalım. Bu adil ve etkili midir? Posner'in cevabı olumsuzdur:

Fakir kiracıların zengin ev sahipleriyle yaptıkları kontratları bozmalarını kolaylaştıran bir kural, ev sahiplerinin böyle bir kural nedeniyle oluşacak kayıpları karşılamak için kiralari yükseltmesine neden olacaktır, kiracılar da bu daha yüksek kiralaların ağırlığını taşımak zorunda kalacaktır. (Age.: 359)

Ancak hukuk ve ekonomi hareketinin taraftarları ekonomik etkililiğin diğer değerlere göreli önemi konusunda tam bir fikir birliğinde değildir. Muhafazakârlar ekonomik etkililiğin herkes tarafından hemfikir olunacak tek sosyal değer olduğuna inanma eğilimindedir ve bu nedenle kamunun aynı fikirde olmadığı adalet ve başka değerlere kıyasla daha yüksek önceliği olduğuna inanırlar. Posner gibi liberaller ise ekonomik etkililiği adaleti sağlamanın tek yolu olarak görürler. 'Sermaye maksimizasyonu pek çok ahlaki sonuç için en doğrudan yol olsa da' Posner 'insan doğasının hakikati değerlendirildiğinde' ve sivil hakların her zaman maliyet açısından kazanç sağlamadığı düşünüldüğünde 'yararcılığa adanmış bir toplumun belirli davalarda yararı maksimize eden davranışların gerçekleştirildiğini temin eden kurallar gerektirdiğini' dile getirir (Age.: 378, 382).

Yukarıda da belirtildiği üzere, liberaller ve muhafazakârlar ekonomik etkililiğin nasıl maksimize edileceği konusunda da fikir ayrılığına düşerler. Muhafazakârlar sermayenin piyasa dağılımına dayanmayan şekillerde yeniden dağıtılmasının etkili olmadığına ısrarcıdır. Posner gibi liberaller ise düzeltilmemiş piyasa dağılımlarından kaynaklanan sosyal eşitsizliklerin de bazen etkili olabileceğini düşünürler. Yalnızca sosyal sermayeyi arttırmak bu verimsizliği (etkisizliği) kötüleştirebilir; çünkü zaten zengin olan bireyler ekonomik etki güçlerini kullanarak –örneğin siyasi etki satın alarak– servetin kendilerine doğru akmasını garanti altına alabilirler.

Fakirlikten kaynaklanan etkisizlikler bir yana, servetin az sayıda kişi tarafından tekelleştirilmesi serbest piyasanın rekabetçi etkililiğini ortadan kaldırma tehlikesi arz eder. Buna ek olarak Marksist ekonomistler kapitalist girişimlerin işçilerin yerini alan ve böylece aşırı üretimi engelleyen ‘etkili’ (üretken) teknolojiler üreterek rekabet ettiğine dikkat çeker. Neo-Keynesyenler servetin en üstte toplanmasının birikimlere kıyasla yetersiz yatırımlara ve böylece etkili talep eksikliğine neden olduğunu ileri sürerler. Büyük Buhran’ın da gösterdiği üzere, böyle krizler had safhada etkisizliğe neden olabilir: Fabrikaların kapanması ve üretken olmayan işçilerin âtil kalması. Yani servet maksimizasyonu kendi özünde üretken bir durum değildir. Son olarak, piyasa değerine atfedilemeyecek piyasa dağılımlarıyla ilgili zararlar vardır ve bunlar etkililik hesaplamalarına katılmazlar. Bu harici unsurlar veya piyasa dağılımlarının yan etkileri olan çevresel tahribat (küresel ısınma dâhil), kirlilik, şehirlerin aşırı kalabalıklaşmasını beraberinde getiren kontrolsüz ekonomik büyüme ile daha az pazarlanabilir kaynak ve alanların yeterince kullanılmaması gibi durumları içerir.

Özetle muhafazakârlar, servet maksimizasyonunun siyasi açıdan tüm vatandaşlar tarafından paylaşılan tarafsız bir olgu olduğuna ve adalet ile merhamet gibi diğer değerlere kıyasla üstünlük kazandığına ilişkin değerlendirmelerinde

haksızdırlar. Bu nedenle paraya dayanan bir piyasanın değeri belirlemenin tek mekanizması olduğu görüşleri de yanlıştır. Liberaller daha zengin bir sosyal refah nosyonu oluşturulmasında farklı değerler arasında denge kurulması için hükümete yönelirler. Ancak refah ekonomisi pek çok liberalin düşündüğü kadar rasyonel bir hesap değildir. Coase bu konuda şu ifadeyi dile getirmiştir: “Hayatın her alanındaki [farklı sosyal] düzenlemelerin toplam etkisi refah ekonomisine ilişkin estetik ile ahlakı hesaplarken dikkate alınmalıdır” (Coase 1960: 21). Bu bölümün geri kalanında refah ekonomisine ait ‘estetik ile ahlak’ın *iletışimsel* bir muhakeme yöntemine göre işleyen *demokratik* bir hukuk paradigması ile desteklenmesi gerekip gerekmediği ele alınacaktır.

5. İlimli Hukuki Realizm: Yürütmenin Ekonomik Aracı Olarak Hukuk

Hukuk ve ekonomi hareketine giden yolu açan, hukuki realizmin ilimli kolu hakkına şimdiye kadar neredeyse hiçbir şey söylemedik. Bu alanı incelemek özel hukuku tamamen ekonomik rasyonaliteye dayandırmanın tehlikelerini daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır. Özellikle de özel hukuka dair demokratik bir yaklaşım benimseyerek *Kelo* davasının nasıl daha adil ve insani şekilde çözülmüş olabileceğini görmemizi sağlayacaktır.

Konuya ilimli realizmle başlayalım. İlimli realistler mazide kalmış bir dönemin yararlılığını yitirmiş bir kalıntısı olarak gördükleri *common law*’u Yeni Düzen sonrası akım ile destekleme veya bu akımı tamamen *common law*’un yerine koyma fikrini desteklemekteydi. Özel hukuku, sağlam bir özel politikayı yansıtan bir mevzuata dayandırmak istiyorlardı. Bununla birlikte, böyle bir politika oluşturulmasında derin sınıf çatışmalarıyla dolu bir demokratik siyasi sistemin tutarlı bir kılavuzluk yapabileceğinden şüpheliydiler. İlimli

realistler bu meseleye iki şekilde cevap verdi. Bazıları daha güçlü demokratik bir konsensüs oluşana kadar kendilerini genel hukuka bağdaştırdılar; diğerleri kamu görüşüne olan inançlarının yerine bilimsel sosyal mühendisliğin daha tarafsız ve iyiliksever diktatörlüğüne karşı inanca yönelmişlerdir. *Laissez-faire* kapitalist sistem sonrası ekonomiyi sağlam bir sosyal politika ile düzenlerken, idari yapının ve hâkimlerin muğlak yasaları kendi teknik uzmanlıkları uyarınca esnek şekilde yorumlayabilmeleri için serbest hareket alanları olması gerektiğini düşünmekteydiler.

Çoğu eleştirmene göre idareye ve hâkimlere bu yorum serbestisini vermek yasama ve yargı arasındaki kutsal ayrımı terk etmek anlamına gelmekteydi. Güçler ayrılığının böylesi bir ihlali idari yapı, hâkim ve düzenleyici komisyonların en azından demokratik açıdan sorumlu olması gerektiğine inanan radikal realistler için bile rahatsız ediciydi. Ancak yeni oluşturulan düzenleyici komisyonlar demokratik olmaktan çok uzaktı. Tıpkı Federal Rezerv Sistemi başkanı konusunda olduğu gibi, bu tarz kurumların başkanları seçimle değil atamayla belirleniyordu. Rekabet değerlerini –görece tam istihdam şartlarında enflasyona ait olmayan büyüme gibi– tarafsız şekilde dengeleyecekleri konusunda güven teşkil etseler de ekonomik muhakemeleri pek tarafsız değildi. Bu komisyonların uzmanları, düzenlemeleri beklenen ve önünde sonunda geri dönecekleri endüstrilerin içinden seçiliyordu.

6. *Habermas'ın Özel Hukukta Ekonomik Rasyonalitenin Sınırları Üzerine Görüşleri*

Kamu politikasını ve özel hukuku, refahı maksimize eden hesaplamalara dayandırma girişimi ekonomik rasyonaliteyi genel olarak hukuku anlamada bir araç olarak kullanmanın sınırlarına ilişkin sorular uyandırmaktadır. Bu sorulardan bir tanesi refahı maksimize eden yaklaşımların hukukun üstün-

lügen ile uyumluluğudur. Bu yaklaşımlar atanmış hâkimlere bireysel mülk haklarına ilişkin istikrarlı ve tahmin edilebilir bir temel olarak *common law*'u göz ardı etmeye ilişkin kayda değer bir yetki –bazıları bunu sınırsız yetki olarak nitelendirir– vermektedir. Geleneksel içtihat hukukunu göz ardı eden hâkimler bireysel mülk haklarını genel iyiliği arttırmaya odaklı yasalara dayanan mevzuatın gözlüğünden yorumlayacaktır. Bu noktada realist hukuk felsefesi hukukun üstünlüğü ilkesi ile çatışıyor gibi görünmektedir. Bu mevzuat yalnızca hukuki öznelerin kendi hayatlarını rasyonel şekilde planlaması için gerekli hukuki öngörülebilirliği yok eden ekstrem değişimlere tabi olmakla kalmaz, aynı zamanda kasıtlı olarak mevzuatı yorumlama ve uygulama aşamasında idari yapıya maksimum esneklik sağlamak amacıyla da formüle edilmiştir. Yani 'özel' hukuk idarenin ve hâkimlerin inisiyatifine kalmak anlamına gelmektedir. Ancak bu mercilere böyle bir inisiyatif vermek güçler ayrılığını bozar, hâkimleri kanun yapan diktatörlere dönüştürür. Habermas'ın deyişiyle: "Bir hâkim hukuk ve siyaseti birbirinden açıkça ayıramaz hâle gelir çünkü hâkimler tıpkı gelecek odaklı politikacılar gibi kendilerinin mantıklı gördüğü [veya] yararçı veya refah ekonomisi temellerinde gerekçelendirilmiş değer yargılarına dayanarak karar vermeye başlarlar." (1996: 201)

Bu son nokta refahı maksimize eden yaklaşımların demokratik meşrulaştırma ile uyumluluğuna dair bir soru doğurur. Benim fikrimce hukukun demokratik meşruluğu, hukukun tam olarak gelişmiş formunun ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak yargı ve yürütmenin elindeki, yukarıdan aşağıya dayatılan bir sosyal politika 'yasaması', demokratik sorumluluğu es geçme tehlikesi taşır. Bu nedenle bireysel mülkiyet hakları iki kat tehlike altındadır; çünkü bu şekilde siyasi yorumları da çok taraflı ve kolektif değil, tek taraflı hâle gelmiş olur.

Değişebilir özel hukuk ile hukukun üstünlüğü arasındaki uyumluluğa ilişkin ilk soru önemli olduğundan sonuç bölümünde incelenecektir. Şimdi bir yanda yargı ve yürüt-

meye ilişkin bir sosyal politika ve diğer yanda demokratik meşrulaştırma arasındaki uyumluluğa odaklanacağız. Bu iki kavramın birbiriyle çatıştığına dair argümanımı sunacağım. Fikrimce, bu çatışma iki tür sosyal koordinasyon arasındaki çatışmayı ve bunların birbiriyle bağıntılı rasyonalite nosyonlarını yansıtmaktadır: *İletişimsel rasyonalite* tarafından yönlendirilen *demokratik koordinasyon* ve *ekonomik rasyonalite* tarafından yönlendirilen fonksiyonel, yani piyasa temelli veya idare temelli koordinasyon. İlimli realistler, hukuki formalistler, ve hukuk ve ekonomi yandaşları uyumsuzluğu görmezler; çünkü onlara göre yalnızca tek bir sosyal koordinasyon türü önemlidir: *Ekonomik rasyonalite* tarafından yönlendirilen *fonksiyonel koordinasyon* (Posner'in deyişle 'araçsal olmayan mantık' oksimorondur [Posner 1990: 379]).

Habermas bu konuda aynı fikirde değildir ve tamamlayıcı bir tür olarak iletişimsel rasyonalite tarafından yönlendirilen demokratik koordinasyon kavramını geliştirir. Üçüncü bölümde monolojik yargı muhakemesi modellerine karşı iletişimsel rasyonalitenin avantajları ele alınmıştır. Ekonomik rasyonalite monolojik bir muhakeme biçimi olduğundan –tek başına bireyleri ya da tek tek eyaletleri kendi servetlerini maksimize etmek için en etkili yolu hesaplayan kendi kendine yeterli failer olarak ele alır– en az bir rasyonalite boyutundan yoksundur. Bu boyut karşılıklı eleştiri ve birbiriyle çatışan veya tüm toplumu kapsayan daha kalıcı bir refah algısını hesaba katmadan ve birbirini yansıtmayacak şekilde ele alınan kişisel tercihlerin uyumlu şekilde dönüşümüdür.

Mahpus İkilemi olarak adlandırılan kavram ekonomik rasyonalitenin sınırlarını çok iyi anlatmaktadır. Suç ortakları A ve B'ye ayrı hücrelerde şu teklifin yapıldığını varsayalım: Eğer sen itiraf edersen ama partnerin etmezse, sen 5 yıl ceza alırsın, o 15 yıl alır (seçenek 1); eğer o itiraf ederse ama sen etmezsen, o 5 yıl alır, sen 15 yıl alırsın (seçenek 2); eğer ikiniz de itiraf ederseniz ikiniz de 10 yıl ceza alırsınız

(seçenek 3); eğer ikiniz de itiraf etmezseniz ikiniz de serbest kalırsınız (seçenek 4). Mantıken A ve B'nin en kötü ihtimali engellemek (B için seçenek 1, A için seçenek 2) isteyeceğini varsayarsak, ikisi de itiraf edecektir ve 10'ar yıl ceza alacaktır (seçenek 3). Paradoksal olarak, bu seçenek her ikisi için de ikinci en kötü seçenektir. Ancak birbirleriyle iletişim kurabiliyor ve eylemlerini ortak şekilde koordine edebiliyor olsalardı, ikisi de sessiz kalarak en iyi alternatifi seçerdi.

Habermas'a göre, piyasaya ilişkin etkili olmama hâlleri, eylemlerin dayanışmaya dayalı bir iletişim yoluyla koordine edilememesinden kaynaklanmaktadır. Kirlilik, küresel ısınma, çevresel tahribat, eşit olmayan gelişme, tüketim atıkları, fakirlik, aşırı düzeyde eşitsizlik ve sosyal bozunma gibi durumların da kanıtladığı üzere mikro düzeyde herkesin ayrı ayrı ekonomik olarak en etkili seçeneği uygulamasının toplu etkisi makro düzeyde ekonomik olarak en etkili seçeneğe tekabül etmez. Ekonominin yukarıdan aşağıya doğru düzenlenmesi bu rasyonel olmayan yan etkileri durdurma konusunda başarılı değildir; çünkü tek başına maliyet-kazanç analizleri çatışan sosyal ihtiyaçlar arasında denge ve uygun hiyerarşi kurulmasını yönlendirmeye yeterli değildir.

Habermas'a göre, yukarıdan aşağıya doğru uygulanan ekonomik mühendisliğe tek alternatif iletişimsel rasyonalite uyarınca demokratik planlama yapmaktır. Habermas'ın fikrine, bu tür bir demokrasi uygulaması vatandaşların kolektif olarak kendi çatışan ihtiyaçlarının birbirlerinin ve dünyada yaşayan diğerlerinin hayatlarını nasıl negatif etkilediğini ve bu durumu ortak memnuniyetlerini maksimize etmek için nasıl düzenleyebileceklerini tartışmasını gerektirir. Demokratik koordinasyon yıkıcı çatışmaların –*Kelo* davasındaki gibi– kamu müzakereleri yoluyla pahalı hukuk davalarına gerek kalmaksızın çözülebilir olduğu durumlarda oldukça etkili olacaktır; bu yaklaşım kamu politikası tartışmaları ve adli karar verme süreci herkesi kapsayan ve adaletli bir tavırla gerçekleştirildiği sürece 'adil' olacaktır.

6.1 Ahlaki Failliğin Ekonomik Faillige Üstünlüğü: İletişimsel Eylem ve Yaşam Dünyası

Önceki tartışma ekonomik rasyonalitenin etkisizlik sorunlarını çözmek konusunda kusurlu olduğunu ve dahası özel hukuk hükümlerine ve kamu politikasına monolitik bir yaklaşımla uygulandığında özel riskler taşıdığını göstermektedir. Ancak açıkça görüldüğü üzere, iletişimsel rasyonalite de daha etkili değildir. Demokrasi nadiren rasyonel konsensüs oluşturan dağınık ve sürüncemeli bir olgudur. Karar alınması gerekir; ancak herkesi kapsamayan karar verme süreçleri –etkilenen herkesin eşit şekilde dâhil olmadığı– uygulanamaz niteliktedir. Yani paraya dayalı ekonomik sistemler ve kanunlara dayalı idari sistemler bizi *tüm* etkileşimlerimizi *ad hoc* yüz yüze pazarlık ile koordine etme sorumluluğundan kurtarır.

Bu nedenle Habermas’a göre ekonomik ve iletişimsel rasyonalite formları birbirini tamamlar niteliktedir. Piyasalar ve idari bürokrasiler mülkün nasıl dağıtılacağı ve hukuken nasıl tanımlanacağı ile ilgilenmelidir. Ama ne kadar?

Habermas piyasa ve idari bürokrasilerin bu soru ile ilgisinin geniş ölçüde bizim adalete ilişkin kolektif bakış açımızla şekillendiğini ileri sürer; çünkü kendimizi özgür ve eşit ahlaki failer olarak algılamamız, kendimizi ekonomik failer olarak ele almamızdan ziyade temel insanlık değerlerimize dayanmaktadır. Daha net konuşmak gerekirse ortak anlayışa yönelik iletişim toplumsallaşmayı, ahlaki failliği ve eylemlerin amaçları ile normlara ilişkin konsensusa varılmasını mümkün kıldığından *bu iletişim* diğer tüm unsurları koşul olarak gerektiren bir kavram olan ekonomik hesaplamalardan da önce gelir. Çünkü diğer kişileri kendi çıkarımı maksimize etmek için araç veya engel olarak gören ekonomik hesaplayıcı duruşu edinmeden önce, diğerleriyle empati kurmayı bilen bir konuşmacı ve dinleyici duruşu edinmeyi öğrenmem gerekir.

Habermas'ın mantığından giderek iletişimsel eylem ile koordine edilmiş –toplumsallaşma etrafında dönen aile ve eğitim eylemleri, siyasi örgütlenme etrafında dönen kamusal eylemler gibi– yaşam aktivitelerini, yani *yaşam dünyasına* bakalım. Şimdi sormamız gereken soru şudur: Yaşam dünyasındaki ekonomik rasyonalite nasıl artar? Başka şekilde ifade edecek olursak: Yaşam dünyasında, özel hukuk tarafından desteklenen bir piyasa *sistemi* nasıl oluşur?

6.2. Yaşam Dünyasının Yasal ve Ekonomik Sistem ile Hukuksallaştırılması ve Kolonizasyonu

Yukarıdaki soru faillikle ilişkili olarak yeniden formüle edilebilir: Ahlaki ve ekonomik faillige ilişkin modern kavrayışlar birbirine nasıl bağlanır? Ekonomik faillik –bireyin etkili bir biçimde kendi iyiliği için uğraşması– kapitalizm ortaya çıkana kadar temel insan failliği biçimi değildi. Kapitalizmden önce temel insan failliği biçimi, kişinin belli bir sosyal sınıfın üyesi olarak (soylular, serfler, azat edilmişler, bağımsız esnaf, zanaatkarlar vb.) miras aldığı rollere dayalı karşılıklı hak ve yükümlülükler çerçevesinde kurulmuş sosyal ilişkilere dayanan ahlak veya inanç temelli bir faillikti.

Tüm ahlaki ilişkilerde olduğu gibi bu inanç temelli ilişkiler de prensipte *ilişkisel* etkileşime dayanıyordu. Kapitalizmin yarattığı yeni ekonomik faillik tipi bu ilişkileri *bireysel* hakların ve özellikle de *özel mülkiyet* haklarının etrafında dönen modern hukuki ilişkilere dönüştürmüştür. Ahlaki faillik artık negatif bir özgürlük algısını, başka bir deyişle 'müdahaleye karşı özgürleşme'yi ifade etmektedir (alım satım özgürlüğünün yanı sıra vicdan özgürlüğü).

Habermas'a göre bu geleneksel ahlaki faillik nosyonunun bu bireyselci modifikasyonu *en baştan beri* iletişimsel etkileşimin içerisinde var olan liberal ve eşitlikçi bir potansiyel geliştirmek olarak anlaşılabilir. Bireysel haklar biçiminin-

de modifiye edilen ve kurumsallaşan bu yeni ahlaki faillik kavramı özel mülkiyete ilişkin *geriye yönelik* bir meşruiyet imkânı sağlamıştır. Özel hukuk ve ekonomik rasyonalitenin belirgin şekilde ahlaki bir iletişimsel rasyonalite kavrayışı içinde tutunması 17 ve 18. yüzyıl sosyal sözleşme kuramlarında açıkça öngörülmüştür. Bu kuramlarda hukukun üstünlüğünün hem kişisel iyiliği arttırmak için rasyonel ekonomik uğraşı hem de diğer bireylerin saygıyı hak eden özgür ve eşit ahlaki failer olarak rasyonel biçimde tanınmasını kolaylaştırdığı ileri sürülmektedir.

Başlangıçtaki bütüncü niteliklerine rağmen, Habermas modern ahlaki ve ekonomik faillik kavramlarının sonunda birbiriyle çatışma içerisine girdiğini iddia etmektedir. Bu çatışmanın gidişatı hukukun genişlemesini takip eder –Habermas bu durumu Otto Kirchheimer’den yola çıkarak *hukuksallaştırma* olarak adlandırır– ve özel mülk haklarının oluşumuyla başlayıp demokratik ve sosyal refah haklarının oluşumuyla devam eder. Hakların genişlemesinin orta aşamaları yaşam dünyası toplumunu ekonomik-idari sistemlere tabi kılar; başlangıç ve bitiş aşamaları bu hiyerarşiyi tersine çevirir.

Aşama 1: Bir çıkış yapabilmek için kapitalizmin bireyle-re yeni özel mülk hakları bahşeden özel hukuk kavramına ihtiyacı vardı. Monarşilerin bölgelere uyguladığı aşırı güç nedeniyle ilk modern devletler ekonomik işlemleri düzenleyen istikrarlı para birimleri ve standart kurallar oluşturabilmişti.

Aşama 2: Aynı zamanda bu mutlak monarşiler hukukun üstünlüğü ilkesine göre hareket etmiyordu, bu nedenle bu *ilk* hukuksallaştırma dalgası altında mülkiyet hakkı sahiplerinin edindiği yeni özgürlük güvende değildi. Devletin gücünü anayasal olarak meşrulaştıran ve sınırlayan bir sonraki süreç özgür vatandaşlığın ve ekonomik açıdan etkili bir piyasa temelli toplumun ortaya çıkışını kolaylaştırdı.

Aşama 3: Hukuksallaştırmanın *üçüncü* aşaması vatandaşlara seçme hakkı verdi, böylece hukuki özgürlük tanımını ekonomik açıdan müdahale görmemenin ötesine taşıdı.

Vatandaşlar kendi özgürlük tanımları üzerinde kolektif bir kontrole sahip olduğundan, yaşamlarının piyasa güçleri tarafından nasıl, ne kadar ve ne şekilde düzenleneceğini belirleyebiliyordu.

Aşama 4: Hukuksallaştırmanın refah devletine öncülük eden *son* aşamasının bu süreci tamamlaması bekleniyordu. Sosyal haklar vatandaşların kendi haklarını tam ve etkin şekilde kullanabilmesini sağlıyordu. Ayrıca kolektif pazarlık ve sosyal güvenlik ile birlikte hükümetin ekonomik düzenlemele-ri servet yoğunluğunu dağıtarak etkili üretim ve büyüme için daha istikrarlı bir çevre oluşumuna katkıda bulunuyordu.

Habermas'ın da belirttiği üzere, sosyal haklar belirsiz şekilde özgürleştirici değildir. Çünkü idari bürokrasiler böyle hakları iletişimsel karşılıklılık mantığı değil, ekonomik etkililik mantığı uyarınca uygulamaktadır. Bu bağlamda, bu hakların sosyal etkileri ilk dalga hukuksallaştırmasının getirdiklerine paraleldir.

Mülkün özelleştirilmesi, mülk sahiplerinin köylüleri geleneksel olarak tasarruf hakkına sahip oldukları –efendileri değil, kendilerinin– umumi arazilerden çıkarabilmesini sağladı (Habermas 1987: 363). Soğuk ekonomik hesaplamının yeniden yükselmesiyle birlikte, servet maksimizasyonu kisvesi altında kişilerin tahliyesi ve yerlerinden edilmesi –New London'da– dört yüz yıl boyunca devam etti. Bu bağlamda sosyal refahı arttırmak için *kamulaştırmaya* başvurulması özgürlükleri ihlal edilerek tahliye edilenlerin deneyimlediği emrivaki bir ekonomik koordinasyon işlemdir; ancak bu durum tek başına sosyal hukukun uygulandığı her alanda daima deneyimlendiği anlamına gelmez. Örneğin kolektif pazarlık kanunu sosyal maliyet-kazanç hesaplamalarına dayanarak sözleşme yapan taraflara idari sınırlamalar getirir; ancak bu sözleşmeye dâhil olan tarafların özgürlük veya eşitliğinin ihlali değildir. Çünkü ilişkileri özünde sözleşmeye bağlı olduğundan ekonomik ve hukuki gücün bazı stratejik tehditlere karşı düzeltmeler yapmasını

gerektirirler. Ancak aynı şey aile veya refah hukuku gibi başka sosyal hukuk tipleri için söylenemez. Burada idari düzenlemeye tabi tutulacak olan yaşam dünyası ilişkileri normatif toplumsallaşma ve sosyal entegrasyonun merkezinde yer alır ve bu nedenle öncelikle iletişimsel etkileşim ile yapılandırılmıştır (Age.: 367). Habermas'ın deyişiyle: “Şimdi özgürlüğü garanti etme yolları özgürlüğü tehlikeye atmaktadır [362]. Refah devleti güvenceleri sosyal entegrasyon hedeflerine hizmet etmeyi amaçlamış olmasına rağmen, bu güvenceler eylemleri koordine eden mutabakata dayalı mekanizmalardan ayrıldığında yaşam ilişkilerinin dağılmasına önyak olurlar.” (364)

Habermas'a göre, *yaşam dünyasının* refah devleti tarafından *kolonizasyonu* piyasa sistemlerinin ve idari sistemlerin varlığının değil kapitalist ekonominin mecbur tutmasıyla gerçekleşmiştir. Bu zorunluluklar servet ve gücün ciddi şekilde dağılımını önleyen katı bir sınıf yapısının sürdürülmesi ile bağlantılıdır. ‘Kapitalizm ve demokrasi arasındaki ilişki gerginlik dolu olduğundan’ Habermas yaşam dünyasının kolonizasyonunun sona ermesi için ‘kapitalist ekonomik sistem’in çok büyük oranda yeniden yapılandırılmasını içeren ‘daha yüksek temsil oranı olan bir sosyal refah projesi’ izlenmesi gerektiği konusunda ısrarcıdır (Habermas 1996: 410, 501). Habermas'ın da belirttiği gibi: Özgürlük, eşitlik, birlik ve çoğulluğa ilişkin liberal idealler “ancak sınıf hapsinden kaçmış ve sosyal tabakalaşmanın bin yıllık zincirlerinden kurtulmuş vatandaşlardan oluşan eşitlikçi bir toplumda tam olarak gelişebilir” (308).

Habermas iletişimsel eylemde var olan ve ‘anayasal demokrasi’ye bütünleşik olan liberal demokratik fikirlerin ‘siyasetin ötesinde yaşam dünyasının rasyonelasyonu için hızlandırılmış bir katalizör’ görevi görebilmesini umar (489). Bu bağlamda hukuki formalizm ve hukuki ekonomizme karşı eleştirisi yeni bir kurumsal ideale işaret eder:

Özgürlüğün özneler arası niteliğini fark ettiğimiz ölçüde özerkliğin ‘kişinin kendine sahip olması’ olarak su yüzüne çıkan sahiplenici bireyselci aldatması yok olur. (490)

Bu son fikri başka şekilde dile getirecek olursak, piyasa sistemleri artık iş sözleşmelerinden daha öz-düzenleyici değildir; her ikisi de adalet ve etkililik için toplumsal müdahaleye bel bağlar. Kapsayıcı demokratik katılım ilkesini kurumlara uygulayabilecek şekilde genişletmek için, bu ilkeyi *paydaşların* kamusal alanına dâhil olacak şekilde dönüştürmek gerekir. Hatta işyeri demokrasisi ve piyasa sosyalizmine doğru yönelmek bile gerekebilir. Habermas’ın belirttiğine göre bu kurumlar, “sistemik olarak üretilmiş eşit olmayan dağılımın olumsuz sonuçlarını kabul etmeden piyasa ekonomisinin etkili yönlendirici etkilerini ve itiş gücünü elde tutma fikrini benimserler” (Habermas 1997: 141-2).

7. Kamulaştırmaya İlişkin Sonsöz

Kapitalizm belirli bir piyasa rasyonalitesi üzerine kurulmuştur. Bu rasyonalitenin etkileri tüm bir ekonomiye genellenmediğinde mükemmel derecede adil veya etkili değildir. Devlet, güç ve servet hiyerarşilerini korumak zorunda olduğundan sosyal refah dağılımını kişisel özerklik ve siyasi öz-belirlenim haklarını indirgeyecek şekilde gerçekleştirmelidir. Hukuku özel iş yerleri ve kamuya ait siyasi alanların demokratikleşmesini ilerletmek için kullanmak yerine, devletler hukuk kavramını eşit olmayan ekonomik büyümeden olumsuz etkilenen yaşam alanlarını –bürokratik ve yukarıdan aşağıya olacak şekilde– yönetmek için kullanır. New London *kamulaştırma* hakkını kullandığında yaşanan durum da tam olarak budur.

New London’ın *kamulaştırma* hakkını kullanmasının neden olduğu problem hukukun ötesinde kentsel karma-

ş ve yetersiz gelişmeye neden olan tüm ekonomik sistemi kapsamaktadır. Bu durum *kamulaştırmanın* gelişimi desteklemek ve toplulukları iyileştirmek için meşru bir yöntem olarak kullanılamayacağı anlamına gelmez. Ancak bunun için, söz konusu yetkiyi kullananların konutlar ile diğer üretici mülkiyet formları arasında ayırım yapabilmesi gerekir. Habermas'ın belirttiği gibi, bu ayırımın getirdiği tescilsiz ve ekonomik olmayan özel mülkiyet anlayışı “Devletin özel hukukunu gerçekten kamu hukukuna dönüştürür” (Habermas 1997: 373). Liberteryenlerin düşündüğünün aksine, konutlar toplulukların kamusal alanlarından bağımsız özel mülkler değildir. Hem ailevi gizliliği hem de mahalle birliğini destekleyen araçlardır. Konut sahipliğinin değeri bu nedenle hem ekonomik hem de *iletişimseldir*. Bu nedenle *kamulaştırma* uygulanırken grup çıkarlarını yok sayma pahasına yalnızca ekonomik çıkarlar düşünülmemelidir.

Yerleşim alanlarını yeniden geliştirmeyi hedefleyen hükümetler örgütlenme özgürlüğüne içkin iletişimsel rasyonaliteye uygun davranmalıdır. Sosyal refahı özel mülkiyet hakları karşısında imtiyazlı kılan tarzda karara bağlanan *Kelo* davası bu yüzden bir kenarda tutulmalıdır. *Kelo* kararı *usuli* bir bakış açısıyla hareket edilmiş kötü bir politikadır. Önerilen yeniden geliştirme işleminden en çok etkilenen kişiler olan mukimlerin demokratik katılımını içeren geniş çaplı bir planlamayı es geçmiş ve artan vergi gelirinin birlik haklarını kenara atabileceği gibi yanlış bir varsayımda bulunmuştur.

YEDİNCİ BÖLÜM

SONUÇ: İDEOLOJİK OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ – MARKSİZM, YAPISÖKÜM VE ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI

Bu kitaba hukukun anlamının, özünde hukukun üstünlüğü ile ilişkili olduğunu iddia ederek başladım. Hukukun üstünlüğü, bireysel özgürlük ve sorumluluk değerlerini destekleyen liberal bir idealdir; çünkü bu iki kavram hem ekonomik etkililiğin hem de sivil eşitliğin ilerlemesini sağlar.

Son bölümde etkililik ve eşitlik kavramlarının nasıl farklı –ve belki birbiriyle ilişkili– rasyonalite nosyonlarına dayandığı incelenmiştir. Ayrıca bu rasyonalite nosyonlarının kapitalist toplumda birbiriyle nasıl çatıştığı ve bu nedenle hukukun üstünlüğünü tehlikeye soktuğu da ele alınmıştır. Ancak tüm bu tartışma boyunca bu nosyonların kısıtlı şekilde de olsa anlamlı ve geçerli olduğu varsayılmıştır. Bu kitabı sonlandırırken bu varsayıma karşı çıkan birkaç hukuk akımını incelemek isterim.

1. Hukuk Üstünlüğünün Altında Yatan İletişimsel ve Ekonomik Mantık: Dewey ve Radikal Realistler

Son bölümde belirttiğim üzere, hukuki formalizmin realist eleştirileri analitik-dedüktif muhakeme yöntemlerinin daha geniş çaplı bir eleştirisini yansıtmaktadır. Dewey, *Mantıksal Yöntem ve Hukuk* (1993[1924]) adlı eserinde Holmes'un *Lochner* davasındaki ünlü itirazına destek çıkararak 'genel önermelerin davaları karara bağlayamayacağını' tekrar

etmiştir. Bu deklarasyon realistlerin saf kavramsal hukuki muhakemenin her türüne yönelik saldırısı için toplanma çağrısı olmuştur. Ancak Holmes'ün eşit derecede etkili mottosu "Hukukun yaşantısı mantık değil deneyimdir." cümlesinde özetlendiği üzere, Dewey, Holmes'ün ekstrem yorumuna bir istisna yapmıştır (Holmes 1963: 5). Dewey'e göre hukuki muhakemenin *pragmatik* bir mantığı ya da onu formel hukuki şerh mantığından ayıran genel bir prosedürü vardır. Formel tasımın sonucu öncüllerinde zaten mevcutken, pragmatik bir muhakeme yönteminden çıkarılan sonuç belirsizlikleri ve uyumsuzlukları aydınlığa kavuşturarak ve çözerek 'öncüllerin'in –problematik bir durumun (veya şu an inceliyor olduğumuz davadaki gibi, hukuki bir ikilemin)– ötesine geçer. Tasım muhakemesi problemin çözümünden sonra gelir ve yalnızca sonuçları özetler. Tasım muhakemesinde büyük ve küçük öncüllerin formülasyonu –genel hukuki kategorilerin kavramlaştırılması ve düzenlenmesi, belirli durumların tasviri ve ikincinin birinci altında kapsanıyor olması dâhil– kuşku edilemez kanıtlara dayalı mekanik bir mantıksal çıkarım süreci değildir. Bu daha çok genel kategorileri belirli davalara uydurmayı (yorumlamayı) ve tam tersini içeren bir süreçtir. Bu dairesel (veya diyalojik) muhakeme süreci (Rawls'un ifade ettiği üzere) içgüdülerimizin kesinliği ve beklentilerimizin istikrarının sürekli olarak geniş bir kanıt, fikir ve ilke spektrumuna karşı test edildiği yansımali bir denge hâli elde etmeyi amaçlar.

'Çetin' davalar mahkeme önüne geldiğinde pragmatik muhakeme en belirgin hâlini alır. Bu davaları 'çetin' kılan unsur, söz konusu davaların sabit hukuki kategori ve emsallere boyun eğmeyen duruşudur. Sosyal problemler geriye doğru eski çözümlere bakmak yerine ileriye yeni çözümlere doğru bakan pratik belirsizlik durumları oluşturur. Bu problemleri çözmek için gereken şey pragmatik deneysel bir tahkikat mantığına yönelmektir –Dewey'in deyimiyle 'öncüller yerine sonuçlara ilişkin bir mantık, ilgilenilecek durumun unsurlarına yönelik

entelektüel bir inceleme, analiz ve kavrayış’- ve bu mantığın amacı “ihtilafli meseleleri kamu ve sürekli çıkarlar adına düzeltmektir” (Dewey 1993: 189, 193).

Dewey’e göre tahkikat mantığı tüm pratik davranışlarda yer alan genel bir muhakeme prosedürü oluşturur. ‘Kolektivist karakteri’ en önemli sosyal problem, yani ‘sosyal adalet’ tarafından belirlenir. Dewey’in mantık yerine kullandığı bir kavram olan ‘kolektif zekâ’ tüm topluluğun sosyal problemlerin formülasyonu ve çözümüne katılımını gerektirir: “Keşfedilmiş her şey işçi toplumuna aittir Her yeni fikir ve kuram onay ve test için bu topluluğa sunulmalıdır” (Dewey 1962: 154-5). Dewey’in ‘işçi topluluğu’ referansı kendi iş ortamlarında demokratik kontrol sahibi oldukları için kendi ekonomik durumları hakkında yaratıcı şekilde düşünme yetkisi verilmiş bir işçi demokrasisine gönderme yapmaktadır. Burada amaç ekonomik adalete dair ahlaki söylem çerçevesinde ekonomik etkililiğe ilişkin kararları düzenlemektir. Dewey’in ifade ettiği şekilde: “Bilimsel düşünce deneysel olduğu kadar *doğası itibariyle iletişimseldir*” (vurgu bana ait).

Dewey’in düşünce çizgisi, hâkimlerin gazetelerde belirtilen kamu fikirlerinin yanı sıra tüm sınıflardan insanların sosyal deneyimlerine başvurduğu bir ‘toplumsallaşmış hukuk felsefesi’ oluşturma çağrısında diğer realistler tarafından büyük ölçüde desteklenmiştir (Horwitz *vd*). Ancak bu ‘demokratik’ hukuk felsefesi çağrısı, hukuku siyasete karıştırmaktadır. Önceki bölümlerde gördüğümüz üzere, Habermas bu durumun hukukun üstünlüğü karşısında oluşturduğu tehdit konusunda hassastır, bu nedenle üçüncü bölümde incelemiş olduğumuz kendi demokratik hukuk felsefesi versiyonunu liberal faillik anlayışını içeren bir söylem etiğine dayandırmaktadır.

Dworkin ve diğer liberaller gibi Habermas’a göre de hukuki muhakemeyi siyasi muhakemeden ayıran nokta kalıcı bir geçerliliği olan ve kendinden önceki liberal değer ve

normlara riayet eden hukuki öncüllere olan bağımlılığıdır (*içtihatlara uyma*). Bu değerlerin bazıları liberal demokratik toplumlara özel maddi bir ahlakı –bilimin yanı sıra bazı kararlar için ortak referans noktası oluşturan paylaşılan kültürel kaynakları– temsil etmektedir. Ancak bu liberal siyasi kültür bazı bireylerin dinî ve etik öğretileri ile çatışabilir ve bu bireyler söz konusu kültürün kendi kararlarında öncelikli olduğunu kabul etmeyebilirler. Dahası, kültürün kendisi bazen birbiriyle çatışan özgürlük ve eşitlik değerlerini destekleyebilir: MacKinnon ve Easterbrook arasındaki tartışmada gözlendiği gibi. Yani bu kültürün anlamı birbiriyle çatışan yorumlara açıktır.

Ancak bazı liberaller bu tartışmaya açık kamusal akıl aracının ötesinde, tüm mantıklı ve makul insanlar tarafından, nötr ve tarafsız bir otoriteye sahip olduğu için kabul edilmesi gereken daha evrensel liberal ilkeler bulunduğunu ileri sürer. Gördüğümüz üzere, Habermas her türlü rasyonel tartışma sürecini düzenleyen daha soyut bir doğası olan evrensel, kültür üstü normların varlığını kabul eder. Bu normlar rasyonel söylem fikri ile o kadar bütün hâldedir ki herhangi bir norm kendisiyle çelişmeden diğer normların bağlayıcı gücünü rasyonel biçimde ortadan kaldıramaz.

2. Realistler, Eleştireller ve Hukukun Marksist Eleştirisi

Habermas'ın liberal söylem ilkelerini kabul etmesi, demokratik hukukbilimin siyasi mahiyeti ile hukukun üstünlüğünü uzlaştırma konusunda başarılı olmuş mudur? Eleştirel Hukuk Çalışmalarının (EHÇ) önemli bir kolu tarafsız aklın var olmadığı fikrine dayanarak bu soruya 'hayır' cevabını verirdi. Bu kolun daha radikal destekçileri ise yalnızca aklın (rasyonalite) değil, anlam ve gerçekliğin de keyfî bakış açlarına ve/veya keyfî güç ilişkilerine dayanan öznel (veya sosyal) inşalar olduğunu ileri sürerler.

Hukukun üstünlüğüne ilişkin bu ikinci eleştiriyi değerlendirmek amacıyla ilk olarak EHÇ'nin ortaya koyduğu daha az ekstrem duruşları incelememiz mecburidir. Roberto Unger gibi, EHÇ'nin ilk destekçilerinin çoğu Marx'ın kapitalizm eleştirisinden etkilenmişlerdir (Unger 1975). Kariyerinin başlarında Marx, liberal özgürlük ve eşitlik ideallerinin insan doğasında rasyonel bir temele sahip olduğunu ileri sürmüştür. Ancak bu 'özgürleştirici' ideallerin ilk olarak kapitalizm tarafından mümkün kılınmasına rağmen, kapitalizm içerisinde tam olarak gerçekleşemeyeceğine inanmıştır. 'Eşitlik hakları'nın materyal (hukuki) formunun söz konusu hakların ahlaki anlamını çığnediğini ileri sürmüştür: "İnsanın bu sözde hakları yalnızca sivil toplum üyesinin, o egoist insanın, diğer insanlardan ve toplumdaki ayrılmış olan insanın haklarıdır bu, izole edilmiş bir monad olarak görülen adamın özgürlüğüdür [bu özgürlüğün uygulaması] özel mülkiyet hakkıdır" (Marx 1994: 16). İdeal durumda bu haklar (insana ait) ortak çıkar ve ihtiyaçlar uyarınca her bireyin özgürlüğünün diğerlerinin özgürlüğüyle uyum içerisinde olduğu tahakkümün olmadığı demokratik bir topluluk öngörür. Ancak kapitalizm etkisinde bireysel haklar mülkiyetçi ve muhalif bir forma bürünür; bireylerin insanlığı düşünmeksizin kendi bencil çıkarlarını izlemelerine müsaade eder. Sovyet hukuk kuramcısı Evgeny Pashukanis'in deyişiyle "Hukukun bir sistem olarak gelişimi henüz tam olarak bütünleşik bir otorite alanına dâhil olmamış bireylerle gerçekleştirilen ticari işlemlerin gerektirdiklerine dayanmaktadır" (Pashukanis 1980: 95). Yani mümkün kıldıkları önemli özgürlüğe rağmen, Marx kişinin devlet müdahalesi olmadan dinî pratiklerini gerçekleştirme hakkı gibi sivil hakların yalnızca kısmî olarak özgürleştirici olduğunu belirtmiştir. Bu haklar kişileri birbirlerinden uzaklaştırmakta ve yalnızca negatif, formel bir özgürlük oluşturmaktadır (müdahaleye karşı özgürleşme). Formel mahiyetleri nedeniyle birinin eyleme geçmeye ilişkin gerçek

kapasitesini etkileyen güç ve servet eşitsizliklerine müsaade ederler; bu nedenle destekledikleri piyasa ekonomisi doğrular ve yanlışlar konusunda karşılıklı muhaliflik (ve hukuki davalar) gerektiren sonu olmayan bir kıtlık ve çatışma toplumdur (Marx 1994: 15-21).

Marx baskıcı kanunların gereksiz olduğu ütopyik bir komünist toplum tasavvur etmiş olmasına rağmen –Pashukanis’e göre: “Hukukun sönümlenmesine ilişkin problem bir dönüm noktasıdır, bu dönüm noktasını kullanarak bir jüri üyesinin Marksizme yakınlığının derecesini ölçeriz.” (Pashukanis 1980: 268)– böyle bir toplumun yine de normalde Hart’ın mantığından yola çıkarak hukuki kurallar olarak algıladığımız bazı teknik koordinasyon kuralları koyacağı fikri Marx’ın ütopyik tasavvurunda bile mevcuttur. Pashukanis’in deyişiyle:

Tren tarifelerinin demiryolu trafiğini düzenleme biçimi, demiryollarının yükümlülüğüne ilişkin kanunun demiryolları ile nakliye konusunda sözleşme imzaladığı taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleme şekli aynı değildir. İlk düzenleme biçimi ağırlıklı olarak tekniktir, ikincisi ise hukukidir. (Age.: 79)

Pashukanis’in teknik koordinasyon kurallarının kısmî yasa benzeri doğasını reddetmediğine dikkat çekerim. Muhtemelen bu kuralları sanki farklı insan gruplarını farklı şekillerde etkilemiyorlarmış gibi yalnızca teknik kurallar olarak değerlendirmek yanıltıcı olurdu. Bu kurallar farklı insanları farklı şekillerde etkiledikleri ölçüde siyasidir ve tartışmaya açıktır. Uygulama ve yürütülmelerinin de Pashukanis’in yorumundaki gibi hukuken baskıcı olarak düşünülerek değerlendirilmesi gerekir.

Ancak Pashukanis’in gözden kaçırdığı bir yorum daha vardır; bu yoruma göre Marx’ın ütopyik toplumunun hukukun üstünlüğü ilkesinin tam anlamını olmasa bile ruhunu yakaladığı söylenebilir; çünkü bu ütopya bireylerin tek bir ki-

şiyeye veya kişisel piyasa mekanizmalarına ait *keyfi* bir güçten kaynaklı tahmin ve kontrol edilemez sınırlamalar konusunda endişe etmesi gerekmeden eylemlerinin tam sorumluluğunu serbestçe üstlenebildiği bir toplumdur. Bu 'ılımlı' –minimum hukuki baskı ile işleyen tahakkümsüz demokratik toplum–ideali ılımlı EHÇ'nin de çağdaş kapitalist toplum eleştirisini etkiler. Bu eleştiriye göre, kapitalizm bireysel özgürlük ve sosyal (demokratik) eşitliğe, keyfi müdahaleye karşı özgürlüğe, eyleme geçme özgürlüğüne, özel mülkiyete ve kamu vatandaşlığına ilişkin liberal ideallere muhalefet teşkil ederek hukukun üstünlüğünü ihlal eder. Bu nedenle kapitalizm hukukun üstünlüğüne ilişkin liberal ideale de karşı çıkmış olur.

3. Yapısöküm ve Radikal Hukuk Eleştirisi

EHÇ'nin radikal varyasyonları bu ılımlı hukukun üstünlüğü kritiğinin ötesine geçer. Radikal görüşteki destekçiler tasavvur edilebilir herhangi bir toplumda hukukun üstünlüğünün imkânsız olduğuna inanırlar; çünkü kelimelerin anlamları ve atıfta buldukları gerçeklikler üzerinde zorlanmamış bir anlaşmaya varmak imkânsızdır. Bazı radikal EHÇ yandaşları Foucault'nun rasyonel söylem dâhil tüm etkileşimlerin değişken eğilimlere, ayrıcalıklı kelimelere (söylem terimleri) ve otoriter uzmanlık hiyerarşilerine dayanan 'güç ilişkileri' ile kurulduğu fikrini desteklerler. Diğer bazı destekçiler ise Jacques Derrida'nın ismini duyurduğu 'yapısökümcü' kritiği izler; bu destekçilerin anladığı üzere yapısöküm kavramı, konuşurken nesnel olarak var olan bir gerçekliğe ilişkin anlamlı şeyler söylediğimize ilişkin ortak inanışımızı yıkmaktadır. Toplum birbiriyle hiçbir anlamlı biçimde kesişmeyen münferit dil kültürlerine ve dünya görüşlerine ayrılmıştır; bu kültür ve dünya görüşlerinin her biri ait oldukları kişilerin kişisel bakış açıları ve fikir bağlamlarına göre farklı anlamlar ihtiva edebilir.

Belli bir dereceye kadar anlam ve gerçekliğe ilişkin bu şüpheli bakış açısına realist literatürde de rastlanabilir. Derridacılar kelimelerin anlamlarının belirsiz şekilde çok sayıda anlamlandırma sistemine ve kullanım bağlamına göreli olduğuna dikkat çekmeyi severler. Bu bakış açısı Holmes'ün 'özel mülkiyet', 'özen yükümünü ihlal' ve 'makuliyet' gibi soyut hukuk terimlerinin boş ve belirsiz olduğuna ilişkin –daha sonra realistlerin de tekrar ettiği– yorumlarında da görülebilir. Bu bakış açısına göre, kelimeler yalnızca belirli bir anlamlandırma sistemine veya kullanım bağlamına yerleştirildiğinde anlam kazanır.

Bobbit davası (Bkz. Bölüm 4) bu noktayı oldukça iyi yansıtmaktadır. Bu davayı tartışırken makullüğü değerlendirmek için kullanılan genel söylem evreninin meşru müdafaa veya geçici cinnete bağlı kusur kavramlarından hangisini kullandığına göre 'makullük' ifadesinin anlamının değişeceğini belirtmiştim. Bu iki söylemden biriyle çevrelenmiş 'makullük' uygulandığı özel bağlama ek bir anlam katar. Bu davada söz konusu bağlam eş şiddetidir daha kusursuz ifade edecek olursak, Bobbit'in deneyimlediği eş şiddetidir.

Anlamın bağlamsallığını kabul ettiğimizde genel kategorik ayırım ve analogilere dayanan hukuki akıl yürütmenin meşruiyetini bozmaya (yapısöküme uğratmaya) bir adım kalmış demektir. İçtihatlarla uymayı gerekli kılan hukuk ilkesinin merkezinde yer alan bu nosyonlar genel kategorilerin anlamlarının olası tüm uygulamalarda özdeş ve değişmeden kaldığını varsayar. Ancak *International News Service* davasında gördüğümüz üzere, analogik muhakeme yoluyla kategorik genelleme ilkesinin de rasyonel sınırları vardır. Bu tarz bir genelleme daima tikel davalarda ihlallere neden olur; özel mülkiyeti yeterince soyut şekilde tanımladığımız müddetçe, her şeyi bu kapsama katabiliriz. Radikal EHÇ eleştirileri ise realistlerin semantik hukuk muhakemesinin epey ötesine geçerler. Realistler yapısökümcü ilkelerini hiçbir zaman mantıksal bir sonuca götürmezler. Anlam ve gerçekliğe ilişkin şüphelerini bu

şekilde sahiplenmezler. Başka şekilde ifade edecek olursak, realistler genel hukuk kuralları ile bu kurallara tabi olan tikel davalar arasındaki mantıksal *boşluğa* odaklanırlar. Dewey'in de belirttiği gibi; realistler genel kuralların formülasyonu, davaların tanımlanması ve dava tanımlarını kapsayan kuralların belirlenmesi gibi durumların hâkimlerin seçtiği değer ve olgularla belirlenen deneysel bir yorumlama süreci olduğuna inanmaktaydılar. (Holmes'ün deyimiyle: "Mantıksal biçimin arkasında rakip yasama temellerinin göreceli değeri ve önemine ilişkin takdir vardır" [Holmes 1897, Adams içerisinde: 93-4]). Realistler bu seçimin (veya değer yargısının) de sınırlı bir yönlendirici ilke ve öncül grubu tarafından sınırlandırıldığını düşünmektedirler.

Yukarıda formalist muhakemeye ilişkin olarak, rakip ilke ve öncül setine bağımlı şekilde karar veren hâkimlerin *görece sınırlandırılmışlığına* odaklanan saldırıya zıt şekilde, EHÇ eleştirileri genel ilkelerden tek tek davalara kadar tüm hukuki muhakeme ön kabullerini etkileyen anlamın belirsizliğine odaklanır. Bu belirsizlik *sınırsız* bir yargısal takdir imkânı oluşturur.

Örneğin bir realist, şahit öldürme davalarında idam cezasına izin veren bir kanunun tüm katillere uygulanıp uygulanamayacağını merak edebilir (çünkü hüküm giymiş bir katil tarafından öldürülen herkes eğer öldürülmemiş olsaydı potansiyel şahit olabilirdi). Kanunun anlamındaki bu muğlaklık kanunu yazan ve/veya onaylayan kanun koyucuların kesin niyetlerine başvurularak açıklığa kavuşturulabilir. Ya da zaman içerisinde hukuki pratikler meseleyi çözebilir. Elbette hiçbir şey bu niyetlerin açık ve bağdaşık olacağına garanti veremez; ancak en azından sayıları sınırlıdır ve bu niyetlerle ilgili açıklığa kavuşturulamayan karışıklıklar sonraki kanun yapma eylemlerinde ortadan kaldırılabilir.

Buna karşın, bir EHÇ düşünürü 'şahit' kavramını geniş anlamda (öldürülenleri de içerecek şekilde) veya dar anlamda (yalnızca mahkemede şahitlik yapması için tarih belirlenmiş

kişileri içerecek şekilde) tanımlamanın *felsefi açıdan tutarlı* bir şekilde yapılıp yapılamayacağını merak ederdi (Kelman 1987: 11-13, 45-9). “Neden mahkemede şahitlik yapması için tarih belirlenmiş kişileri öldürmek diğer cinayetlerden farklı şekilde ağırlaştırılmış cinayet sayılır?” sorusunun cevabı çoktan verilmiştir: Çünkü böyle hareket etmek cinayet şüphelilerinin yargı sürecine zarar verme tehdidini taşır. EHÇ düşünürleri sorar, neden ‘şahit’ bu kadar dar anlamda tanımlanır? Başka bir suç işlerken cinayet işleyen insanlar olası bir şahidi ortadan kaldırmakta olduklarını fark etmezler mi? Eğer kanun EHÇ eleştirmenlerinin pek çok cinayetin (hatta hepsi?) şahit cinayeti olarak görülmesi gerektiğini savunan bakış açısına uyacak şekilde değiştirilirse, bu sefer de neden mahkemede şahitlik yapması için tarih belirlenmiş kişilerin cinayetinin özellikle ağırlaştırılmış bir cinayet türü olarak herhangi birinin şahit cinayeti ile öldürülmesinden farklı sınıflandırıldığına ilişkin kafa karıştırıcı soru zihnimizi kurcalamaya devam eder.

Gerekçelendirmeye ilişkin belirsizliğin tüm hukuki muhakeme aşamalarını etkilediğine ilişkin inançları nedeniyle çağdaş EHÇ düşünürleri, her tür yapıcı yasal reformu reddederek realizmden ayrılırlar. Radikal realistler, hâkimlerin rakip özgürlük ve eşitlik değerlerini yaygın demokratik duyarlılıkla uyuşacak şekilde dengelemelerini tavsiye etmişlerdir. Radikal EHÇ savunucularının önerebilecekleri yapıcı bir vizyon yoktur; çünkü onların hukuki muhakeme anlayışı ‘zıt yönde’ diyalektiktir, yani çatışan ilkeler arasında dağılmıştır. Ayrı ayrı ele alındığında, şahidin öldürülmesine ilişkin geniş veya dar kapsamlı kuralların ikisi de tüm davalar için yeterli olamaz, bu nedenle bizim her iki duruma da eş zamanlı olarak uydurabileceğimiz bir ilkeye ihtiyacımız vardır. Ancak böyle bir ilke doğası gereği çelişkili ve belirsiz olacaktır ve neden bir olay şahit cinayeti olarak sınıflandırırken diğerinin bu kapsama girmediği konusunda makul bir açıklama sunamayacaktır.

Diyalektik kavramına hiç de yabancı olmayan Hegel, soyut, genel kategorilerin semantik belirsizliğini azaltmanın tek yolunun bu kavramları kategorik karşıtları bağlamında tanımlamak olduğuna inanmıştır. Ancak bu görevi kapsamlı bir şekilde yerine getirmek için karşıt kategorilerin gerçekten tamamlayıcı ve birbirine uyumlu olduğunu göstererek mantıksal çelişki görünümünün ortadan kaldırılması gerektiğini düşünmüştür.

Radikal EHÇ savunucuları böyle bir yanılısamaya inanmaz. Derrida gibi, onlar da hukukun çelişkili kararlar oluşturan radikal belirsizliğinin ortadan kaldırılamayacağına inanırlar. Bu belirsizlik hesaba katıldığında, hüküm kanuna uymayı bırakır ve “Her davada kendini yeniden icat eder” (Derrida 1992: 23). Hüküm davayı hukuki kategorilere uydurmak veya hukuki kategorileri davaya uydurmak için yeniden yorumlamalar yaptıkça kanunu icat eder. Derrida bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

[Eğer] kurallar belirsiz olmayan koşullarda [karar verilmesini] güvence altına alıyorsa, hâkim de hesap yapan bir makine gibi işler [ancak yine de] adil, özgür ve sorumlu olduğunu söylemeyiz. Ancak kendi yorumunun ötesinde hiçbir kurala ve kanuna atıfta bulunmaz veya tüm kural ve ilkeleri bir kenara bırakarak doğaçlama yaparsa da bunu söyleyemeyiz. (Age.)

Yapısökümcü EHÇ savunucuları hukuki muhakemenin ikileme tutulduğunu ileri sürerler. Böyle bir muhakeme belirli kurallar tarafından yönlendirildiği ölçüde sınırsız gücün (şiddet) uygulaması olarak kalır ve tikel davaları genel kurallar kapsamında incelemek bu davaların bozulmaz biricikliğini ihlal eder. Bu muhakeme söz konusu kurallardan yönlendirilmediği ölçüde yine sınırsız gücün uygulaması olarak kalır; çünkü kanunu icat ederek davaya uydurur, daha doğrusu davaya ilişkin kendi yorumuna.

Daha ılımlı EHÇ destekçileri hukuki ilke seçimlerinin sınırlandırılmış olduğunu kabul ederler ancak yeterince sınırlı olmadığını ileri sürerler; çünkü çatışan ilkeler herhangi bir dāvaya eşit derecede uygulanabilir. Örneğin Duncan Kennedy'nin savunduğuna göre: "Özneye içsel bir gereklilik getiren birleştirici hukuk ilkeleri olmamasına rağmen, rakip doktrin ve politika anlayışları arasındaki karşıtıklarda deren bir düzen ve yapı vardır" (Kennedy 1989: 16). Bu düzen ve yapı bireysel sorumluluk ve özgürlüğü ayrıcalıklı gören *formalist* muhakeme tipleriyle karakterize edilmiş baskın bir 'öz' ile sosyal yük (riskler) ve çıkarların altruistik dağılımını öne çıkaran *maddi* muhakeme tipleriyle karakterize edilmiş bir şekilde daha az baskın 'çevre' etrafında şekillenir.

Elbette özel hukuk kararlarının formel veya maddi hukuki muhakeme modellerini izleyebilmesi içsel çelişkinin kanıtı değildir; çünkü bu modeller *aynı* davalara uygulanmaz. Ancak Kennedy her bir muhakeme modelinin 'potansiyel olarak tüm mevzularla ilişkili' olduğunu dile getirmektedir (46). Örneğin Allan Hutchinson haksız fiil hukukunda *formalist* muhakeme tiplerinin genellikle bireyleri neden oldukları öngörülebilir zararlardan yükümlü tutan katı *common law*'a başvuracağı görüşündedir. Veya kusursuz sorumluluk ilkelerine de başvurabilirler. Buna karşın, maddi muhakeme tipleri genellikle Coase Teoremi gibi bireyleri yalnızca topluma maliyet açısından uzun vadede faydalı olmayan zararlardan sorumlu tutan daha gevşek standartlara başvururlar. Veya daha zayıf bir nedensellik nosyonu benimserler (alternatif sorumluluk kuramındaki gibi) ve sorumluluğu farklı ihmalkâr failer arasında yeniden dağıtırlar.

Başka bir örnek ele alacak olursak, *common law* çoğunlukla kişilerin gönüllü şekilde bu yönde sözleşme yapmadıkları veya başka bir şekilde sorumluluk üstlenmedikleri (örn. vasi olarak) müddetçe zor durumdaki diğer insanlara yardım etme yükümlülüğü olmadığını savunur. İnsanları yanlış (yolsuzluk) yapmamaya zorlamanın bir anlamı vardır; ancak

yanlış davranışlara karşı durmaya zorlamak –söz konusu yanlışın yaklaşık nedeni bile olmadıkları durumlarda dahi– bireysel özgürlüklerini ihlal etmektir. Ancak yükümlülüğe ilişkin bu formalist bakışa karşı olarak, bazı eyaletler bireylerin şahit oldukları suçları anında rapor etmesini veya bireyin kendisine ciddi bir risk teşkil etmeyen durumlarda saldırı altındaki çocukları savunmayı gerektiren kanunlar yürürlüğe sokmuşlardır. Bu durumlarda, karar vermek için muğlak standartlara dayanan maddi veya bağlamsal muhakeme türlerine başvurmak gerekmesine rağmen, ihmal suretiyle yapılan eylemleri (yasal bir yükümlülüğü yerine getirmeme) suç işleme (kanunsuzluk) olarak yorumlamak mantıksızdır. Her durumda, şahit ve yetişkinlerin özgürlüğüne getirilen bu sınırlandırma altruistik temellere dayanarak meşrulaştırılmış gibi görünmektedir. Kendi kişisel iyiliğim için başkalarına dayanırız –ekonomik olarak toplumun finanse ettiği emeklilik ve sigorta programlarından yabancılara iyi niyetine kadar pek çok konuda– bu nedenle toplumsal bağımlılığın risklerini ve yükünü de paylaşmamız gerekir.

4. EHÇ Değerlendirmesi

EHÇ'nin özel hukuktaki her davanın ya formel yahut da maddi olarak hükme bağlanabileceği iddiası çok ilginç değil midir? Peki, bu muhakeme türlerinin uzlaşmaz ilkelere (katı kurallar *v.* esnek standartlar) ve uzlaşmaz siyasi ideallere (bireysellik *v.* altruizm) başvurduğu argümanı? Her davanın formel veya maddi olarak hükme bağlanabileceği iddiasını sürdürmek zordur. Dworkin'in Hutchinson'a verdiği cevapta belirttiği üzere, “Bir dava genellikle hangi hukuki muhakeme modeli ve hangi ilkenin söz konusu davayı yorumlamak için en uygun olduğunu hâkime dikte eder” (Dworkin 1986: 444). Fakat Dworkin bu konuda yanılıyor bile olsaydı ve mesela hem ihmal ilkelerini kabul eden

(formel) muhakeme hem de toplumsal yarar ilkelerini kabul eden (maddi) muhakeme aynı tıbbi hata davasına eşit şekilde uygulansaydı, bu muhakeme türlerinin özünde birbiriyle çelişkili olmaması gerekirdi; bunun yerine birbirine rakip, zıt veya tamamlayıcı olmaları gerekirdi. Üçüncü bölümde gördüğümüz üzere, Habermas'ın söylem etiği anlayışından yararlanan bir hâkim böyle bir davayı dinlemekte olan jüriye her iki paradigmatik değerlendirme setini birden tartmaları ve uzlaştırmaları konusunda talimat verir: *Geçmiş* bireysel sorumluluğun derecesine atıfta bulunan *formel* bakış açısı, ve koruyucu tedbir gerektiren *olası* zararın derecesine atıfta bulunan *maddi, toplumsal refah* bakış açısı.

İkinci iddia da kuşkuludur. Formel, kurallarla yönetilen bir muhakemenin bireysel çıktıları destekleyip desteklemediği sorgulanabilir; çünkü altruistik, ileriye düşünen gelir vergisi kanunları genellikle muğlak standartlarla değil kurallarla sabitlenmiştir (Altman 1990: Bölüm 4). Bunun tersi de geçerlidir: Birinin –bireysel sorumluluğu destekleyen– bir sözleşmeye gönüllü olarak rıza gösterip göstermediğini belirleme kararı makul şekilde muğlak standartlar temelinde verilebilir. Örneğin ‘makul güvence’ davalarında hâkim bir sözün bozulmasından kaynaklı olarak ciddi zarar görmüş davacının kaybını, söz konusu davacının sözleşmeyi yaparken davalıya düşünme şansı verip vermediğine bakmaksızın tazmin edecektir. Burada davacının gördüğü zararın derecesi kadar davalının da taahhüt derecesini belirlemek yalnızca basit bir kural ihlaline karar vermeyi değil, önemli bir dengeleme süreci gerektirir.

Özetle, EHÇ savunucuları şu noktalara değinmekte başarısız olmuşlardır:

1. Altruistik ve bireyselci hukuki görüşler (sırasıyla) sıkı şekilde maddi ve formel muhakeme türlerine karşılık gelir.
2. Bu muhakeme türleri birbiriyle uyumsuz.
3. Bu muhakeme türleri her davaya eşit şekilde uygulanabilir niteliktedir.

Pek çok dava ile ilgilenirken kendi bütünlüğünü zora ko-
şan hukukun içerisinde çeşitli gerginlikler olduğuna şüphe
yoktur; ancak EHÇ savunucuları daha az problematik dava-
lar yerine bu istisnai durumlara odaklanmayı tercih ederler.

Radikal eleştirmenler hâkimleri yasa yaratma konusunda
kendi katkılarının sorumluluğunu almaya teşvik eder; ancak
aynı şeyi yapan hukuki ve ahlaki otoritelerin altını oyarlar.
İlimli eleştirmeler mevcut hukuk içerisindeki çelişkileri vur-
gulasalar da bunu en azından rasyonel şekilde savunulabilir
hukuk kuramları çerçevesinde yaparlar. Habermas gibi onlar
da hâkimleri bu çelişkileri uzlaştırmaya odaklanan bir diyaloga
olanak sağlamaya teşvik ederler ancak önemli bir koşulları
vardır: Hukuku bütünleştirme potansiyeli, etkilediği ekono-
mik ve siyasi düzen bütünlüğüne orantılı olacaktır.

5. Son Yorum

Bu kitaba hukukun anlamının belirli hukuk ideallerinden,
özellikle de hukukun üstünlüğü ilkesinden ayrı şekilde tam
olarak anlaşılamayacağını ileri sürerek başladım. Bu ilke
kanun yapma ve uygulama eylemlerini kamu tarafından
bilinen, görece kalıcı ve uygulama açısından öngörülebilir
anayasal prosedürlere bağlayarak gücün keyfi kullanımını
sınırlandırmaktadır. Ancak hukukun kalıcılığı ve öngörüle-
bilirliği de görecelidir. Hukuk, muğlak ahlaki idealler oluş-
turarak kendini sonsuz bir yorum potansiyeline açar.

Hukukun yorumlayıcı mahiyeti hukukun istikrarı üze-
rinde herhangi bir risk oluşturmaz. Hukuki bütün bir met-
ne benzediği ölçüde, hâkimler bu metni en iyi şekilde yo-
rumlamanın tek yolu olduğunu varsayarlar. Ancak eleştirel
hukuk kuramcıları bunu yalnızca sınırlı şekilde varsayarlar.
Metinleri yorumlamamıza yol gösteren iyi niyet ilkesinin
(*principle of charity*) hukuka da uygulanması gerekmesine
rağmen, hukukun içsel bir bağdaşıklık ve ilkeli bir bütünlü-

gü olduğuna inanmadığımız müddetçe bunu başaramayız. Modern hukuk sistemleri toplumsal çelişkileri bünyesinde barındırdığından, bu sistemlerin bağdaşıklığı ve bütünlüğü yalnızca belirli derecelerde kalmalıdır. Çatışan yorumlarla parçalanan hukuk kendi kurtuluşunu demokrasinin çözümlenici söyleminde arar.

Hukukun üstünlüğü ve demokrasi, tamamlanma ihtimali belirsiz olan bitirilmemiş projeler tasarlar. Hep var olan olağanüstü hâl tehdidi istisnai güç kullanımı için, hukuka veya kamuoyunabaşvurmayan idari ayrıcalıkları gerekçelendirme konusunda sonu olmayan fırsatlar sunar. Bu olağanüstü hâl durumu kalıcı hâle gelirse, hukukun üstünlüğü ve demokrasi de en sert eleştirmenlerin bu kavramları olmakla itham ettiği şeye döner: Özünde vahşî bir güç oyunu dönen içi boş bir kabuk.

KAYNAKÇA

- Ackerman, B. (1991), *We the People - Vol. 1: Foundations*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Adams, D. M. (ed.) (2005), *Philosophical Problems in the Law* (4th edn), Belmont, CA: Wadsworth.
- Adorno, T. and Horkheimer, M. (1972), *Dialectic of Enlightenment* (trans. John Cumming), New York: Herder & Herder.
- Altman, A. (1990), *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Altman, A. (2001), *Arguing About Law: An Introduction to Legal Philosophy* (2nd edn), Belmont, CA: Wadsworth.
- Arendt, H. (1968), *Totalitarianism: Part Three of the Origins of Totalitarianism*, New York: Harcourt, Brace and World.
- Arendt, H. (1972), 'Civil Disobedience', in *The Crisis of the Republic*, New York: Harcourt Brace.
- Arendt, H. (1973), *On Revolution*, New York: Viking Press.
- Aristotle, (1941), 'Rhetoric', in *The Basic Works of Aristotle* (ed. R. McKeon), New York: Random House.
- Arthur, J. (1989), *The Unfinished Constitution: Philosophy and Constitutional Practice*, Belmont, CA: Wadsworth.
- Austin, J. (1879), *Lectures on Jurisprudence [The Philosophy of Positive Law]*, 4th edn (ed. R. Campbell), London: John Murray.
- Austin, J. (1995), *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, UK: Cambridge University Press (excerpted in Culver (1999): 99–111).
- Augustine, St (1950) *The City of God* (trans. Marcus Dods), New York: Random House.
- Baldus, D., Woodward, G., and Pulaski, C. (1990), *Equal Justice*

- and the Death Penalty: A Legal and Empirical Analysis*, Boston, MA: Northeastern University Press.
- Bedau, H. A. (1969), *Civil Disobedience: Theory and Practice*, Indianapolis, IN: Pegasus.
- Bentham, J. (1962[1843]), 'Anarchical Fallacies', in *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, (ed. J. Bowring), New York: Russell and Russell.
- Bentham, J. (1962), *Principles of Penal Legislation in the Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1 (ed. J. Bowring), New York: Russell and Russell.
- Bentham, J. (1973), *Principles of Morals and Legislation*, Garden City, NY: Anchor.
- Bork, R. (1986), 'Original Intent and the Constitution', *Humanities* (February).
- Bush, G. W. (2002), *The National Security Strategy of the United States*, The Office of the President, June 1, 2002 (www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf).
- Butler, P. (1995), 'Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System', *Yale Law Journal* 105: 677-725.
- Cicero (1998), *Cicero: The Republic; The Laws* (trans. Niall Rudd), Oxford: Oxford University Press.
- Coase, R. (1960), 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* 3: 1-44. Reprinted in <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>.
- Culver, K. (1999), *Readings in Philosophy of Law*, Toronto: Broadview.
- Derrida, J. (1986), 'Declarations of Independence', *New Political Science* 15(10): 7-15.
- Derrida, J. (1992), 'The Force of Law: The Mystical Foundation of Authority', in Cornell, D., Rosenfield, M., and Carlson, D. G. (eds), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York: Routledge.
- Dewey, J. (1962), *Individualism Old and New*, New York: Capricorn.

- Dewey, J. (1993[1924]), 'Logical Method and the Law', reprinted in Horwitz, *et al.*
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1987), 'From Bork to Kennedy', *New York Review of Books*, 17 (December): 36–42.
- Ely, J. H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Finnis, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Foucault, M. (1975), *Discipline and Punish*, New York: Pantheon.
- Fuller, L. L. (1969), *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.
- Gadamer, H.-G. (1975), *Truth and Method*, New York: Seabury.
- Gorr, M. J. and Harwood, S. (1995), *Crime and Punishment: Philosophic Explorations*, Boston, MA: Jones and Bartlett.
- Grotius, H. (1925), *On the Law of War and Peace* (trans. Francis Kelsey), Oxford, Clarendon Press.
- Habermas, J. (1987), *The Theory of Communicative Action – Volume Two: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Boston: Beacon Press.
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Habermas, J. (1997), *A Berlin Republic: Writings on Germany*, Lincoln, NE: University of Nebraska.
- Habermas, J. (2001a), *The Postnational Constellation: Political Essays* (ed. and trans. M. Pensky), Cambridge, MA: MIT Press.
- Habermas, J. (2001b), 'Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?', *Political Theory* 29:6 (December): 766–81.
- Hart, H. L. A. (1958), 'Positivism and the Separation of Laws and Morals', *Harvard Law Review* 71: 593–629.

- Hart, H. L. A. (1962), *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1963), *Law, Liberty, and Morality*, Palo Alto: Stanford University Press.
- Hart, H. L. A. (1991), *The Concept of Law* (2nd edn), Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. and Honore, A. M. (1985), *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Hayek, F. A. von (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.
- Hegel, G. W. F. (1975), *Natural Law* (trans. T.B. Knox), Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Hegel, G. W. F. (1991), *Elements of the Philosophy of Right* (ed. A. Wood, trans. H. B. Nisbit), Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbes, T. (1994), *Leviathan*, Indianapolis, IN: Hackett.
- Holmes, Jr, O. W. (1963[1881]), *The Common Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Holmes, Jr, O. W. (1897), 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 10: 457–68; reprinted in Adams, 89–94.
- Horwitz, M., Fisher, W. W. and Reeds, A. A. (eds) (1993), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press.
- Hutchinson, A. (1984), 'Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy', *Queens Law Journal* 9: 273–92.
- Jackson, R. H. (1947), 'Opening Address for the United States, Nuremberg Trials', in *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Nuremberg, 1947–8), Vol. 2: 98–155 (excerpted in Adams: 22–7).
- Kelman, M. (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1989[1934]), *Pure Theory of Law*, Gloucester, MA: Peter Smith.
- Kennedy, D. (1983), 'The Political Significance of the Structure of Law School Curriculum', *Seton Hall Law Review* 14: 1–16.

- Kennedy, D. (1989), 'Form and Substance in Private Law Adjudication', in *Critical Legal Studies* (ed. A. Hutchinson), Totowa, NJ: Rowman and Littlefield: 36–55.
- Laden, A. (2002), 'Democratic Legitimacy and the 2000 Election', *Law and Philosophy* 21: 197–220.
- Locke, J. (1980[1690]), *Second Treatise of Government*, Indianapolis, IN: Hackett.
- Luban, D. (2002), 'The War on Terrorism and the End of Human Rights', in *The Morality of War* (ed. L. May, et al), Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Liotard, J.–F. (1988), *The Differend: Phrases in Dispute* (trans. G. Van den Abbeele), Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- MacKinnon, C. (1989), 'Pornography: On Morality and Politics', in *Towards Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Marx, K. (1994), *Karl Marx: Selected Writings*, Indianapolis, IN: Hackett.
- McCloskey, J. (1989), 'Convicting the Innocent', *Criminal Justice Ethics* 8/1 (Winter/Spring), in Gorr, M. J., and Harwood, S. (eds), *Crime and Punishment* (1995), 304–11.
- Michelman, F. I. (1998), 'Constitutional Authorship', *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (ed. L. Alexander), Cambridge: Cambridge University Press.
- Mill, J. S. (1978[1859]), *On Liberty*, Indianapolis, IN: Hackett.
- Montesquieu, Baron de (1949[1748]), *The Spirit of the Laws*, London: Hafner.
- Nietzsche, F. (1956), *The Birth of Tragedy and the Genealogy of Morals* (trans F. Golffing), Garden City, NY: Doubleday & Company.
- Pashukanis, E. (1980), *Selected Writings on Marxism and Law*, ed. Piers Beime and Robert Sharlet, trans. Peter B. Maggs, London: Academic Press.
- Pashukanis, E. (1983), *Law and Marxism: A General Theory*, London: Pluto Press.

- Posner, R. (1990), 'The Economic Approach to Law', *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1997), 'The Idea of Public Reason Revisited', in *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999), 'The Justification of Civil Disobedience', in *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Raz, J. (1979), *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon.
- Reiss, H. (ed.) (1991) *Kant: Political Writings*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Rousseau, J. J. (1987), 'On the Social Contract', in *Jean-Jacques Rousseau: Basic Political Writings*, Indianapolis, IN: Hackett.
- Schmitt, C. (1988a), *The Crisis in Parliamentary Democracy*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Schmitt, C. (1988b), *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Schnapp, J. (2000), *A Primer of Italian Fascism*, Lincoln, NE: University of Nebraska Press.
- Sigmund, P. E. (trans and ed.) (1988), *St Thomas Aquinas on Politics and Ethics*, New York: W. W. Norton & Co.
- Thoreau, H. D. (1849), 'Civil Disobedience', in *Civil Disobedience: Theory and Practice* (ed. H. A. Bedau), Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill.
- Unger, R.M. (1975), *Knowledge and Politics*, New York: The Free Press.
- United States Department of Defense Quadrennial Defense Review Report* (2001), Washington, DC: GPO, 30 September.
- Wyzanski, C. E. (1946), 'Nuremberg: A Fair Trial?', *Atlantic Monthly* 177 (April): 66–70; reprinted in Adams: 31–7.

DİZİN

XV. Louis 179

1957 Eşcinsel Suçlar ve Fahişelik
Üzerine Komite Raporu 200

A

Ackerman, Bruce 75, 99, 100, 101,
102, 103, 133, 134, 135, 137, 289

adalet 18, 28, 36, 44, 45, 60, 62, 64,
74, 80, 92, 98, 113, 125, 127, 134,
170, 185, 210, 252, 259, 260, 271,
275; ~e ilişkin ödetme kuramları
184; doğal ~ 37

adam: ~ kaçırma 150; ~ öldürme
cürümü 152

Adams, David 13

Adorno 168, 169, 289

ahlak 22, 25, 27, 36, 41, 45, 46, 53,
57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 73, 74,
75, 77, 78, 79, 80, 94, 107, 109,
111, 112, 118, 142, 149, 171, 179,
180, 199, 200, 202, 203, 204, 205,
216, 217, 218, 239, 258, 261, 267;
Protestan iş ~ı 258; iç ~ 60, 61, 80;
kamu ~ı 139;

ahlaki: ~ kurallar 53; ~ yargılar 217

Akıl Çağı 180

Almanlar 42

alternatif sorumluluk doktrini 251

Altman, Andrew 13

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi 105

anal ilişki 197, 198, 205, 206

anayasal: ~ demokrasi 17, 270; ~
hukukbilim 134

anayasalar 83, 127; ~ın hukukiliği
116

Anglo-Amerikan: ~ hukukbilimi 226;

~ hukuku 150; ~ hukuk sistemi 11

Anti-Semitik 206

Aquinas, St. Thomas 36, 38, 39, 43,
44, 143, 294

Arendt, Hannah 22, 23, 115, 116,
117, 118, 119, 120, 124, 138, 140,
142, 143, 144, 289

Aristoteles 16, 36, 38

Aryanlar 79

Ashkenazi, Motti 158

ataerkillik 208, 213

Austin, John 27, 44, 53, 55, 56, 57,
59, 289

Avrupa Parlamentosu 52

Aydınlanma 179, 180

ayrımcılık: 65 ~ yapmama ilkesi 214

azınlıklar 208, 211

B

Bağımsızlık Bildirgesi 105, 119, 120,
122

Baldus, David 191, 289

Bangkok Deklarasyonu 51

Beccaria, Cesare di 179

Bentham, Jeremy 44, 170, 171, 172,
175, 176, 187, 188, 194, 241, 290

bilmek 163

Birleşik Devletler 11, 29, 30, 31, 32,
33, 35, 41, 51, 76, 79, 80, 83, 84,
90, 96, 97, 101, 138, 148, 149,
156, 164, 166, 172, 174, 176, 189,
190, 191, 224

Birleşik Krallık 83

Birleşmiş Milletler 29, 30, 31, 34,
35, 40, 48, 51, 52; ~ İnsan Hakları

Evrensel Bildirgesi 29, 40; ~
Sözleşmesi 29, 30, 31, 48; ~ Genel

Kurulu 52; ~ üyesi ülkeler 29

Bobbit, Lorena 159, 160, 161, 163,
164, 165, 207, 280

- Bork, Robert 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 290, 291
- Brown kararı 73
- Brown, Henry B. 66
- Bush 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 83, 84, 85, 87, 89, 91, 93, 95, 145, 146, 148, 149, 290; ~ v. Gore davası 85, 87, 93
- Büyük Buhran 260
- C
- caveat emptor ilkesi 232
- caydırma (la suplice) 179
- Cenevre Konvansiyonu 30, 146, 147, 148
- ceza 28, 30, 51, 147, 149, 150, 156, 158, 165, 167, 168, 171, 173, 178, 184, 186, 187, 188, 200, 207; ~ hukuku 145, 205, 226; ~ kanunu 56, 150, 157; ~nın caydırıcı etkisi 175; Amerikan ~ adaleti sistemi 166; hapis ~sı 167; ölüm ~sı 28, 184, 189, 190, 191; idam ~sı 189, 190, 192, 206
- Cicero 37, 290
- cinayet 15, 145, 151, 172, 174, 185, 189, 190, 191, 201, 226, 282
- cinsiyet 45, 197, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 216, 217, 220
- Coase, Ronald 228, 253, 255, 261, 284, 290; ~ Teoremi 251, 253, 257, 284
- common law 226, 227, 228, 230, 233, 234, 245, 246, 253, 258, 259, 261, 263, 284
- Ç
- çevresel tahribat 260, 265
- Çin 166, 189
- çocuk istismarı 206
- D
- dairesel (veya diyalojik) muhakeme süreci 274
- dayanışma 53
- demokrasi 17, 34, 52, 78, 80, 81, 88, 95, 96, 97, 101, 102, 103, 115, 116, 118, 131, 132, 138, 142, 143, 265, 266, 270, 288
- demokratik: ~ haklar 114; ~ hukuk felsefesi çağrısı 275; ~ koordinasyon 264; ~ meşruiyet 116, 132, 143; ~ rejimler 81; ~ süreçler 81, 127
- Derrida 130, 131, 132, 279, 283, 290
- devlet 30, 37, 87, 182, 271; ~ idealizmi 77
- Devlin 197, 200, 201, 202, 203, 204, 216, 217, 222
- Dewey 239, 273, 274, 275, 281, 290, 291
- Dicey, A. V. 58
- dietilstilbestrol (DES) 251
- diktatör 17, 18, 19, 21, 22
- diyalektik 64
- Dostoyevski 173
- döngüsel geri gidiş sorunu 118
- Durkheim 45
- düşman muharip (enemy combatants) 146, 147, 148
- düzen 19, 20, 53, 129, 130, 284, 287
- düzenleyici fikirler 129
- Dworkin 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 132, 134, 135, 215, 275, 285, 291
- E
- Easterbrook 219, 221, 222, 276
- egitim 67, 171
- ekonomi 78, 172, 229, 239, 244, 245, 251, 253, 258, 259, 261, 264
- ekonomik: ~ rasyonalite 243, 258, 264, 266, 267; ~ ve iletişimsel rasyonalite formları 266
- El Kaide 33, 148
- eleştirel düşünce 118
- Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) 228, 276, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287
- Ely 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 291
- engelliler 214
- Enternasyonalizm 33
- erken Cumhuriyet 134, 136, 137

Eski Ahit 178
 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 28
 eş: ~ şiddeti 162; dayak yiyen ~ sendromu vakaları 163
 eşcinsel ilişki 197
 eşcinsellik 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203; kadın ~i 201; erkek ~i 201
 Eşit Korunma Hükümü 84, 109
 eşit olmayan gelişme 265
 eşitlik 36, 67, 69, 76, 96, 99, 100, 107, 109, 122, 123, 136, 137, 138, 227, 230, 239, 270, 273, 276, 282; ~ hakları 277
 etik 21, 77, 130, 217, 276; ~ bir varlık olarak insan 16
 etkililik 53, 110, 227, 239, 241, 242, 253, 258, 260, 269, 271, 273

F

fakirlik 165, 172, 206, 208, 260, 265
 Federal Rezerv Sistemi 262
 feministler 212
 fiili saldırı 145
 Finnis 57, 58, 59, 60, 61, 69, 70, 291
 fonksiyonel koordinasyon 264
 formalistler 229, 232, 234, 244, 264
 Foucault 166, 167, 168, 169, 170, 172, 177, 179, 218, 219, 279, 291
 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi 121
 Fuller, Lon 17, 21, 57, 60, 61, 291

G

Gadamer 70, 71, 72, 108, 111, 291
 geleneksel: ~ ahlaki faillik 267; ~ uzlaşım 53
 genel gerekçelendirme amacı 187
 Gore 83, 84, 85, 87, 89, 91, 93, 95
 Guantanamo 30, 148
 güç ve servet hiyerarşileri 271
 güçler ayrılığı 82, 86, 88, 92, 141, 262

H

Habermas 11, 52, 112, 113, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 213, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 275, 276, 286, 287, 291
 hak(lar): ~kı kullanma maliyeti 253; ~sız fiil 145, 183, 223, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 244, 245, 246, 251, 252, 284; bireysel ~ 267, 277; gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan ~ 252
 hâkimler 17, 21, 26, 92, 93, 95, 98, 104, 111, 113, 114, 231, 258, 263, 287
 Haklar Bildirisi 86, 129, 137, 138
 halk 37, 99, 121, 122; ~ ın iradesi 80
 Hamilton, Alexander 94
 Hand, Learned 231, 252
 hapis 28, 149, 166, 172, 174, 175, 185, 188, 189, 190, 191, 212, 215
 hapisane 167, 168
 Harlan 67, 74, 76, 97
 Harris 84
 Hart 11, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 59, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 95, 117, 128, 187, 188, 203, 249, 278, 291, 292
 Hayek 58, 225, 226, 292
 Hegel 61, 62, 63, 64, 65, 72, 77, 88, 90, 111, 133, 134, 135, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 227, 283, 292
 hırsızlık 15, 174
 Hiroşima 41
 Hitler 20, 21, 22, 24, 25
 Hobbes, Thomas 20, 27, 47, 48, 53, 54, 55, 56, 292
 Holmes 239, 273, 274, 280, 281, 292
 homofobik 206
 Horkheimer 168
 Hristiyan filozoflar 38
 Hristiyanlık 103
 hukuk: ~ felsefesi 11, 83, 111, 144, 227, 263, 275; doğal ~ 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 54, 57, 58, 60, 61, 63, 69, 70, 78, 79, 112, 120, 121, 122, 123, 127, 128, 142, 143, 236, 239; ~ modeli 149; ~

- paradigmaları 114, 115; ~ sisteminin bağdaşıklığı 115; ~ sistemleri 22, 60, 288; ~u bir ideal olarak görmek 16; ~un meşruiyeti 88, 89; ~un otoritesi 117; ~un üstünlüğü 22, 23, 51, 57, 79, 95, 153, 223, 227, 273, 288; ~n üstünlüğü ilkesi 81, 245, 263, 278; ~un üstünlüğünün anlamı 79; ~un üstünlüğü/yönetimi 22; Stoacı doğal ~ anlayışı 38; ilkel ~ 16; karşılaştırmalı ~ 11; iş ~u 237; örf ve âdet ~u 28; özel ~ 58, 129, 145, 183, 225, 226, 227, 229, 236, 238, 239, 244, 262, 263, 266, 267, 268, 284
- hukuki: ~ ayrımcılık 205; ~ formalizm 270, 273; ~ özneler 22; ~ yaptırım 202
- hukukilik 63, 116, 119, 120, 133
- Hutchinson 284, 285, 292, 293
- I**
- Irak 29, 31, 32, 34, 48, 148; ~ Savaşı 36
- ırk 40, 60, 61, 66, 67, 68, 69, 91, 96, 97, 99, 136, 141, 167, 190, 191, 193, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212; ~ ayrımcılığı 61, 91, 191
- ırksal azınlıklar 208
- İ**
- infaz 25, 172, 179, 183, 184, 189, 190, 191
- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 29, 35, 40, 48, 49
- İslam 12
- İsrail 48, 158
- İ**
- işçi: ~ sınıfı sendikaları 170; ~ topluluğu 275
- iyi 54; ~ niyet ilkesi (principle of charity) 78
- J**
- Japonya 189
- Jefferson, Thomas 93, 105, 107, 120, 121, 132
- John Hopkins Bloomberg Kamu Sağlığı Okulu 34
- José Padilla 148
- Joseph Raz 22, 59
- jüri 139, 149, 160, 162, 163, 192, 193, 200, 206, 207, 211, 212, 278
- K**
- kadınlar 52, 164, 206, 208, 211, 222; ailelerine bakan ~ 214
- Kaldor-Hicks kriteri 242, 243
- kamu özgürlüğü 89
- kamulaştırma 271, 272; ~ hakkı 271
- kanıtlama mecburiyeti 196, 209, 222
- Kant 49, 51, 62, 63, 88, 90, 177, 178, 182, 183, 184, 227, 294
- kanun(lar) 15, 17, 49, 52, 53, 56, 58, 59, 60, 62, 63, 66, 70, 73, 75, 78, 79, 122, 206, 209, 210, 212, 213, 223, 259, 285; ~ koyucular 17, 97, 109; doğal (ilahî) ~ 122
- kapitalizm 40, 47, 77, 169, 229, 235, 267, 268, 270, 271, 277, 279
- kararcılık 22
- karşı olgusal 115, 128
- kast 150, 156, 164, 206
- katı yükümlülük yanlıları 152
- Kelo 223, 225, 226, 261; ~ davası 224, 265, 272
- Kelsen 11, 47, 49, 50, 120, 123, 124, 125, 127, 292
- Kennedy, Duncan 197, 198, 199, 201, 284, 291, 292, 293
- Kıta Avrupası 11, 16, 18, 26
- Kinci Muhbir Problemi 17
- King, Martin Luther 40, 141
- Kirchheimer, Otto 268
- kirlilik 265
- kişisel çıkar 37
- kolektif zekâ 275
- konfederasyon maddeleri 119, 134
- konut sahipliğinin değeri 272
- Koskenniemi 11
- koşulsuz buyruk 62
- kölelik 40, 61, 67
- Kriton 139
- kurban 207
- Kurucu Meclis 116
- kurucular 91, 96, 105

kuruluş 107, 111, 122, 123, 125, 133

kültür 78, 276, 279

küresel ısınma 260, 265

Kürt bölgesi 34

kürtaj 91, 142, 143, 201, 206, 212, 215

L

Lahey ve Cenevre Konvansiyonları 26

laissez-faire 100, 225, 227, 228, 232, 262; ~ kapitalizmi 229, 230

liberal(ler) 20, 202, 204, 207, 209, 210, 218, 220, 259, 260, 261, 275, 276; ~ feministler 209, 212, 215; ~ ırk kuramcıları 209; ~ ve demokratik haklar 114; ~ ve radikal feministler 213

Locke 39, 40, 89, 178, 181, 182, 185, 230, 233, 293

Lordlar Kamarası 101, 163

Luban, David 149, 150, 293

Lytard 119, 121, 122, 220, 293

M

M'Naghten: 163, 164, 165; ~ davası 163; ~ kararı 163

MacKinnon 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 226, 276, 293

maddi usule uygunluk (due process) 98

Madison 91, 96

mahpus ikilemi 264

makul ve gönüllü eylem 163

makuliyet 246, 280

mantık 70

Marcuse, Herbert 220

Maritain, Jacques 40, 41, 43

Marx 77, 277, 278, 293

meşruiyet 38, 86, 88, 89, 101, 102, 116, 117, 119, 120, 127, 131, 132, 133, 139, 142, 143, 268

Michelman 119, 130, 293

Mill 194, 195, 196, 197, 217, 293

Milosevic, Slobodan 29

Model Ceza Kanunu 156, 158, 165

Modern Cumhuriyet: 134, 136, 137;

~ dönemi 135

Montesquieu 23, 293

Mussolini 23

mülkiyet 39, 58, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 111, 129, 137, 138, 224, 225, 226, 263, 268; ~ hakkı 38, 111, 137, 224, 268; özel ~ 38, 224, 225, 267, 272, 277, 280

mülkün özelleştirilmesi 269

Müslüman 34, 148, 149, 155

müstehcenlik kanunu 215, 216

N

Nagazaki 41

Nazi(ler) 24, 36; ~ hukuku 24, 25; ~ rejimi 24; ~ rejiminin hukukiligi 25; ~ rejiminin meşruiyeti 25; ~ savaş suçluları 185; ~ yetkilileri 25, 27; ~ yetkililerinin yargılanması 27; eski ~ üyeleri 176

nedensellik zinciri 246, 247

nefsi müdafaa 39, 146, 149, 159, 161

Neo-klasik ekonomi 240

New London 223, 224, 269, 271

Nietzsche 166, 168, 169, 171, 172, 173, 178, 179, 181, 186, 218, 293

niyet 37, 39, 73, 77, 78, 106, 107, 111, 114, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 230, 231, 238, 287

Norris-LaGuardia Kanunu 237

Nürnberg: ~ Mahkemesi 25, 27, 36; ~ Tüzüğü 26, 28, 35, 186; ~ Yasaları 42, 79, 80

O

On Altıncı Değişiklik 137

On Beşinci Değişiklik 136

On Dördüncü Değişiklik 66, 67, 68, 74, 76, 79, 84, 86, 98, 109, 111, 135, 136, 137, 138, 198

On İki Levha Kanunları 178

On Üçüncü Değişiklik 136

orijinalistler 109

orijinalizm 104, 106, 108, 109

Orta Cumhuriyet 134, 136, 137

Owen Roberts 138

Ö

ödetme (retributivism) 178, 179, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 191; ~ cılık 188; ~ kuramları 183; ~ yasası (ius talionis) 183
ölüm hücrəsi 193
ötenazi 201
öz belirlenim 133
özel hayatın gizliliği 215
özel: ~ mülk hakları 268; özen yükümünü ihlal 252, 258, 280
özgür eylemler 124
özgürlük 46, 62, 67, 81, 96, 98, 99, 101, 104, 107, 109, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 129, 136, 138, 177, 194, 197, 199, 202, 205, 224, 225, 231, 258, 267, 268, 269, 270, 273, 276, 277, 279, 282; ifade ~ü 98, 215, 217

P

Pareto: ~ etkililiği 242; ~ optimumu 241
Pashukanis 277, 278, 293
Peel, Robert 163
Philadelphia Dünya Meseleleri Konseyi 34
Platon 138, 139
Platoncu idealizm 38
Plessy kararı 73
pornografi 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 226
Posner, Richard 227, 228, 239, 240, 242, 243, 251, 258, 259, 260, 264, 294
potansiyel suçlular 175
pozitivistler 80
pratik akıl 62
prima facie 42, 60, 61, 70, 79, 80, 81, 82

R

radikal(ler) 207, 210, 211; feminist ve ~ (eleştirel) ırk kuramcıları 209; ~ realistler 228, 282
Ramsey, Paul 41
rasyonalite nosyonları 273
rasyonel ve etik bir varlık olarak

insan 16

Rawls, John 144, 204, 217, 274, 294
Raz 22, 57, 59, 60, 61, 294
refah 58, 100, 137, 172, 225, 236, 258, 261, 263, 264, 268, 269, 270, 271, 286
reform hareketleri 180
rehabilitasyon 173, 177
rıza: ~ göstermek 117, 118, 124; özgür ~ 118
Roosevelt, Franklin 138
Rousseau 40, 41, 88, 89, 90, 92, 93, 126, 131, 294
Ruanda 34
rule of law 18
Rumsfeld, Hamdi v. 148
rüşvet verme 150

S

Saddam Hüseyin 31, 33, 34, 35
savaş 30, 32, 34, 91, 134, 146, 148, 176, 223; ~ modeli 149
Scalia 84, 85, 89, 103, 198, 199, 200, 203
Schmitt, Carl 19, 20, 21, 22, 43, 47, 48, 55, 294
seçmeli benzerlik 258
Sekizinci Değişiklik 192
Shakespeare 178
sigara üreticileri 250
silah bulundurma 166, 172
sivil: ~ haklar hukuku 207, 214; ~ haklar mücadeleleri 97; ~ itaatsizlik 40, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145
siyasi partiler 20, 170
Skinner 173
Sodomy 197
Sokrates 139
sonsuz gerileme sorunu 128
sosyal politika 208, 262, 263, 264
sosyoloji 167
St. Augustine 38
St. Paul 38
Stevens, Paul 224, 225
Stoacılık 36
suç 17, 18, 19, 26, 27, 28, 29, 59, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152,

153, 154, 156, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 187, 188, 192, 193, 195, 196, 197, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 212, 215, 259, 264, 282, 285; ~a yatkın bireyler 170; ~ a yatkın sınıf 170; ~ eylemleri 147, 165; ~ lar 25, 26, 62, 145, 158, 168, 169, 174, 192, 215; ~ teşkil eden eylem 145

T

tanıma kuralı 47, 48, 49, 50, 117, 119
Tanrı 37, 42, 43, 55, 120, 121, 122, 128, 177
tarihsel kavrayış 70
tartışma aklı 128
tasım muhakemesi 274
taşıyıcı annelik 201, 232
tecavüz 207
terörizm 145
Teubner 11
Thomas, Clarence 224
Thoreau, Henry David 138, 139, 140, 141, 142, 143, 294
tıp 34, 167
al-Timimi, Ali 148, 149, 155, 156
toplum 135, 166, 279
toplumsal: ~ baskı 17; ~ cinsiyet 45, 207, 210, 211, 212, 217, 220
tröst 236
tüketim atıkları 265

U

Ulusal Güvenlik Konseyi 35
Uluslararası: ~ Ceza Mahkemesi 28, 30, 51; ~ hukuk 11, 16, 25, 26, 27, 35, 48, 50
Usule-Uygunluk 135
uzay ve zaman 123

Ü

Üçüncü Cenevre Konvansiyonu 146
Üçüncü İmparatorluk 20, 24, 80
üst: ~ kaideler (superstatutes) 137; ~ norm 116

V

Vatanseverlik Kanunu 148
vicdan 43, 44, 169, 173, 206, 267

W

Wagner Kanunu 237
Warren, Earl 66, 67, 68, 74
Weber, Max 258
White, Byron 197
Wyzanski Jr, Charles 26, 294

Y

Yahudiler 24, 42, 79
yakın neden 247
yararçılar 175, 176, 188
yararçılık 195
yargı 15, 27, 92, 95, 103; ~ denetimi 91, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 141
yargıçlar 30, 73, 74, 78, 160, 162, 227
yasa koyma 134
yasama organı 46, 89
yeni düzen 91, 100, 134, 137, 138, 143, 238, 239, 261
yeniden yapılandırma değişiklikleri 136, 137
Yüksek Mahkeme 28, 65, 80, 85, 87, 91, 93, 94, 95, 97, 100, 112, 137, 138, 141, 146, 148, 165, 197, 233, 234, 251
yükümlülük sorunu 253

Z

zarar ilkesi 195