

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

qasa  siyasa

*Bu dizi Cemal Bâli Akal'ın yönetiminde
Dost Kitabevi Yayınları için hazırlanmaktadır.*

Hakları Ciddiye Almak

Ronald Dworkin
(1931)

Amerikan hukuk felsefecisi Ronald Dworkin Harvard ve Oxford üniversitelerinde hukuk eğitimi gördü. Londra ve New York'ta hukuk profesörü olarak çalışan Dworkin, H. L. A. Hart'ın pozitivizm anlayışı üzerine kaleme aldığı eleştirel yazılarla tanındı. Eşitlik kuramı ve entegral bir hukuk kavramı üzerine kurulu olan, kendisine has bir hukuk kavrayışı geliştirdi ve özellikle seksenlerin başında büyük ilgi gördü.

Bugüne dek yayımlanmış belli başlı yapıtları arasında *A Matter of Principle* (1981), *Freedom's Law* (1996), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000) ve *Justice in Robes* (2006) sayılabilir.

- 1) HUKUK ÖZGÜRLÜK VE AHLAK, H. L. A. Hart, Şubat 2000
- 2) DEVLET KURAMI, Der.: Cemal Bali Akal, Temmuz 2000
- 3) SİYASİ İLAHİYAT, Carl Schmitt, Temmuz 2002
- 4) NE HUKUK NE DE AHLAK, Turgut Tarhanlı, Ocak 2003
- 5) İNSANSIZ YÖNETİM, Turgut Tarhanlı, Ocak 2003
- 6) REFAH DEVLETİNİN KRİZİ, Pierre Rosanvallon, Şubat 2004
- 7) ETİKA, Benedictus (Baruch) Spinoza, Aralık 2005
- 8) PARLAMENTER DEMOKRASİNİN KRİZİ, Carl Schmitt, Nisan 2006
- 9) LİBERALLER VE CEMAATÇİLER, Der.: A. Berten, P. da Silveira, H. Pourtois, Eylül 2006
- 10) TRACTATUS POLITICUS, Benedictus (Baruch) Spinoza, Ocak 2007
- 11) TUTUNAMAYANLAR VE HUKUK, Şebnem Gökçeoğlu Balcı, Mart 2007

Dworkin, Ronald

Hakları Ciddiye Almak

ISBN 978-975-298-309-0 / Türkçesi; Ahmet Ulvi Türkbaş / Dost Kitabevi Yayınları

Haziran 2007, Ankara, 429 sayfa

Hukuk-Hukuk Felsefesi-Doğal Hak Kuramı-Notlar-İsim Dizini

HAKLARI CİDDİYE ALMAK

Ronald Dworkin

ISBN 978-975-298-309-0

Taking Rights Seriously
RONALD DWORKIN

© Harvard University Press, 1977, 1978

Bu kitabın Türkçe yayın hakları
Akcalı Ajans Ltd. Şti. aracılığıyla
Dost Kitabevi Yayınları'na aittir.
Birinci Baskı, Haziran 2007, Ankara

İngilizceden çeviren, Ahmet Ulvi Türkbağ

Teknik hazırlık, Ferhat Babacan - Dost İTB
Baskı ve cilt, Pelin Ofset Ltd. Şti., Ankara
Mithatpaşa Caddesi 62/4 Yenışehir 06420 Ankara

Dost Kitabevi Yayınları
Meşrutiyet Cad 37/4, Yenışehir 06420, Ankara
Tel: (0312) 435 93 70 • Fax: (0312) 435 79 02
www.dostyayinevi.com • bilgi@dostyayinevi.com

İçindekiler

Giriş	9
1. Hukuk Bilim [Hukuk Felsefesi]	20
2. Kurallar Modeli I	36
3. Kurallar Modeli II	73
4. Zor Davalar	114
5. Anayasal Davalar	167
6. Adalet ve Haklar	189
7. Hakları Ciddiye Almak	223
8. Sivil İtaatsizlik	249
9. Karşıt Ayrımcılık	268

10. Özgürlük ve Ahlakçılık	287
11. Özgürlük ve Liberalizm	308
12. Hangi Haklara Sahibiz?	315
13. Haklar Tartışmalı Olabilir mi?	328
Ek: Eleştirilere Cevap	341
İsim Dizini	428

Giriş

1.

Elinizdeki kitabın bölümleri, hukukun ne olduğu ve kimin, ne zaman ona itaat etmesi gerektiği konusunda büyük siyasi tartışmaların olduğu bir dönemde, ayrı ayrı yazılmıştır. Aynı dönemde, bir zamanlar neredeyse tüm siyasilerin benimsediği 'liberalizm' adı verilen siyasi düşünce çekiciliğinden çok şey kaybetmiş görünüyordu. Orta yaşlılar liberalizmi fazla serbestisi yüzünden, gençler ise katılığa, ekonomik adaletsizliğe ve Vietnam Savaşı'na yol açtığı için suçladılar. Hukuktaki belirsizlik, geleneksel siyasi tutumdaki belirsizliği yansıtıyordu.

Kitabın çeşitli bölümleri liberal bir hukuk kuramını tanımlayıp savunuyor. Bununla birlikte, liberal bir kuram olduğuna geniş ölçüde inanılan başka bir kuramın da keskin bir eleştirisini yapıyor. Bu kuram öylesine yaygın ve etkili olmuştur ki, onu egemen hukuk kuramı olarak adlandıracam. Egemen hukuk kuramı iki kısımdan oluşur ve bu kısımların birbirlerinden bağımsız olduğunda diretir. Bunlardan ilki hukukun ne olduğuna ilişkin bir kuramdır; daha az dramatik bir anlatımla, hukuki bir önermenin doğruluğu için gerekli ve yeterli koşullara ilişkindir. Bu kuram, hukuki önermelerin doğruluğunun, yalnızca belirli sosyal kurumlar tarafından

edinilmiş kurallara ilişkin olgularla sınırlı olduğunu kabul eden hukuki pozitivizmdir. İkinci kısım ise hukukun ne olması ve bilinen hukuki kuramların nasıl hareket etmesi gerektiğine dair bir kuramdır. Bu, hukuk ve kurumlarının başka bir şeye değil de yalnızca genel refaha hizmet etmesi gereğini benimseyen yararcı kuramdır. Egemen kuramın her iki kısmı da Jeremy Bentham'ın felsefesinden türemiştir.

Kitaptaki denemelerin eleştirel bölümleri hem kuramın her iki kısmını hem de bu kısımların birbirlerinden bağımsız oldukları varsayımını eleştiriyor. Yapıcı [*constructive*] bölümleri ise, liberal geleneğin bir parçası olmakla birlikte hukuki pozitivizmde ve yararcılıkta yeri olmayan bir düşünceyi vurguluyor. Bu, eski bireysel insan hakları düşüncesidir. Bentham bu düşünceye “yüceltilmiş anlamsızlık”* demiştir.

2.

Bir genel hukuk kuramı kavramsal olduğu kadar normatif de olmalıdır. Normatif kısmı, aşağıdaki listede değinilen çeşitli konuları ele almalıdır. Bir yasama, bir hükme varma [*adjudication*] ve bir uyum [*compliance*] kuramına sahip olması gerekir; bu üç kuram hukukun normatif sorularını kanun koyucunun, hâkimin ve sıradan bir yurttaşın bakış açısıyla ele alır. Yasama kuramı, belli bir kişinin ya da grubun kanun yapmaya yetkili kılındığı şartları betimleyen bir meşruiyet [*legitimacy*] kuramını ve bu kişi ya da grubun yapmaya yetkili ya da yapmakla yükümlü olduğu kanunları betimleyen bir adil yasama [*lagislative justice*] kuramını içermelidir. Hükme varma [*yargılama – adjudication*] kuramı da çok parçalıdır: Hâkimlerin zor davalarda karar verirken kullandıkları standartları belirleyen bir uyumsuzluk kuramı ile neden ve ne zaman, diğer gruplar ve kurumlar değil de hâkimlerin, uyumsuzluk kuramının gerektirdiği kararları alacaklarını açıklayan bir yargı yetkisi [*jurisdiction*] kuramını içermelidir. Uyum [*compliance*] kuramı iki rolü karşılaştırmalı ve tartışmalıdır. Farklı şartlar altında ve farklı devlet biçimlerinde vatandaşın kanunlara itaat etme görevinin doğasını ve sınırlarını tartışan bir riayet etme [*deference*] kuramını ve zorlama ve cezanın amaçlarını tartışan, yetkililerin farklı suç ve ihlal kategorilerine nasıl cevap vermeleri gerektiğini betimleyen bir zorlama kuramını içermelidir.

* Nonsense on stilts: “Sınıklar üzerindeki anlamsızlık.” (ç.n.)

Genel bir hukuk kuramı bu kategorilerden herhangi birine girmeyen konuları kapsayacaktır ve bunlardan birine dahil olan bir başlık, diğerlerine de dahil olabilir. Örneğin, siyasi yönden hassas bir konu olan anayasalcılık [*constitutionalism*] meşruiyet kuramının konusudur. Çoğunluğun seçilmiş temsilcileri kendilerine adil ve etkili görünen bir tasarımı neden yasalaştıramasınlar ki? Ama ilgili bir soru da hukuk kuramının kavramsal kısmında yer alır. Anayasanın kimin kanun yapmaya ehil olduğunu ve nasıl yapacağını tanımlayan en temel ilkelerinin bizzat kendileri hukukun bir parçası sayılabilir mi? Bu kavramsal soru açıkça diğer meşruiyet ve yargı yetkisi sorularına bağlıdır. Eğer anayasada somutlaşan siyasi ilkeler hukuk ise, yargıçların anayasanın ne gerektirdiğine karar verme hakkı en azından *prima facie* [ilk bakışta] doğrulanmış olur. Eğer bu ilkeler açık toplumsal ya da siyasi kararların ürünü olmadıkları halde hukuk iseler, bu anlamıyla hukukun doğal olabileceği olgusu, anayasanın çoğunluğun gücü üzerine getirdiği kısıtlamayı destekler niteliktedir. Bu kavramsal soru ile meşruiyet ve yargı yetkisi soruları da belirgin bir şekilde uyum kuramı ile ilgilidir; örneğin onlar, bir muhalifin akla yatkın hatta tutarlı bir şekilde anayasanın temelindeki hukukun ne gerektirdiğine dair kendi düşüncesinin, yasama meclisinin ve hâkimlerin bu konudaki düşüncelerinden üstün olabileceğini söyleyip söyleyemeyeceği sorununa bağlıdır.

Sonuç olarak, bir genel hukuk kuramının değişik kısımlarının birbirine olan karşılıklı bağımlılığı karmaşıktır. Aynı şekilde, bir genel hukuk kuramının felsefenin diğer kolları ile de birçok bağlantısı olacaktır. Normatif kuram, insan doğası ya da ahlakın nesnelliği hakkındaki felsefi kuramlara bağlı olan daha genel bir siyaset ve ahlak felsefesinin içine yerleştirilecektir. Kuramın kavramsal kısmı, dil felsefesinden ve böylelikle mantık ve metafizikten de yararlanacaktır. Örneğin, hukuki önermelerin ne anlama geldiği ve her zaman doğru ya da yanlış olup olmadıkları konusu, felsefi mantığın içinde yer alan çok zor ve tartışmalı sorularla yakın bağlantılar oluşturur. Bundan dolayı, bir genel hukuk kuramı, belirgin olarak hukuki olmayan felsefe sorunları konusunda sürekli olarak tartışmalı tavırlardan birini ya da ötekini takınmak zorundadır.

3.

Bentham, Anglo-Amerikan akımında biraz önce betimlenen şekilde bir genel hukuk kuramı sunan son felsefecidir. Yapıtında bir genel hukuk

kuramının kavramsal ve normatif kısımları* ile ikincinin içerisindeki ayrı ayrı meşruiyet [*legitimacy*], adil yasama [*lagislative justice*], yargı yetkisi [*jurisdiction*] ile uyumsuzluk kuramlarının tümü, yararcı bir siyaset ve ahlak kuramı ile daha genel deneyci bir metafizik kuramda uygun biçimde ilişkilendirilmiş olarak bulunabilir. Bu genel kuramın her bir parçası farklı akademisyen hukukçular tarafından geliştirilmiş ve düzeltilmiş olmakla birlikte, egemen hukuk kuramı hem İngiliz hem de Amerikan hukuk fakültelerinde Benthamcı olarak kalmıştır.

Kuramının kavramsal kısmı olan hukuki pozitivizm oldukça geliştirilmiştir. Pozitivizmin en güçlü çağdaş uyarlaması H. L. A. Hart tarafından önerilendir ve elinizdeki kitapta eleştirilen de Hart'ın uyarlamasıdır. Bentham'ın kuramının normatif kısmı, hukuk kuramının içinde ekonomik analiz kullanılarak işlenmiştir. Ekonomik analiz bir toplumu oluşturan bireylerin refahını tanımlamak ve ölçmek için gerekli olan standartları (bu standartların doğası oldukça tartışmalı olmakla birlikte) sağlar ve bir meşruiyet, adil yasama, yargı yetkisi, uyumsuzluk ve aynı zamanda, uyum ve zorlama kuramının normatif sorularının, hukuk kurumlarının tüm amacı bu bireylere en yüksek ortalama refahı sağlamak olan bir sistem oluşturduğu varsayılarak yanıtlanması gerektiğini savunur. Bu genel normatif kuram daha önce yararcılık kuramı uyarlamalarının göz ardı ettikleri sorunların üzerinde durur: Tüm kurumların, herhangi bir siyasi kararın genel refah üzerindeki etkisini eşit düzeyde hesaplayabileceğini varsaymak yerine, bir kurumsal yeterlilik kuramına göre farklı soru türlerini farklı kurumlara yönlendirerek bu amaca daha güvenli bir şekilde yürünebilir.¹

Hukuki pozitivizm ve ekonomik yararcılık karmaşık öğretiler olduğuna göre, egemen hukuk kuramının, birbirlerine de aynı ölçüde karşıt olan,

* Tüm kitap boyunca Dworkin'in köklü biçimde eleştireceği Anglo-Sakson kökenli modern Jurisprudence yani Hukuk Bilimi, Hukuk Genel Kuramı ya da Hukuk Felsefesi Hume, Bentham ve Austin çizgisinde pozitivist olarak şekillenmiştir. Bu süreçte 'olan' (be) ile 'olması gereken' (ought) yani olgusal alan ile normatif alan ayrılmış (Hume); laikleşme, rasyonalizm ve Aydınlanma'nın etkisiyle tek 'gerçek taban' sayılan yararcı psikoloji ahlakın temeli olarak saptanmış (Bentham); aynı doğrultuda hukuk bilimi de analitik ve normatif olarak ikiye ayrılmıştır. Bu bağlamda analitik (kavramsal) hukuk biliminin fen bilimlerinden gelen esinle hukuku betimlemeye, tanımlamaya, bir doğa olayı gibi ele alarak "(...) tüm yasalarda ortak olan öz ve doğayı" saptamaya çalışmasına karşılık, normatif hukuk bilimi ise hukuku değerlendirmeye tabi tutarak 'olan' hukuktan çok 'olması gereken' hukuku konu alır; bkz. John Austin, "Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law", 5. basım, c. I, Lowe and Brydone, 1885, s. 32, 80. (ç.n.)

1) Örneğin, etkili bir öğretim malzemesi olarak bkz. H. M. Hart ve A. Sachs, *The Legal Process* (Harvard Hukuk Fakültesi tarafından basılmış teksir malzemeler).

birçok karşıtı vardır. Örneğin, egemen kurama kolektivizmin değişik biçimleri tarafından karşı çıkmıştır. Hukuki pozitivizm, hukukun açık toplumsal uygulamalar ya da kurumsal kararlar tarafından oluşturulduğunu varsayar. Yasamanın örtük bir genel ya da ortaklaşa iradenin ürünü olduğunu savunan daha romantik ve anlaşılması güç düşünceyi reddeder. Ekonomik yararcılık (yalnızca bir dereceye kadar olsa da) bireycidir. Genel ya da ortalama refah amacını yasamada bir adalet standardı olarak belirler, ancak genel refahı ayrı ayrı bireylerin refahının işlevi olarak tanımlar ve ayrı bir varlık olarak toplumun bazı bağımsız çıkarları ve yetkileri olduğu düşüncesine ısrarla karşı çıkar.

Egemen kuram ussalcı olduğu için de eleştirilir. Kavramsal kısmında, hukukun, seçimlerinin yarattığı kurallara genel bir itaat sayesinde toplumu değiştirmeyi planlayan erkek ve kadınların amaçlı ve kasıtlı kararlarının ürünü olduğunu öğretir. Normatif kısmında ise bu tür planlar üzerine kurulmuş kararları önerdiğinden, siyaset yapan erkek ve kadınların fazlasıyla karmaşık toplumlardaki ciddi belirsizlik şartları altında etkin kararlar alabilecek yetenek, bilgi ve erdeme sahip olabileceklerini varsayar.

Egemen kuramın bireycilik ve ussalcılığını eleştirenlerin bazıları siyasal tartışmalarda adlandırıldığı gibi “sol”u temsil ederler. Hukuki pozitivizmin biçimciliğinin mahkemeleri, tutucu toplumsal politikalara hizmet eden zayıf bir yönlemsel adalet duygusunu, bu politikaları temelinden sarsan daha zengin içerikli bir adaletin yerine koymaya zorladığına inanırlar. Ekonomik yararcılığın sonuçlarının adaletsiz olduğuna –çünkü fakirliği, verimliliğe giden bir yolda sürekli kılar– ve insan doğası kuramının da eksik olduğuna –çünkü bu anlayış bireyleri, topluluk duyguları kendi benliklerinin temel bir parçası olan doğuştan sosyal varlıklar olarak görmek yerine, toplumun kendini düşünen atomları olarak kabul eder– inanırlar.

Öte yandan, egemen kuramın diğer birçok eleştirmeni de siyasi sağ ile bağlantılıdır.² Amerikan siyaset kuramında yeni yeni popüler olan Edmund Burke’un araştırmacı felsefesini takip ederler ve toplumun gerçek hukukunun, hukuki pozitivizmin savunduğu gibi sadece kasıtlı kararlarla sınırlı olmadığını, aynı zamanda bu kararlar üzerinde büyük etkisi olan yaygın geleneksel ahlaktan da oluştuğuna inanırlar. Geleneksel ahlaka aykırı olan kasıtlı kararların toplumun refahını artıracığında ısrar eden ekonomik yararcılığın ümitsiz derecede iyimser olduğuna inanırlar. Burke’la birlikte toplumun refahını artırmaya en uygun kuralların, o toplumun

2) Bkz. örneğin, Hayek, *Law, Liberty and Legislation*.

deneyimlerinden ortaya çıkacağını, bundan dolayı yerleşik toplumsal kültüre, tarihten daha iyi bildiklerini varsayan yararcıların toplum mühendisliğinden çok güvenilmesi gerektiğini ileri sürerler.

Bununla birlikte, egemen kuramın bu çok farklı eleştirilerinden hiçbirini, kuramın yukarıda söz ettiğim belirli bir özelliğine meydan okumaz. Bu eleştirilerden hiçbirini, egemen kuram eksiktir çünkü bireylerin devlete karşı açık yasama yoluyla yaratılan haklara ön gelen hakları olabileceği fikrini reddeder, iddiasında bulunmaz. Aksine, sol ve sağ muhalefet egemen kuramı, bireylerin birey olarak kaderi konusundaki, kendilerince aşırı duyarlılığı nedeniyle kınamada birleşirler. Elinizdeki kitapta savunulan kuvvetli anlamıyla bireysel haklar düşüncesi, onlar için, egemen kuramın zaten muzdarip olduğu yalnızca abartılmış marazi bir durumudur.

4.

Bu düşünce elbette birçok farklı filozof tarafından birçok farklı şekilde ileri sürülmüştür, ama egemen kuram bu fikri her biçimiyle reddeder. Hukuki pozitivism, hukuki [legal] hakların herhangi bir yasama biçiminden önce var olabileceği düşüncesini reddeder; bireylerin ya da grupların hükme varmada bir toplumun hukukunun bütününü oluşturan açık kurallar derlemesinin verdiği haklardan başka hakları olabileceği düşüncesini de reddeder. Ekonomik yararcılık siyasal hakların hukuki haklardan önce var olabileceği, yani yurttaşların bir yargısal kararı bu kararın gerçekte genel refaha hizmet etmemesi nedeni dışında meşru biçimde protesto edebilecekleri düşüncesini reddeder.

Egemen kuramın doğal haklara karşı çıkışı büyük ölçüde Bentham'ın bir düşüncesinin sonucudur: Saygın bir deneysel metafizikte doğal hakların yeri yoktur. Liberaller varlıkbilimsel lüksten kuşku duyarlar. Değişik kolektivism biçimlerinin kolektif irade ya da ulusal ruh* gibi hayali varlıklara dayanmasının bu biçimlerin başlıca zayıflığı olduğuna inanırlar. Bundan dolayı, aynı derecede şüpheli varlıklara dayanan tüm doğal hak kuramlarına da karşıdırlar. Ancak bu denemelerin savunduğu bireysel

* Burada Dworkin, ileride sol bir renk alacak olan Rousseaucu 'genel irade' ile R. von Savigny'nin temsil ettiği Tarihçi Hukuk Okulu'nun 'halk ruhu' kavramlarına gönderme yapıyor. İlki bireyi kendi iradesine rağmen özgürlüğe (kendi dışında belirlenen bir özgürlük anlayışına) zorlamayı meşru gördüğü, ikincisiyse ulusun uzak tarihinde belirsiz, mistik bir halk ruhu kavramında hukukun meşruiyetini bulduğu için liberallerce reddedilirler. (ç.n.)

haklar düşüncesi hiçbir hayali biçimi koşul olarak gerektirmiyor, gerçekte bu düşünce, egemen kuramın ana düşüncelerinden farklı bir metafizik karaktere sahip değildir. Aslında yararcılığın baskın fikrinden, bir bütün olarak toplumun kolektif amacı düşüncesinden yararlanmaktadır.

Bireysel haklar bireylerin ellerinde tuttuğu siyasal kozlardır. Bireyler, kolektif bir amaç herhangi bir nedenden ötürü, bazı kayıp ve zararlara uğratılmalarını, ya da bireysel olarak sahip olmak ya da yapmak istedikleri şeylerden yoksun bırakılmalarını meşrulaştıracak yeterlilikte bir temel olmadığı zaman, haklara sahiptirler. Elbette bir hakkın bu biçimde tanımlanması, insanların hangi haklara sahip olduklarını göstermemesi ya da herhangi bir hakları olduğunu garantilememesi anlamında biçimseldir. Ama hakların bazı özel metafizik nitelikleri olduğunu varsaymaz ve bu denemelerde savunulan kuram bu varsayıma dayanan eski hak kuramlarından böylece ayrılır.

Kuram, bireylerin sahip olduğu farklı tip haklar arasında ayırım yapabilmek için bir lügatçe gerektirir. 4. Bölüm'de bir lügatçe sunuldu. Burada yapılan ayrımların en önemlisi siyasal hakların iki biçimi arasındaki ayırmadır: Topluluk ya da toplumun bütünü tarafından alınan kararların soyut bir şekilde karşısında duran arka plan haklar ve belirli [*specific*] bir kurumun kararlarının karşısında duran daha belirli kurumsal haklar. Böylece, hukuki haklar, siyasi hakkın ayrı bir türü olarak, bir mahkemelerin yargılama işlevinde karar alma kurumsal hakkı biçiminde tanımlanabilirler.

Hukuki pozitivizm bu lügatçe içinde, bireylerin sadece açık siyasi kararlar ya da açık toplumsal uygulamalar tarafından yaratılmış hukuki haklara sahip olduğunu belirten kuramdır. Bu kuram 2. ve 3. bölümlerde yetersiz bir kavramsal hukuk kuramı olarak eleştirilmiştir. 4. Bölüm, bireylerin açık kararlar ya da uygulamalar yoluyla yaratılmış haklardan başka hukuki haklara nasıl sahip olabileceğini gösteren alternatif bir kavramsal kuram önermektedir; yani açık bir karar ya da uygulamanın, her iki yönde bir kararı gerektirmediği zor davalarda bile onların belirli yargısal [*adjudicative*] kararlara hakları olabilir.

4. Bölüm'ün argümanı* alternatif kuramın kavramsal ve normatif kısımları arasında bir köprü kuruyor. İlke ve politika argümanları arasın-

* Tüm metin boyunca *argument* sözcüğü dilimizde kullanıldığı biçimiyle 'argüman' olarak bırakılacaktır. Çünkü yazar bu sözcüğü yalnızca sav, iddia, savunulan görüş anlamıyla kullanmakta, aynı zamanda onunla, belli bir görüşü kanıtlamak için ileri sürülen mantık zincirini de kastetmektedir. (ç.n.)

daki ayrımın üzerinde duran ve ilke argümanları üstüne dayalı adli kararların, demokratik ilkelerle bağdaştığını savunan bir normatif hükme varma [yargılama – *adjudication*] kuramı sunuyor. 5. Bölüm bu normatif hükme varma kuramını, anayasa yargısındaki merkezi ve siyaseten önemli davalara uyguluyor. O, kuramı adli eylemcilik [*judicial activism*] diye bilinen akım ve anayasa hukukunda sınırlama arasındaki tartışmayı eleştirmek için kullanıyor ve siyasi uyuşmazlıklar olduğu davalarda bile ilke argümanlarıyla sınırlı adli incelemenin uygunluğunu savunuyor.*

6. Bölüm bir yasama hakları kuramının temellendirilmesini tartışıyor. Bölüm, John Rawls'ın güçlü ve etkili adalet kuramının analizi yoluyla, adalete ilişkin sezgilerimizin yalnızca insanların haklara sahip olduğunu değil, bu haklardan bir tanesinin temel ve hatta aksiyomatik olduğunu da gerektirdiğini iddia ediyor. Bu en temel hak farklı bir eşitlik hakkı anlayışıdır ki ben bunu eşit ilgi ve saygı hakkı olarak adlandıracam.

7. ve 8. bölümler normatif bir uyum [*compliance*] kuramını savunuyor. 7. Bölüm bireylerin yasamaya ilişkin, ama mutlaka hukuki olmayan, haklarının tartışmalı olduğu davalar üzerine düşünüyor. Bölüm herhangi bir bireysel haklar dizisini desteklemiyor, yalnızca bireylerin yasal haklarından önce ve bunlardan ayrı olarak yasamaya ilişkin bazı haklarının olduğunun kabul edilmesiyle belirli sonuçların doğduğunu öne sürüyor. Bundan dolayı bu uyum kuramı insanların fiilen sahip olduğu yasamaya ilişkin ve arka plan haklarının özellikleriyle ilgili varsayımlara dayanmıyor; hatta 6. Bölüm'ün soyut sonucunu da önceden varsaymıyor. Bu nedenle, haklara önem veren herhangi bir siyaset kuramının önemli bir gerekliliğini yerine getirmiş oluyor: İnsanların gerçekten hangi haklara sahip olduğunun belirsiz ve tartışmalı olduğu koşullar altında bir uyum kuramı sunuyor.

8. Bölüm çözümlemeyi, hukuki haklar üzerinde belirsizlik ve uyuşmazlık olan davalara uyguluyor. Uyum kuramının önemli ve sıkça göz ardı edilen iki sorusunu ortaya koyuyor: Bir yurttaşın anayasal haklarının belirsiz olduğu ama hükümetin onu yanlış olduğuna inandığı bir şeyi yapmaya zorlayacak hukuki hakkı bulunmadığına gerçekten inandığı bir durumda arka plan hak ve sorumlulukları nelerdir? Yurttaşın, yasanın ne olduğuna dair düşüncesinde hatalı ancak samimi olduğuna inanan yetkililerin sorumlulukları nelerdir?

* Mahkemeler genelde 'hukuki sorunları' çözüme bağlarlar. Örneğin, işsizliğin yüksek olduğu bir bölgeye fabrika mı açılması yoksa o bölge tarımının mı iyileştirilmeye çalışılması gerektiği sorunu gibi siyasi sorunları çözmek yargının alanı dışındadır. (ç.n.)

9. Bölüm, 6. Bölüm'de betimlenen ilgi ve saygı hakkına geri dönüyor. Eşitlik anlayışının Amerikan Anayasası'nın On Dördüncü Ekinde bulunan ünlü Eşit Koruma Koşulunu yorumlamakta nasıl kullanılabileceğini ve bu şekilde kullanıldığında, ırk ayrımcılığı konusundaki sezgilerimizi nasıl onayladığını ve karşıt ayrımcılık diye adlandırılan siyasi olarak tartışmalı uygulamayı da desteklediğini gösteriyor.

10, 11 ve 12. bölümler birçok siyaset felsefecisi tarafından en önemli siyasi hak olarak kabul edilen farklı bir hakkın birbiriyle rekabet eden savlarını dikkate alıyor. Bu hak sıkça eşitlik hakkına yalnızca rakip değil, bazı durumlarda onunla çelişkili görülen sözde özgürlük hakkıdır. 12. Bölüm böyle bir özgürlük hakkı olmadığını, gerçekte böyle bir hak düşüncesinin kendisinin bir karmaşa olduğunu iddia ediyor. Bu bölüm bireylerin, 10. Bölüm'de tartışılan kişisel ahlaki kararlar alma ya da Anayasal Haklar Bildirgesi'nde betimlenen özgürlük hakkı gibi bazı ayrı özgürlük hakları olduğu düşüncesini reddetmiyor. Aksine, 12. Bölüm bu geleneksel hakların, daha soyut bir genel özgürlük hakkından değil ama eşitlik hakkının kendisinden türediğini savunuyor. Bundan dolayı denemeler yaygın ve tehlikeli bir düşünce olan bireycilik eşitliğin düşmanıdır düşüncesine karşıttır. Bu düşünce, eşitlikten nefret eden özgürlükçülerin ve özgürlükten nefret eden eşitlikçilerin ortak yanılgısıdır; her biri aslında diğerinin adı altındaki kendi idealine saldırır.

5.

Bu denemeler farklı bir hukuk kuramının ana yapısını oluşturur. Hepsi bu kuramın izinde yazılmış olsalar da, ayrı ayrı yazılmışlardır, bundan dolayı önem verdikleri konularda ve ayrıntılarda çakışmalar ve farklılıklar içerirler. Söylediklerime yapılacak itirazların tümünü öngörmüyorlar ve benim de irdeledikleri konuların birçoğunda söylemek istediklerimin tamamını barındırmıyorlar.

Örneğin, belli bir bireyin ister arka plan ister hukuki olsun hangi siyasi haklara sahip olduğunu kanıtlayan [*demonstration*] herhangi bir mekanik prosedürün varlığı benim kuramımın bir parçası değildir. Aksine, bu denemeler, siyasette ve hukukta zor davalar olduğunu, bu davalarda makul hukukçuların haklar üzerinde anlaşılamayacaklarını ve hiçbirinin diğerini kesin bir şekilde ikna edecek bir argümana sahip olmadıklarını vurguluyor. Böyle durumlarda herhangi bir hakkın olduğunu varsayma-

nın da anlamsız olduğu şeklinde bir itiraz yapılabilir. Bu itiraz, en azından ilke olarak, doğruluğunu herhangi bir makul insanın kabul etmesini gerektirecek biçimde kanıtlamak için bazı prosedürler var olmadıkça, hiçbir önermenin doğru olamayacağı felsefi kuramını varsayar.* 13. Bölüm, bu genel felsefi düşünceyi özellikle haklar hakkındaki argümanlarda kullanıldığı şekliyle kabul etmek için hiçbir nedenimiz olmadığını ama reddetmek için iyi nedenlere sahip olduğumuzu iddia ediyor.³

Bununla birlikte, pratikte doğruluğu ya da yanlışlığı kanıtlanmadıkça haklarla ilgili iddialarda bulunmanın ya da tartışmanın bir anlamı olmayacağı itirazı, her durumda ileri sürülebilir. Bu itiraz yersizdir. Eğer böyle olsaydı, ne siyasi argümandaki samimiyet ya da siyasi kararda sorumluluk fikirlerini, ne de zor davalarda haklara ilişkin iddiada bulunmak gibi hepimizin kullandığı yaygın uygulamayı anlayabilirdik. Buna rağmen, bir siyaset kuramının bazı çok önemliler de dahil olmak üzere birçok hak iddiasının kanıtlanamayacağı olgusunu tanıması ve bu nedenle, haklar tartışmalı olduğunda resmi kararı yönlendirecek ilkeler sağlaması oldukça önemlidir. Daha önce söylediğim gibi, 7. ve 8. bölümlerde geliştirilen uyum kuralı böyle ilkeler sağlıyor.

12. Bölüm bazı belirli arka plan ve kurumsal hakları tanıma yanlısı bir argüman sunuyor. Orada söylediğimi burada tekrar etmek akıllıca olabilir: Ne orada betimlenen haklar, ne de bu hakları savunmak için kullanılan yöntem, diğer hakları ya da diğer argüman yöntemlerini dışlamak anlamına gelir. Genel haklar kuramı, normalde siyasi bir karar için haklılaştırma sağlayan kolektif bir amacın niçin bazı bireyler için belirli bir dezavantajı haklılaştırmadığını ortaya koymaya yetecek, her biri birtakım nedenler sağlayan farklı argüman türlerine olanak tanır.

Bununla birlikte, elinizdeki kitap siyasi haklar için tercih edilen bir argüman biçimi öneriyor: Belirli hakların temel ve aksiyomatik kabul edilen soyut ilgi ve saygı hakkından türetilmesi. 6. Bölüm, yoksullar yararına ekonomik haklara ilişkin bildik argümanın kaynağının bu soyut hakta

* Dworkin burada bilimsel önermelerin doğrulanabilir ya da yanlışlanabilir (Popper) olması ayrıca genel ilkelere özele doğru mantıksal çıkarımla gösterilebilirliği (Hempel) sorunlarını 'kanıtlanabilirlik tezi' (*demonstrability thesis*) bağlamında tartışmaktadır. Buna göre, özetle, 'ancak doğruluğu mantıksal çıkarımla gösterilebilen, kanıtlanabilen önermeler doğru ya da yanlıştır'. Bu kendi kendini yıkıcı bir savdır çünkü bizzat tezin temeli olan bu önermenin doğruluğunu mantıksal olarak göstermek mümkün değildir. (ç.n.)

3) Ayrıca bkz. *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* içinde "No Right Answer", Londra 1977.

bulunabileceğini, 9. ve 12. Bölümler ise farklı bir argümanla bildik medeni hakların aynı kaynaktan nasıl türetilebileceğini gösteriyor. Buna ek olarak, 12. Bölüm ilgi ve saygı hakkının, diğer haklar arasında başka bir şekilde de temel bir hak olduğunu öneriyor, çünkü kolektif amaç fikrinin kendisinin nasıl bu temel haktan türemiş olabileceğini gösteriyor. Eğer öyleyse, ilgi ve saygı o kadar temel bir haktır ki, bir sınırlayıcı olmanın dışında, hakların kolektif amaçlar üzerindeki kozlar olarak tanımından elde edilmez, çünkü o hem kolektif amaçların genel otoritesinin hem de onların otoritesi üzerinde daha belirli hakları onayan özel sınırlamaların kaynağıdır.

Yine de, siyaset kuramındaki bu birlik sözü denemelerde belirgin değildir. Eğer gerekiyorsa, bu başka bir yerde savunulmalıdır. Özellikle, ekonomik kolektif amaçların değiş tokuş [*trade-off*] özelliğini haklı çıkaran aynı eşit ilgi anlayışının [*conception*], bu değiş tokuşlardan en çok zarar görenlerin muafiyetini de ekonomik hak biçiminde nasıl haklılaştırdığı, gösterilmelidir. Burada bir gereksinim düzeyleri anlayışına ihtiyaç vardır, böylece eşit ilginin belirli bir aciliyet düzeyindeki gereksinimlerden fedakârlığı haklı çıkarırken, daha acil düzeydeki gereksinimlerden özveriye, bu özveri daha az acil olan daha fazla ihtiyacın tatmini uğrunda olsa bile, izin vermediği gösterilebilir.*

* Dworkin burada klasik yararcılığın kabullerine, özellikle de en çok sayıda insanın en fazla yararını esas alan 'mutluluk matematiğine' katılmayacağını ve Rawls'ın *A Theory of Justice*'inde (302-303) getirdiği adalet ilkeleriyle de [bu kitabın 6. Bölümü: Adalet ve Haklar'da] hesaplaşacağını ipuçlarını vermektedir. (ç.n.)

Hukukçular davalarını ortaya koydukları, müvekkillerine öğüt verdikleri veya belirli sosyal amaçlara ulaşmak için yasalar tasarladıkları zaman, meslek içerisinde genel bir uyuşmanın varlığı anlamında nasıl bir argüman ya da kanıtın uygun olduğuna ilişkin, teknik olan sorunlarla karşılaşır. Fakat bazen hukukçuların bu anlamda teknik olmayan ve nasıl bir yol izleneceği konusunda genel bir uyuşmanın olmadığı sorunlarla da uğraşmaları gerekir. Bir hukukçu belli bir yasanın yürürlükte olup olmadığını değil, adil olup olmadığını sorduğunda ortaya çıkan ahlaki sorun bu duruma bir örnektir. Başka bir örnek de, hukukçular, hukuku belirsiz kavramlarla açıklamaya çalıştıkları zaman doğan kavramsal açmazlardır. Örneğin bir hukukçu haksız fiil hukukunun kişileri yalnızca kendi hatalarından doğan zararlardan sorumlu tuttuğunu söylemek isteyebilir. Başka bir hukukçu bu ifadeyi doğru bulmayabilir ve aralarındaki bu anlaşmazlık, olgu ya da öğretiyle değil, hatanın ne anlama geldiğiyle ilgili bir görüş ayrılığı olabilir. Ya da, iki hukukçu, Yüksek Mahkeme'nin* 1954'teki ayrımcılık davasında, saptanmış ilkelere mi uyduğu yoksa yeni kurallar mı mey-

* Metinde geçen 'Yüksek Mahkeme' ifadelerinden kasıt, ABD'deki başvurulabilecek en üst yargı organı olan Federal Yüksek Mahkeme yani Supreme Court'tur. (ç.n.)

dana getirdiği konusunda anlaşılamayabilirler ve aralarındaki bu anlaşmazlık ilkelerin ne olduğu ve onları uygulamanın ne ifade edeceği sorusuna dönüşebilir. Bu gibi kavramsal anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceği belli değildir; onlar kesinlikle uygulamacı hukukçuların alışılmış tekniklerinin ötesinde duruyorlar.

Hukukçular bu dirençli sorunları 'hukuk bilimsel' olarak adlandırırlar ve beklenebileceği gibi, çözümlenmelerinin önemli olup olmadığı konusunda anlaşmazlar. Hukuk fakültelerinde genellikle bu sorunların araştırılmasına adanan, 'Hukuk Bilimi [Hukuk Felsefesi]', 'Hukuk Kuramı' ya da benzeri bir şekilde adlandırılan özel dersler açılır, ancak bu anlaşmazlıkların ayırıcı özelliği tam da ne çeşit anlaşmazlıklar oldukları ve ne tür araştırma teknikleri gerektirdikleri konusunda bir uyuşma bulunmaması olduğundan, bu derslerde kullanılan yöntemler derin farklılıklar taşır. Dahası, seçilen yöntem, araştırılmak için seçilmiş belirli sorunların seçimine de, bu seçim entelektüel moda ve kamusal olaylardan da etkilenmekle birlikte, etki eder. Örneğin, şimdi kişilerin hukuka uymaya yönelik ahlaki bir yükümlülükleri olup olmadığı sorunu ülke çapındaki hukuk bilimi derslerinde belirgin biçimde yer almaktadır, oysa yirmi yıl önce neredeyse kimse bu soruna dikkat çekmiyordu.

Yakın zamana kadar İngiltere ve Amerika'da hukuk bilimine egemen olan yaklaşım, profesyonel yaklaşım olarak adlandırılabilir. Hukuk bilimini öğreten hukukçular, sıraladıklarına benzer hukuk bilimsel sorunların güçlüğünün tam da alışlagelmiş hukuki tekniklere tabi olmamalarından kaynaklandığını fark ettiler; bununla birlikte güçlüğü bu tekniklerle ele alınabilen sorunları ayırıp geri kalanları yok sayarak aşmayı önerdiler. Hukukçular belirttiğim teknik sorunlarla uğraşırken üç adet belli becerinin birleşimini kullanırlar. Hukukçular, hukuk öğretisini resmi kaynaklardan çıkarmak amacıyla yasaları ve yargısal görüşleri incelemek için eğitilirler. Onlar asli olguları doğru bir biçimde özetleyebilmek için karmaşık olgusal durumları çözümlmek için eğitilirler. Ve taktik terimlerle düşünmek, önceden kararlaştırılmış belirli sosyal değişikliklere ileride neden olacak yasalar ve hukuki kurumlar tasarlamak için yetiştirilirler. Hukuk bilimine profesyonel yaklaşım, hukuk bilimi sorunlarını, üzerlerinde bu üç beceriden bir ya da daha fazlasının uygulanabileceği bir biçime sokmaya çalıştı. Bu yaklaşım sadece bir ilerleme yanılsaması üretti ve hukuktaki gerçekten önemli ilke sorunlarına dokunmadı.

Bu ciddi suçlamayı desteklemek için hukuk biliminin yüzyılın ortasında nerede durduğunu anlatmalıyım. İngiltere'de konu *Salmond on*

Jurisprudence ve *Paton on Jurisprudence* gibi standart ders kitaplarıyla anlatılıyordu.* Bu kitapların çoğu onların, 'etik hukuk bilimi' ya da hukukun ne olması gerektiğinin incelenmesinden dikkatli bir şekilde ayırdıkları, analitik hukuk bilimi dediklerine adanmıştı. Analitik hukuk bilimiyle yalnızca bir dalda ya da bir diğerinde değil fakat hukuk öğretisinin tümünde görülmeleri anlamında hukukta temel olan belirli terimlerin ('kusur', 'zilyetlik', 'mülkiyet', 'ihmal' ve 'hukuk' gibi) anlamlarının ayrıntılı işlenmesini kastettiler. Bu kavramlar daha önce belirttiklerim gibi güçlük çıkarırlar, çünkü hukukçular tam olarak ne ifade ettiklerini anlamamalarına rağmen onları kullanırlar.

Fakat İngiliz metinleri bu kavramlara, onların günlük dildeki anlamlarını aydınlatarak değil, daha çok geleneksel öğretinin yöntemlerini, onların davalarda ve yasalarda ortaya çıkan özgül *hukuki* anlamlarını göstermek için kullanarak saldırdılar. Yargıçların ve hukuk uzmanlarının kanılarını incelediler ve içlerinden, bu güçlük çıkaran kavramları kapsayan çeşitli hukuki kuralların ve öğretilerin özetlerini çıkardılar ancak meslekten olmayan kimselerin kusur, zilyetlik vb. hakkındaki hukuki olmayan çeşitli yargılarıyla bu kuralları bağlamak için çok az şey yaptılar.

Bununla birlikte, hukukçuların bu kavramlar konusunda *neden* tartıştıklarını soracak olursak, öğretiye verilen bu önemin neden konuyla ilgisiz olduğunu anlayabiliriz. Bir hukukçunun kusur kavramı konusunda kaygılanmasının nedeni, mahkemelerin bu terimi nasıl kullandığından veya hukuki kusuru saptayan kuralların ne olduğundan habersiz olması değil, hukuku eleştirmek veya haklılaştırmak üzere hukuki olmayan kusur kavramını kullanmasıdır. Hukukçu –alışkanlık ya da kanılarından dolayı– birini kendi kusuru olmayan bir şey için cezalandırmanın ahlaken yanlış olduğuna inanır; hukukun, bir işvereni işçisinin yaptığından sorumlu tutmasının ya da ihmali olan bir sürücüyü, kurbanın yarası hafif olmasına rağmen hemofili olması nedeniyle ölümünden sorumlu tutmasının, bu ahlaki ilkeye aykırı olup olmadığını bilmek ister. Hukuki öğreti-

* Hume, Bentham, Austin çizgisi sonunda İngiltere, pozitif bilimlerdeki ilerlemeler ile yarırcı ahlak kuramını temel alan hukuki pozitivizme tümüyle bağlanmıştır. Söz konusu kitaplar Austin'in *Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law* (Hukuk Bilimi Üzerine Dersler ya da Pozitif Hukukun Felsefesi) adlı kitabında yaptığı ayrımı dogmatik bir saygıyla izlemişler ve bu doğrultuda 'olan hukuku' inceleyen analitik hukuk bilimi ve 'olması gereken hukuku' inceleyen normatif hukuk bilimi doğrultusunda hukukun salt uygulanmasını emsal kararlar ve yasal düzenlemeler bağlamında ahlaki sorunlara girmeksizin tartışmışlardır. (ç.n.)

nin bu olgularını çok iyi bilir, ancak olguların ilkeyle çatışıp çatışmadığı hakkında kafası karışmıştır. Eğer nezareti altındaki birisi tarafından verilmişse ya da eğer hareketinin sonucundan önceden görebilmesinin olanaksız olduğu koşullardan meydana gelmişse, kişi zararda kusurlu mudur? Bu sorunlar hukukçunun zaten anladığı hukuki kusur kavramının değil, ahlaki kusur kavramının analizini gerektirirler, ancak İngiliz hukuk biliminin görmezden geldiği tam da bu kavramın ahlaki kullanımıdır.

Amerikan hukuk biliminin sicili daha karmaşıktır. Kendisini İngiliz kuramının görece olarak ihmal ettiği görülen bir soruna büyük ölçüde adanmıştı: Mahkemeler zor ya da tartışmalı [*controversial*]* davaları nasıl karara bağlarlar? Bizim mahkemelerimiz on dokuzuncu yüzyıl hukukunun sanayileşmenin ihtiyaçlarına göre yeniden biçimlendirilmesinde İngiliz mahkemelerinden daha büyük bir rol oynadı ve anayasamız İngiltere’de yalnızca siyasi sayılan sorunları hukuki konular haline getirdi. Örneğin İngiltere’de, asgari ücret sorununun adil olup olmadığı siyasal bir sorundur ama Amerika’da anayasal, yani aynı zamanda yargısal bir sorundu. Amerikan hukukçuları bu yüzden mahkemelerin yaptıklarının doğru bir tarifi sağlamak ve eğer yapabilirlerse, bunu haklılaştırmak için daha çok baskı altında kaldılar; bu arayışın en acil olduğu zaman mahkemelerin geleneksel hukuk teorisinin gerektirdiği eski hukuku basitçe uygulamak yerine, yeni ve siyaseten tartışmalı hukuk yaratıyor görünümü verdikleri zamandır.

Bu yüzyılın başında John Chipman Gray ve daha sonra Oliver Wendel Holmes, yargıçların sadece var olan kuralları uyguladıklarını savunan geleneksel öğretiyi yıkan, yargı sürecinin kuşkucu açıklamalarını yayınladılar. Bu kuşkucu yaklaşım 1920’ler ve 30’larda, ‘hukuki realizm’**

* Dava kavramının kendisellikle tartışmalı (tarafaların çelişen, karşıt görüşler ileri sürmele-ri anlamında) olduğu düşünülebilir, ancak Dworkin’in burada kastettiği ilk bakışta ilgili hukuki düzenlemelerin bir tarafın tezlerini destekler görünmediği davalardır. Hart bunlara yarı kararlık davalar (‘penumbral case’, bkz. *Concept of Law*) derken, Dworkin ise zor davalar (‘hard cases’) olarak adlandırıp kuramına temel almıştır, bkz. 3. Bölüm. (ç.n.)

** Hukuki Realizm akımının tek tümceyle özeti ‘hukuki metinlerin ne söylediklerine değil, mahkemelerin ne yaptıklarına’ bakılması, bunun araştırılmasıdır. Hukuk bilimi yine kurallarla uğraşır ama bunlar ‘uygulanacak kurallar değil, uygulamanın kurallarıdır’. Bu nedenle de hukuk, mahkeme kararlarından çıkarılmalıdır. Bu akım 1950’lerde temel tezleri çok savunulabilir olmadığı ve yapıcı olmaktan çok eleştirel olduğu için etkisini yitirmiştir. Ancak günümüzdeki post modern hukuk akımları, özellikle Critical Legal Studies (CLS) realizmden derin izler taşımaktadırlar. Geniş bilgi için bkz. A. U. Türkbağ, “Hukuki Realizm Akımı”, İÜHFMC.LVIII, 79-95, 2000; Ü. Gürkan, “Hukuki Realizm Akımı”, AÜHFY, 1967. (ç.n.)

[gerçekçilik] olarak adlandırılan güçlü entelektüel harekete doğru gelişti. Hareketin liderleri (diğerlerinin yanında, Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges ile Morris ve Felix Cohen) kararlarında değindikleri kuralların üzerinde yoğunlaşıp yargıçların ne yaptıklarını tarif etmeye çalışarak hukuk biliminde öğretisel bir yaklaşımı benimsediğinden genel geçer kuramın yanılmış olduğunu ileri sürdüler. Realistler, yargıçlar gerçekte davaları kendi siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlayıp daha sonra kararı akla uygun kılmak için uygun bir hukuk kuralı seçtiklerinden, bunun bir hata olduğunu iddia ettiler. Realistler, yargıçların kararlarının toplumun daha geniş kesimi üzerindeki fiili etkileri ile söyledikleri değil de, yaptıklarına odaklanacak “bilimsel” bir açıklama talep ettiler.

Amerikan hukuk biliminin ana çizgisi bu gerçekçilik çağrısını izlemiş ve İngiliz metinlerinin öğretisel açıklamalarından kaçınmış, diğer iki mesleki beceri, hukukçuların olguları düzenleme ve sosyal değişme için taktikler tasarlama becerileri, üzerinde durmuştur. Eğer bu iki tekniği ayırabilirsek gerçekçiliğin daha sonraki etkisini daha açıkça izleyebiliriz. Olgulara verilen önem Harvardlı Roscoe Pound’un sosyolojik hukuk bilimi olarak adlandırdığı anlayış içinde gelişti. Pound’ un kastettiği, hukuki kurumların sosyal süreçler olarak, örneğin yargıcı öğretinin kâhini değil, çeşitli toplumsal ve kişisel uyarımlara tepki veren bir insan olarak ele alan, özenli bir incelemesiydi. Jerome Frank ve Pound’un bizzat kendisi gibi bazı hukukçular bu tarz incelemeleri sürdürmeye gayret ettiler, ancak hukukçuların bu karmaşık kurumları sınırlı ve iç gözlemsel bir yoldan başka bir yolla betimlenmeleri için gerekli istatistiksel araçlara ve deneyime sahip olmadıklarını bulguladılar. Bu nedenle, sosyolojik hukuk bilimi, sosyologların alanına dahil oldu.

Taktiğe verilen önem hukuk fakülteleri içinde daha uzun süreli bir etki yapmıştır. Her ne kadar birbirlerinden farklılıkları varsa da, Yale’den Myres McDougal ve Harold Lasswell ile Harvard’dan Lon L. Fuller, Henry Hart ve Albert Sachs gibi akademisyenler hukuku, toplumu bazı geniş kapsamlı hedeflere götürecek bir araç olarak görmenin önemi üzerinde ısrarla durdular ve hangi çözümlerin en iyi şekilde bu hedeflere ilerleteceğini sorgulayarak, hukuki sürece [legal process] ilişkin sorunları araçsal olarak çözümlemeye çalıştılar.

Ancak olguya ve taktiğe yapılan bu vurgu, hukuk bilimsel sorunların büyük ölçüde İngiliz öğretisel yaklaşımının saptırdığı biçimde saptırılmasıyla, yani, tam özlerini biçimlendiren ahlaki ilke sorunlarının tümüyle

elenmesiyle sonuçlandı. Eğer sosyolog ve araççıların [*instrumentalist*]* tartıştığı esas sorunu daha detaylı bir şekilde ele alırsak bu hata açıkça ortaya çıkar: Yargıçlar en zor ya da tartışmalı davalarda bile daima kuralları mı izlerler yoksa bazen yeni kurallar yaratıp bunları geçmişe etkili olarak mı uygularlar?

Hukukçular onlarca yıl bu sorunu, yargıçların verdiği kararların türlerinden ya da gösterdikleri nedenlerden habersiz oldukları için değil, kuralı-izleme kavramının gerçekte ne anlama geldiğinden emin olamadıkları için tartıştılar. Basit durumlarda (örneğin bir kişi saatte 60 milin üzerinde araba sürülmesini yasaklayan bir kuralı ihlal etmekle suçlandığında) yargıcın yeni bir olaya daha önce konulmuş bir kuralı uyguladığını söylemek doğru görünür. Ancak Yüksek Mahkeme emsal kararı devirip okullarda ırk ayrımına son verilmesini emrettiğinde ya da polisin yıllardır kullandığı ve mahkemelerin göz yumduğu yöntemleri yasadışı ilan ettiğinde, aynı şeyi söyleyebilir miyiz? Bu dramatik davalarda Mahkeme nedenlerini gösterir – yasaları belirtmez, ancak adalet ve siyaset ilkelere başvurur. Bu, Mahkeme'nin daha genel ve soyut nitelikte olsalar da kuralları uyguladığı anlamına mı gelir? Eğer öyleyse, bu soyut kurallar nereden geliyor ve bunları geçerli kılan nedir? Ya da bu, Mahkeme'nin davayı kendi ahlaki ve siyasi inançlarına göre karara bağladığı anlamına mı geliyor?

Bu soruları soran hukukçular ve meslekten olmayan kişiler boşuna ya da yararsız merak yüzünden endişelenmiyorlar; bu kişiler yargıçların büyük siyasal kuvvete sahip olup bunu kullandıklarını bilirler ve bu kuvvetin genelde ya da belirli durumlarda hukuken haklılaştırılıp [*justified*] haklılaştırılmadığıyla ilgilenirler. Onların yeni kurallar yaratan yargıçların uygunsuz davrandıklarına ikna edilmeleri gerekli değildir. Ancak yargıcın var olan standartları uyguladığı kolay davalarda [*judicial power*] yargı gücü için ulaşılabilir olan haklılaştırmanın ne ölçüde zor davalara yayılabileceği, böylece bu zor davaların ne kadar ve ne türden ek haklılaştırma gerektireceğini bilmek isterler.

* Araççı [*Instrumentalist*] Akım: Hukuki realizm kökenindeki yararcılık, pragmatizm ve Dewey'in düşüncelerinden de etkilenmiştir. Bunlara ek olarak kendisi Durkheim'dan derin izler taşıyan R. Von Jehrning'in Sosyal Faydacılığı ve Amerikan toplumunda o dönemde etkin olan deneysel sosyoloji anlayışıyla birleşince 'hukuku bir amacın daha doğrusu bir amaçlar yumağının gerçekleştirme aracı olarak' gören araççı akım sosyal mühendislik çabalarını 1970'lere kadar sürdürmüştür, bkz. Ö. Yörükoğlu, "Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD'de Hâkim Olan Hukuk Teorisi", İÜHFY 1982. (ç.n.)

Hukuken haklılaştırma sorusunun çok önemli uzantıları vardır, çünkü sadece yargı gücünün hangi boyuta kadar yayılabileceğine etki etmekle kalmaz, bireyin, yargıcın yarattığı hukuka uyma konusundaki siyasi ve ahlaki yükümlülüğünün boyutlarını da etkiler. Ayrıca tartışmalı bir fikre meydan okumak için gereken dayanakları da etkiler. Bir yargıcın zor davalarda var olan standartları izlemesi gerektiğini söylemek bir anlam taşıdığı takdirde, vicdani nedenlerle bir fikri reddeden kişi için, yargıç zorunlu askerlik celbini anayasaya uygun bulduğunda, hukuken yanıldığını ileri sürmek de bir anlam taşır. Ancak, yargıç zor davalarda yalnızca yeni hukuk yaratıyorsa bu sav anlamsız olur. Böylece, yargıcın kuralları izleyip izlemediği sorusu dilsel görünüyorsa da, son çözümlemede pratik kaygıları ifade eder.

Bu sonuçları, kusur kavramında olduğu gibi, görünüşte dilsel bir sorunun altında ahlaki ilke sorunlarının yattığını göstermek için dile getirdim. Hukuk eleştirmenleri, alışkanlık ya da inançlarından dolayı, yargısal bir kararın yeni standartlar koymak yerine var olanları uygulaması durumunda daha adil olacağı ilkesini kabul ederler. Ama neyin var olan standartları uygulamak sayılacağından emin değillerdir ve bu belirsizliği sıra dışı davalarda bile yargıçların gerçekten var olan kuralları, en azından bazı yönlerden, izleyip izlemediklerini sorarak dile getirirler. Hukuk bilimi bu endişeye ahlaki argümanın niteliğini keşfederek ve eleştirmenlerin yargısal uygulamanın aslında bu ilkeyi tatmin edip etmediğine özen gösterdikleri, hakkaniyet ilkesini aydınlatmaya çalışarak yanıt vermelidir.

Ancak Amerikan hukuk bilimi böyle bir gayret içine girmemiştir. Sosyologlar kendi adlarına kuralları izleme hakkında konuşmayı, kavramın deneysel ve nicel yolla incelenemeyecek ölçüde belirsiz olduğunu ileri sürerek reddettiler. Kişilerin bir kuralı izlemenin ne anlama geldiği üzerinde anlaşamayacağı gerçeğinin kavramı bilimin dışına çıkardığını, eğer her bir araştırmacı terimi kendi verdiği anlamla kullanırsa, nesnel veri ya da ortak ilerlemenin olmayacağını gösterdiler. Böylece, Glendon Schubert, C. Herman Pritchett ve Stuart Nagel gibi sosyologlar bunların yerine konuya uyan ve daha kesin gözüken şu soruları ortaya attılar: Belirli bir ekonomik ya da sosyal geçmiş olanlar mı, hukukun belirli dallarında çalışmış ya da belirli siyasal bağlantıları olanlar mı, yoksa belirli değer ölçüleri bulunan yargıçlar mı tüzel kişi sanıklar lehine karar verme eğilimindedirler? Yüksek Mahkeme'deki yargıçlar ırk, işçi sendikaları ya da anti tröst konularında karar verilecek davalarda birbirini tutan taraflara mı ayrılırlar? Eğer sosyal geçmiş ve önceki bağlılıklar bir yargıcın kararını

belirliyorsa, bu, yargıcın kuralları izlemediği anlamına geldiğinden, sözü edilen deneysel sorular konuyla ilgili gibi görünmekteydi.

Ama bu açıklama ilginç ve başka amaçlar için kullanışlı olmakla birlikte, özgün sorunun esin kaynağı olan ilke sorunlarına çok az ışık tutar. Hukukçuların, yargıçların anlaşılmadıklarını ve kararlarının genellikle kendi geçmişleri ve karakterlerini yansıttığını göstermek için kanıta gereksinimleri yoktur. Bununla birlikte, hukukçular, bunun yalnızca yargıçların temel hukuk ilkelerinin doğası ve amacına ilişkin farklı fikirler taşıdıkları anlamına mı geldiği, yoksa böyle ilkelerin olmadığını mı gösterdiği konusunda şaşırmış durumdadırlar. Eğer ilk durum söz konusuysa, bu, yargıçların bakış açılarına göre kurallar izlemeye çalıştıkları ve onların kararlarına katılmayanların da hukuk konusunda haklı olabilecekleri anlamına gelir; ikinci durumdaysa bu argüman, belirttiğim gibi, anlamsızdır. Yine hukukçular ayırım olgusunun, her iki açıklamada da, yerinilmesi mi, kaçınılmaz olarak kabul edilmesi mi yoksa dinamizm olarak alkışlanması mı gerektiği konusunda ve tüm bunların hukukçuların karşılaştığı siyasi yükümlülük ve hukukun zorla uygulanması yaşamsal sorunlarına nasıl bağlanacağı konusunda da kararsızdırlar. Sosyolojik yaklaşım sorunun yeniden düzenlenmesinde, tam da bu konuların tümünü etkileyen yönleri eleledi.

Post-realizmin araçsal dalı da soruyu, farklı biçimde olmakla birlikte, yeniden düzenledi. Henry Hart ve Sachs yargılama sürecine ilişkin çarpıcı çalışmalarında kurallara ilişkin kavramsal sorunlardan konunun aşağıdaki biçimde ortaya konulmasıyla kaçınılabileceğini ileri sürdüler: Hukuki sürecinin hedeflerine en iyi biçimde ilerlemek için yargıçlar kararlarına nasıl varmalıdırlar? Ancak bunun kurallara ilişkin çıkmazı ortadan kaldıracığına ilişkin ümitleri boşunaydı, çünkü bir sonraki aşamada bu sorunlarla karşılaşmadan, hukuki sürecin amaçlarını ortaya koymanın olanaksızlığı ortaya çıktı. Eğer sürecin ereğini boş bir kalıp olarak (hukuk adaleti gerçekleştirmelidir ya da adil duruma ilerlemelidir) belirtirsek, adaletin –birçoklarının kabul ettiği gibi– önceden tasarlanmış kurallara göre karar vermeyi gerektirip gerektirmediği sorusu kaçınılmaz olur; bu soru ise bir kuralı izlemenin ne olduğunun analizini gerektirir. Eğer daha kesin ya da belirli bir amaç bildirmeyi denersek (örneğin, hukuki süreç gayri safi milli geliri artırmalıdır), bu uygulamanın anlamı kalmaz çünkü böyle belirli bir ereğin hukukun tek uğraşı olduğunu varsaymanın hiçbir güvencesi yoktur.

Eğer yargıçlara verdikleri kararın ekonomik etkilerini hesaba katma olanağı tanınırsa, hukukun ekonomik olarak daha etkin olacağını (bazı

yazarların yaptığı gibi)* ileri sürebiliriz; ancak bu, yargıçların bunu yapmasının adil olup olmadığı ya da ekonomik standartları var olan hukukun bir parçası sayıp sayamayacağımız ya da ekonomik etkiye dayanan kararların bu nedenle daha çok veya daha az ahlaki ağırlık taşıyıp taşımadığı sorularını yanıtlamaz. Örneğin, bir yargıcın eski bir kuralı etkisiz kılıp otomobil sanayi yararına bir yenisini bulguladığı taktirde, bu sanayinin ilerleyeceğine ve sanayinin kâr etmesiyle genel olarak ekonominin de kârlı çıkacağına ikna olduğuna varsayalım. Bu, kuralı değiştirmek için iyi bir neden midir? Böyle bir konuda sadece amaçları araçlarla ilişkilendiren analizle karar veremeyiz.

Bundan dolayı, hukuk bilimine profesyonel yaklaşımın çeşitli dalları, alta yatan aynı nedenle başarısız oldular. Hukuk bilimsel sorunların özde hukuki olgu ya da taktik sorunları değil, ahlaki ilke sorunları olduğu yaşamsal gerçeğini dikkate almadılar. Geleneksel hukuki yaklaşımda direnerek bu sorunları gömdüler. Ancak, eğer hukuk bilimi başarılı olacaksa bu sorunları ortaya koyup, onları ahlaki ilke sorunları olarak ele almalıdır.

Bu yalın gerçek Profesör H. L. A. Hart'ın önemini ve başarısını açıklar. Hart bir ahlak felsefecisidir; ilke sorunlarına yönelik bir içgüdüye ve onları sergilemekte olağanüstü bir açıklığa sahiptir. Örneğin, ilk kitabı *The Concept of Law*'da (Hukuk Kavramı) yargıcın kuralları izleyip izlemediği sorununu, bir kişinin diğerine ne zaman bir yükümlülüğü uygun olarak yükleyebileceği ahlaki sorunuyla bağlantısını netleştirerek ortaya koydu. Ahlaki yükümlülüğe ilişkin argümanların kurulması ve eleştirisinde toplumumuzun geleneksel olarak izlediği kuralların bir analizini sundu ve hâkimin hukuki yükümlülüğe ilişkin akıl yürütmede de büyük ölçüde aynı kuralları izlediğini ileri sürdü. Bir diğer kitabı *Causation in the Law*'da (Hukukta Nedensellik) Hart ve ortak yazar A. M. Honoré kusur konusunda yukarıda belirttiğim kavramsal sorunları tartıştılar, ancak Hart'ın öncellerinden farklı olarak bu kavramın kesin hukuki anlamları kadar, günlük

* Burada yazar Hukuk ve Ekonomi akımına gönderme yapmaktadır. Coase, Calabresi, Posner gibi adlar tarafından temsil edilen bu akımın temel tezi, "Ekonominin kuramları ve deneysel yöntemlerinin hukuk sisteminin merkezi kurumlarına uygulanmasından ibarettir". Bkz. J. D. Hanson ve M. R. Hart, "Law and Economics", D. Patterson (yay. haz.), *A Companion Philosophy of Law and Legal Theory*, s. 311-331, Blackwell Pub., Oxford 1999. Hukuk ve ekonomi akımına göre hukukçuların hukuki sorunları tartışırken kullandıkları adalet, eşitlik vb. kavramlar yerine, gerek hukuk kuralları konulurken gerekse sorunlar çözülürken ekonomik sonuçları dikkate almak ve en verimli olana göre hareket etmek gerekir. Bkz. A. U. Türkbağ, "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", HFSA, (yay. haz.) H. Ökçesiz, s. 58-68, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003. (ç.n.)

anlamalarını da açıklamaya giriştiler. Başta J. L. Austin olmak üzere Hart'ın Oxford felsefe ekolündeki meslektaşları gibi, toplumun üyelerinin birbirlerine mutlak kusur ve sorumluluk yükleme biçimlerini göstermek için günlük dilin incelenmesinden yararlandılar ve ardından bu geleneksel yargıları, örneğin, hemofili olan birisine zarar veren kişiyi tümüyle sorumlu tutan hukuk kuralını açıklamakta kullandılar.

Günlük dilin, kişi hareketini yaparken var olan olağanüstü koşullarla daha sonra ortaya çıkan beklenmeyen haller arasında ayırım yaptığını gösterdiler. Günlük dil, örneğin, dikkatsiz sürücünün hafifçe yaraladığı bir adamın hemofilili olduğu için ölmesi olayıyla, dikkatsiz bir sürücünün hafifçe yaraladığı kişinin doktorun ihmali nedeniyle kan zehirlenmesinden ölmesi olayını birbirinden ayırır. Çoğu kişi ilk olayda dikkatsiz sürücünün ölümüne neden olduğunu ve onun kusurlu olduğunu söyleyecektir, ama ikinci olayda bunu söylemeyecektir. Bu ayırım ise halk arasındaki yaygın nedensellik anlayışını yansıtmaktadır: Sıradan insan nedensel olarak etkili bir hareketi, önceden kurulmuş bir sahnede yapılan bir hareket olarak ayırt eder; kan hastalığı gibi eşzamanlı koşullar dekorun bir bölümünü oluştururlar, yarışan nedenler değildir. Ancak doktor ihmali gibi sonraki olaylar nedensellik zincirini kıran müdahalelerdir. Böylece, hukuk kuralı da halk arasında yaygın ahlak ve neden kuramlarının bir uzantısı biçiminde kavranabilir.

Ancak Hart, hukukun, sadece sıradan insanın ahlaki yargılarını nasıl içerdiğini göstererek açıklamakla yetinmez. Bu tür analizi hem hukukun hem de onun dayandığı halk arasında yaygın ahlakın eleştirel bir değerlendirmesi için gerekli bir başlangıç olarak görür. Hukukun yansıttığı ahlaki uygulama ya da yargı açıklığa kavuşana dek, onu zekice eleştiremeyiz; ancak bu konuda açıklığa kavuştuğumuzda, hâlâ bu uygulama ya da yargının akla yatkın, mantıksal ya da hukukun hizmet etme iddiasında bulunduğu diğer ilkelerle tutarlı olup olmadığı sorusu sorulmalıdır.

Hart'ın daha yakın zamandaki kitabı *Punishment and Responsibility* (Cezalandırma ve Sorumluluk), bu eleştiri sürecine mükemmel bir örnektir. Kitap onun, ceza hukukundaki hukuk bilimsel sorunlar üzerine yazdığı bir dizi makalenin tekrar basımından oluşmaktadır; makalelerin çoğu bir kişinin zihinsel durumu nedeniyle suç teşkil eden bir hareketten dolayı sorumluktan masun tutulmasının gerekip gerekmediği sorunuyla ilgilidir. Kişi, eğer hareketi kaza eseriye, kasıt yerine ihmali ya da zihni hastalığı varsa masun tutulmalı mıdır (ya da cezası hafifletilmeli midir)? Bu tip durumlarda hukuk genellikle bir masuniyet bahşeder, ya da en azından

cezayı hafifletir, ancak bazı çağdaş eleştirmenler bu politikanın yanlış olduğunu ileri sürerler.

Eğer ceza hukukunun amacı intikam ve ödetme olsaydı, hata ya da akıl hastalığı ile hareket eden birinden öç almanın sağlayacağı bir tatmin olmadığından, bu zihinsel savunmaların amacının açık olacağını söylerler. Ancak hukukun amacı yalnızca, suçlular tarafından verilecek daha sonraki zararı önlemek ve diğerlerini bu ibretle caydırmaksa, söz konusu savunmalar aksi sonuçlar yaratır gibi görünmektedir. Babasını miras için öldüren birini hapse atacağımıza, kaza yapmaya yatkın olan bir sürücüyü hapse atarsak zararı daha fazla önleyebiliriz; ve eğer hiçbir özrü kabul etmezsek hukukun önleme etkisini artırmış ve yakalandıkları taktirde akıl hastalığı bahanesini uydurmayı ümit eden potansiyel suçluları da cesaretlendirmemiş oluruz. Bundan dolayı, eleştirmenler, hukukun bu savunmaları, yargılama ve hukuk eğitimi masraflarını artırdıkları, kötüye kullanıldıkları ve uygar bir ceza sistemindeki amaçlarının belirsiz görünmesi nedeniyle, keskince sınırlaması gerektiğini ileri sürerler.

Hart aynı düşüncede değildir. Yanıtına, ceza hukukunda (ya da diğer herhangi bir hukuk dalında), hukukun her özelliğinin onlara uydurulması gereken, bir dizi üstün amacın bulunduğunu zannetmenin yanlış olduğunu bize anımsatarak başlar. Ceza hukukunun suçları önlemeyi amaçladığı kesindir, ama bu çabasını etkinliğini sınırlayabilecek ilkelere maruz kalarak sürdürmelidir; her ne kadar bu biçimde davranmak suçları azaltsa da, rehine olarak tutulan masum bir kişiyi cezalandırmak yanlış olur. Zihinsel savunmaları da bu açıdan değerlendirmeliyiz, yani onların suçu önlemeyi engelleyebileceği gerçeği kesin bir argüman değildir. Ancak bu nokta yalnızca olumsuzdur ve zihinsel savunmaların gerçekte haklılaştırılıp haklılaştırılmadığı ya da değiştirilmelerinin gerekip gerekmediği sorusunu açık bırakır. Hart bu soruna betimlemiş olduğum biçimde hücum eder; o zihinsel savunmaların herhangi bir ahlaki geleneği ya da toplumun genel amaç veya politikasını yansıtıp yansıtmadığını sorarak başlar.

Hart ilk önce Profesör Jerome Hall gibi bazı ceza hukukçularının, zihinsel savunmaların amacının hukukun, yalnızca geleneksel standartlara göre ahlaken kınanan kişileri suçlu olarak cezalandırmasını güvenceye almak olduğu önerisini değerlendirir. Bu çekici düşünce başlangıçta ikna edicidir. Günlük yaşamda biz, zarar veren birisini kasıtsız olarak ya da istemeyerek hareket etmişse (en azından dikkatsizlik etmediği sürece) sorumlu tutmayız; eğer ciddi bir akıl hastalığından muzdaripse yine aynı biçimde davranırız. Bu nedenle hâkimlerin ve yasa koyucuların, cezalan-

dırmak daha etkin olsa da, bu yaklaşımları, kişiler bu koşullar altında cezalandırılmamalıdır öğretisi biçiminde ceza hukukuna taşıyacaklarını varsaymak makuldür.

Bununla birlikte, Hart bu kuramı ahlaken kınanamayacak pek çok suç –örneğin İngiliz demiryolu taşımacılığı düzenlemelerine uymada ihmal– bulunduğu gerekçesiyle reddeder. Ona göre, bu tür suçların varlığı, hukukun yalnızca kınanabilir hareketleri yasaklamak gibi genel bir amacı olmadığını gösterir ve böylece bunun zihinsel savunmaların amacı olamayacağını kanıtlar.

Ancak Hart kınanabilirlik kuramını bu biçimde reddetmekte hatalıdır; bence o, hukuku çiğnemenin ahlaken yanlış olabileceği iki farklı zemini karıştırmaktadır. Bir yasaı çiğnemek yanlış olabilir çünkü o yasanın yasakladığı hareketin (örneğin öldürmek) kendisi yanlıştır; ya da hareketin kendisi yanlış olmamakla birlikte, sadece yasaca yasaklandığından dolayı yanlış olabilir ve demiryolu düzenlemesi bu noktada iyi bir örnek olarak kabul edilebilir. Belki İngiltere için demiryollarını millileştirmenin doğru ya da adil olup olmadığı kuşkuludur; bir kez yasalastıktan sonra herkesin ona uymada ahlaki bir yükümlülüğü olduğu yine de doğru olabilir.

Kuşkusuz bundan, bir kişinin yasanın yasakladığını her yaptığında ahlaken kınanır olduğu sonucu çıkmaz. O kişi kınanamayabilir çünkü yasa öyle haksız ya da adaletsizdir ki, yasaya uymaya dair normal ahlaki yükümlülüğü ortadan kaldırır, vicdani nedenlerle zorunlu askerlik celbini reddeden bazıları bu argümanı ileri sürdüler. (Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın adil yargılanma hakkı [*due process*] ve diğer hükümlerinin amacının kişiyi bu durumda cezalandırılmaya karşı korumak olduğu savunulabilir.) Ya da, kişi kınanamaz çünkü hareketi kazayla, kasıtsız olarak veya bir akıl hastalığı nedeniyle yapmıştır ve bundan dolayı davranışından sorumlu değildir. Hart'ın reddetmekte acele ettiği Profesör Hall'ın argümanı, zihni savunmaların amacının, bu durumda kişiyi cezalandırmaktan korumak olduğudur.

Bununla birlikte, Hall haklı olsa bile ciddi sorular geçerli olmayı sürdürür, çünkü kınama ve cezalandırmaya ilişkin geleneksel tutumlarımızın gerçekten hukukla ilgili olup olmadığını sormamız gereklidir. Zihinsel savunmaların değerinden kuşku duyanlar, ceza hukukunun amacı cezalandırma değil, ıslah ve caydırma olduğundan bu geleneklerin konuyla ilgisi bulunmadığını ve zihinsel savunmaların terk edilmesi gerektiğini ileri sürerler. Onlar 'cezalandırma' sözcüğünü atıp yerine 'tedavi etmeyi' önererek bu noktayı sonuna dek götürürler. Kişi bir suç işlerse, diye ileri

sürerler, toplumun ona uygulaması gereken muamele –hapsetmek, hastaneye yatırmak ya da affetmek– hangi yöntemin suçun tekrarını önlemeye en uygun olduğuna bağlıdır. Bu açıklamaya göre, kişinin yaptığından dolayı ahlaken kınanabilir olup olmadığı sorunu karıştırır çünkü ahlaken kınanabilir olsa da tedavi gerekmebilir ve kınanamasa da tedavi gerekli olabilir. Biz zihni savunmaların, bu tekrar gözden geçirilmiş ceza hukuku düşüncesiyle ilgili bir amaca hizmet edip etmediğini sormalıyız.

Hart, yakın zamandaki kitabında yeniden basılan “Hukuki Sorumluluk ve Mazeretler” isimli [*Legal Responsibility and Excuses*] eski bir makalede bu öneriyi getiriyor. Zihinsel savunmalar, kendi kasti hareketlerinden tahmin edemeyeceği bir yolla hukukun onun özgürlüğünü engelleyebileceği vesilelerin sayısını azaltarak, her insanın kendi kaderi üzerindeki denetimini artırır. Eğer bu savunmalar yürürlükten kaldırılırsa, hepimiz herhangi bir kazanın ya da elde olmayan bir hareketin bizi hapse gönderebileceği ya da uzun, pahalı ve alçaltıcı bir yargılamayla baş başa bırakabileceği gerçeğiyle yaşamak zorunda kalabiliriz. Bu savunmalar sayesinde genelde yalnızca takibatın açılabilmesi bilinciyle yapacağımız hareketlerden takibe uğrayacağımız gerçeğine güvenebiliriz ki, bunun ikincil yararı, cezalandırılanların en azından yasayı çiğneme kararı alıp onu uygulamaya tatminine ulaşmış kişiler olmalarıdır.

Eğer bu argüman tümüyle zihinsel savunmaların sağlayabildiği artırılmış kişi güvenliğine yöneltirse zayıf kalır, çünkü bu artırılmış güvenlik en düşük düzeydedir. Ne de olsa toplum, ticarette rekabeti desteklemek, otomobillere izin vermek, ya da savaş ilan etmek gibi yaşamı daha tehlikeli kılan birçok önemli kararı kabul etti. Bu kararlar belirli kişilerin önceden göremeyecekleri ve kasıtlı hareketlerinden doğmayan zararlara uğrama olasılıklarını büyük ölçüde artırır; ama toplum bazı verimlilik, kâr ya da ulusal siyaset amaçları uğruna bu kararları yine de kabul ediyor ve tehlikeleri göze alıyor. Eğer, Hart’ın varsaymaya istekli olduğu gibi, zihinsel savunmaların terk edilmesi ceza hukukunun suçları önlemedeki etkinliğini artırırsa, büyük bir ihtimalle bu sıradan yurttaşın kişisel güvenliğini ve kendi kaderi üzerindeki denetimini bir kazadan sorumlu tutulmasının artan riskini aştığı oranda, artıracaktır.

Bence Hart zihinsel savunmalara farklı ve daha genel bir haklılaştırma sağladığı sonraki bir denemesinde, “Cezalandırma ve Sorumluluğun Kaldırılması” [*Punishment and the Elimination of Responsibility*], daha başarılıdır: “İnsan toplumu kişiler topluluğudur; ve kişiler kendilerini ve başkalarını sadece, bazen zararlı olan ve önlenmesi ya da değiştirilmesi gereken çok

sayıda hareketli varlıklar biçiminde görmezler. Aksine, insanlar birbirlerinin hareketlerini, onların niyetlerinin ifadeleri olarak yorumlarlar. (...)” Başka bir yerde ve aynı biçimde, eğer bu savunmalar terk edilirse, hukukun insanları amaç olmaktan çok araç olarak ele almış olacağını söyler.

Bu ifadeler geniş bir ahlaki gelenekler dizisi ile hukuki öğretileri birleştirirler. İleri sürdükleri ilke, devletin yurttaşlarına, toplumun yetişkin üyelerinin birbirlerinden bekledikleri saygı ve itibarla davranması gerektiğidir. Hükümet bir kişiyi kendi iyiliği ya da kamu yararı için sınırlayabilir, ancak bunu yalnızca onun davranışını esas alarak yapabilir ve kişinin davranışını, kendisini yargıladığı aynı dayanak noktasından, yani niyetlerine, güdülerine ve niteliklerine göre yargılamaya çaba sarf etmelidir. İnsanlar genellikle eylemlerinin seçimlerinin sonucu olduğunu hissederler, ancak kaza, zorlama, baskı ya da hastalık gibi özel koşullarda böyle hissetmezler. Her birimiz bu ayrımı, yalnızca kendimiz için değil, saygıyla baktığımız diğerlerine nasıl tepkide bulunacağımıza karar verirken de yaparız. Hatta, Holmes’un söylediği gibi, bir köpek bile tekmelenmekle birinin ona ayağının takılması arasındaki farkı bilir.

Ceza hukuku bu sorunlu ayrımı önemsemeseydi ve gelecekteki suçları azaltacak gibi görüldüğü her seferinde insanları hapsedse ya da tedaviye zorlasaydı, daha etkin olabilirdi. Ancak, Hart’ın ilkesinin önerdiği gibi, bu bir kişiye türdeş bir insan olarak davranmakla, diğerlerinin yararlanacağı bir kaynak olarak davranmayı ayıran çizgiyi aşacaktır ve toplumumuzun gelenek ve uygulamalarında bundan daha ağır bir hakaret olamaz. Süreç cezalandırma olarak da tedavi olarak da adlandırılrsa, hakaret aynı ölçüde büyüktür. Bazen birisini sınırladığımız ve davranışlarını denetleyemediğine inandığımız için tedavi altına aldığımız doğrudur. Bunu zorunlu tedavi yasaları [*civil commitment acts*] kapsamında, tipik olarak, bir kişi ciddi bir suçtan akıl hastalığı nedeniyle beraat ettikten sonra yaparız. Ancak bu politikanın içerdiği ilkedен ödünün farkına varmalı ve kişinin iradesine rağmen tedaviyi, muhtemelen suçu azaltacağını hesapladığımız her defasında değil, ancak açık bir tehlike arz ettiği zaman yapmalıyız.

Doğal olarak bu türden bir argüman çözdüğünden daha çok sorun çıkarmaktadır. Bazı filozoflar çağdaş fizyoloji ve psikolojiden yola çıkarak, seçim ve zorlama arasındaki bu fenomenolojik ayrımın bir anlam ifade etmediğini düşünürler. İnsan davranışının tümüyle bireysel denetim dışındaki faktörlerce belirlendiğini ve bu nedenle sıkça yaşadığımız özgür seçim hislerinin bir yanılsamadan ibaret olduğuna inanırlar. Ancak bu konudaki bilimsel kanıt kesin olmaktan uzaktır ve hatta bunun önemli olduğunu

düşünenler bile, bu durum kanıtlarıncaya dek (eğer olursa ya da olabilirse) hukukun ne gibi bir karşılık vermesi gerektiğine karar vermelidirler. Eğer tüm davranışın belirlendiği görüşünü kabul edersek, bunun sonucunda, örneğin insanların, yönetimlerinin ahlaken saygı göstermekle yükümlü olduğu haklara sahip olduğu düşüncesini bütünüyle terk etmeli miyiz? Eğer bilimsel kanıtın nihai olmamasından ya da her durumda hak fikrini terk etmekten çekindiğimizden, bu denli ileri gitmemeyi yeğlersek, bilim adına zihinsel savunmaları terk etmek tutarsızlık olmayacak mı? Diğer yandan savunmaları korur ve temelleri olarak, bu argümanın önerdiği gibi, bir şeyi yapmayı seçmekle seçmemek arasındaki fenomenolojik ayrımı alırsak, bu, bir psikopatın olduğu gibi, sorunlu durumlara [*troublesome cases*] yaklaşımımıza nasıl yön vermelidir? Bir psikopat geleneksel davranış ölçütlerine göre kendine hâkim midir yoksa onun durumu bizim şaşkınlığımızı açıklayacak biçimde iki arada bir derede midir? Burada (Hart'ın bazıları tartıştığı) bu konuları tartışacak yer yok ve ben bu konuları, yalnızca hukuk bilimine ilkeyi vurgulayan yaklaşımın, basitçe hukuki ve sosyal uygulamalar arasındaki bağlantıları açığa çıkarmakta duramayacağını ama bağımsız tutarlılık ve anlam ölçütleri temelinde sosyal uygulamayı incelemek ve eleştirmeye devam etmek zorunda olduğunu göstermek için belirtiyorum.

Zihinsel savunmalar, sanığı bir miktar polis etkinliği pahasına koruduğu ileri sürülen, örneğin, sorguya, itirafa ve önleyici tutuklamaya ilişkin ceza yargılaması kurallarının, tek tartışmalı yönü değildir. Bu sorunlara şimdiye dek akademisyen hukukçularca getirilenler yerine, daha felsefi bir yaklaşımın değerini göstermek yararlı olabilir. Şimdiye dek liberal görüş temelde araçsal ifadeyle sunuldu. Liberaller ceza hukukunun doğru amaçlarının suçları önlemek kadar bireysel özgürlüğü korumayı da içerdiğini ve yöntemsel güvencelerin bu iki amaç arasında bir denge kurduğunu ileri sürerler. Ancak sorunu bu biçimde ortaya koymak bu iki amaç arasında bir dengenin kabul edilebilir olduğunu akla getirir; bu da diğerlerini, hukuka uyan yurttaşların çoğunluğu dengeyi neden kendi korunması yönünde kaydırmasın diye sormaya yöneltir.

Liberal bu soru yüzünden zor durumda kalırlar. O, buna kişisel olarak diğerlerinin özgürlüğünü kendi artırılmış güvenliğinden daha çok önemseyip yanıtını verebilir ama bunun bir azınlık görüşü olduğunu kabul etmek zorunda kalacaktır. Uzun vadede birazcık güvenlik pahasına özgürlüğü artırarak bizzat çoğunluğun daha iyi bir durumda olacağını ileri sürebilir; ancak bu argüman liberaller arasında yaygın olmakla birlikte açıkça yanlıştır. Ceza hukuku orta sınıf bir beyazdan çok, uyuşturucu bağımlısı

bir zenci için tehdit oluşturur ve zenciye avukatı olmadan sorgulamanın ya da yargılama sırasında hapseden, beyazın özgürlüğünü uzun vadede bile etkileyeceğini varsaymak için fazla neden yoktur.

Burada Hart'ın genel yaklaşımı yine yararlı olabilir. Bu yaklaşım liberal görüşü, hukukun çelişik amaçlarını dile getirmek yerine, hukuku sınırlama işlevi gören ahlaki ilkeleri vurgulayarak savunmak gereğini ortaya koyuyor. Liberal duruş, çoğunluğun yararına olsun ya da olmasın toplumun bir kişiyi avukatı olmaksızın sorguya çekme hakkı olmadığı ve suçlanan bir şüphelinin davasından önce özgür olmaya hakkı olduğu savlarını desteklemek için geleneklerimizde gömülü hukuki öğretiler (hiç kimse kendini suçlamaya zorlanamaz ve bir kimse suçluluğu ispatlanana kadar suçsuzdur benzeri öğretiler) üzerinde yoğunlaşmalıdır. Elbette bu ilkelerle pratik gereksinimler arasında çatışmalar olabilir ancak bunlar, eğer ilkelere saygı göstermemek gerekirse, adil uzlaşmalar için değil utanç ve pişmanlık için vesileler olurlar.

Farklı bir görüşü benimseyip polisin etkinliğini artırmak isteyenler, kendini suçlamaya karşı ayrıcalık benzeri öğretileri kabul ederler, ancak liberallerin iddia ettiği belirli hakları güvenceye aldıklarını inkâr ederler. Örneğin, bu ayrıcalığın kişiyi bir itiraf elde etmek için işkence edilmekten koruduğunu ama ona bir itirafı yalnızca düşünülmeden yapılmış olduğu için geri alma hakkı tanımadığını ileri sürerler. Bundan dolayı tartışma felsefi sınırlara çekilmelidir: İhtiyatsız itirafların ya da önleyici tutuklamanın kullanımı mevcut öğretilerin altında yatan ahlaki ilkelerle çelişir mi? Bence çelişirler, ama hukuk bilimine düşen bu savı desteklemek için hukuk ve ahlak kuramları arasındaki köprüleri kurmaktır.

Belki de Hart'ın söz ettiği, hükümetin sanık sıfatını almış suçlulara bile asgari saygı göstermesi ve onları fırsatlar değil de insanlar olarak görmesi gerektiği ilkesi bir çelişkinin varlığını kanıtlamaya yardım edecektir. Bu ilke, örneğin, bir kişinin suçluluğu kanıtlanıncaya dek masum olduğu öğretilerini biçimlendirir ve, eğer kefaletle serbest bırakılırsa yeni suçlara teşebbüs edeceği tahminine dayanarak, davasını bekleyen kişinin hapsedilmesinin neden yanlış görüldüğünü açıklamaya yardımcı olur. Çünkü böyle bir tahmin, eğer doğruysa, bir bireyin suç işleme olasılığı diğerlerinden yüksek, belirli özellikler taşıyan bir sınıfın üyesi olduğu görüşüne dayanmalıdır. Yani bu tahmin sigorta uzmanı tahmini [*actuarial*] gibi, bir sigorta şirketinin 13-19 yaş arası gençlerin otomobil kazası geçirme riskine ilişkin tahmini gibi olmalıdır. Ancak birisini ne denli kesin olursa olsun sınıfsal bir yargıya dayanarak hapsedmek adaletsizdir çünkü bu onun bir birey olarak eşit saygı görme talebini yadsır.

1. SIKICI SORULAR

Hukukçular büyük ölçüde birbiriyle bağıntılı hukuki hak ve yükümlülük kavramlarına dayanırlar. Bir kişinin hukuki bir hak ya da ödevi olduğunu söyleriz, ve bu beyanı iddia ve taleplerde bulunmak ve kamu görevlilerinin [idarecilerin-*officials*] davranışlarını eleştirmek için sağlam bir temel olarak görürüz. Ancak bu kavramları anlayışımız dikkate değer derecede kırılgandır ve hukuki haklar ve yükümlülüklerin neler olduklarını söylemeye kalktığımızda başımız belaya girer. Bir kişinin davasındaki belirli olgulara ‘hukuk’u uygulayarak, hukuki yükümlülüğünün olup olmadığının belirlenebileceğini çabucak söyleriz, ancak bu pek yardımcı olacak bir cevap değildir, çünkü aynı güçlükleri hukuk kavramıyla da yaşamaktayız.

Sıkıntılarımızı hukuk biliminin klasik sorularıyla özetlemeye alışkınız: Hukuk nedir? Sık sık olduğu üzere, iki taraf bir yasa hükmü üzerinde anlaşamadığında, anlaşamadıkları konu aslında nedir, hangi tarafın haklı olduğuna nasıl karar vereceğiz? ‘hukuk’un [*the law*] söylediğini neden hukuki ‘yükümlülük’ [*legal obligation*] sorunu olarak adlandırırız? Burada ‘yükümlülük’, bir sanat terimi gibi, yalnızca hukukun söylediği midir? Ya da, hukuki yükümlülüğün ahlaki yükümlülükle bir ilişkisi var mıdır? En azın-

dan ilke olarak, hukuki yükümlülüklerimize uyma nedenlerimizin, ahlaki yükümlülüklerle uyma nedenlerimizle aynı olduklarını söyleyebilir miyiz?

Bunlar yağmurlu günlerde çıkartıp eğlenmek için dolapta saklanan bulmacalar değil, süregelen sıkıntının kaynaklarıdır ve rahatsız ederek dikkatimizi çekerler. Şu veya bu şekilde çözümlememiz gereken belirli sorunların, üstesinden gelmeye çalışırken bizi sıkıyorlar. Diyelim ki alışılmadık bir özel yaşamın gizliliği hakkı davası mahkeme önüne geliyor ve davacı tarafından öne sürülebilecek hiçbir yasa ya da emsal karar yok. Toplumdaki birçok insanın, özel kişilerin 'ahlaki' olarak belirli bir mahremiyete sahip olma hakkının olduğuna inandığı gerçeği, mahkemenin kararında nasıl bir rol oynamalıdır? Varsayalım ki, Yüksek Mahkeme şimdi polisin kullandığı yöntemlerin anayasal olarak yasaklandığını söyleyerek bu tür yöntemler Mahkeme'nin önceki kararlarında desteklenmesine rağmen, bazı mahkûmların serbest bırakılmasını emretmiş olsun. Bu durumda mahkeme, tutarlı olmak adına, aynı prosedür yüzünden önceden hüküm giymiş diğer tüm mahkûmları da serbest bırakmalı mıdır?¹ Bir mahkeme buna benzer bir sorunla karşı karşıya kaldığında, 'hukuk' ve 'hukuki yükümlülük' hakkındaki kavramsal sorunlar ağırlaşır.

Bu döküntüler, kronik bir hastalığın belirtileridir. Her geçen gün, zorla insanları hapishaneye yollar, paralarını ellerinden alır, yapmak istemedikleri şeyleri onlara yaptırır ve hepsini, bu kişilerin hukuku çiğnediklerini ya da hukuki yükümlülüklerini yerine getirmediğini ya da diğer insanların hukuki haklarını ihlal ettiklerini söyleyerek haklılaştırır. Birisinin hukuki bir yükümlülük sahibi olup ona uymadığına inandığımızda, çok açık davalarda bile (bir banka soygunu, veya kasıtlı bir sözleşme ihlali), bunun ne anlama geldiğine, ya da bu durumun niçin devlete o kişiyi cezalandırmak veya zorlamak için yetki verdiğiine ilişkin tatmin edici bir açıklama yapamayız. Yaptığımızın doğru olduğuna dair bir his duyabiliriz, ancak takip ettiğimiz ilkeleri tanımlayana dek, onların yeterli olduğundan ve onları sürekli doğru uyguladığımızdan emin olamayız. Bir yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği konusunun bazı nedenlerden çelişkili olduğu daha belirsiz davalarda, rahatsız edici soruların eğimi artar ve yanıtları bulma sorumluluğumuz ağırlaşır.

Bazı hukukçular (onlara 'nominalist' [adcı] diyebiliriz) bu sorunları görmezden gelerek çözümleyebileceğimizi vurgularlar. Onlara göre, 'hukuki yükümlülük' ve 'hukuk' kavramları, bilinçli ve bilinçaltı güdülerin

1) Bkz. Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965).

kasvetli bir karışımından hukukçularca ortaya atılmış ve sürdürülmüş birer mittir. Bu kavramlarda bulduğumuz sorunlar sadece onların mit olduklarının göstergesidirler. Çözümlememezler çünkü gerçektisidirlar ve onlara ilişkin endişemiz de tam olarak esaretimizin bir işaretidir. Kavramlar ve sorunlardan kurtulursak daha iyi eder ve önemli toplumsal hedeflerimizi bu fazlalıklar olmaksızın daha iyi izleyebiliriz.

Bu çok çekici bir öneri ancak bazı ölümcül sakıncaları var. Hukuk ve hukuki yükümlülük kavramlarımızın birer mit olduklarına karar vermeden önce, onların ne olduklarına karar vermeliyiz. En azından kabaca, hepimizin yanlış olduğuna inandığı şeyin ne olduğunu ifade edebilmeliyiz. Ancak sorunun can alıcı noktası, tam da bunu yapmakta büyük güçlüklerle karşılaşmamızdır. Doğrusu, hukukun ne olduğunu ve hukuki yükümlülüklerin neler olduğunu sorduğumuzda, bu kavramları nasıl kullandığımıza ve onları kullanımımızın gerektirdiği kavramsal bağlılıklara ilişkin bir kuram soruyoruz. Elimizde genel bir kuram olmadıkça uygulamalarımızın saçma ve boş inanca dayalı olduğu sonucuna varamayız.

Elbette nominalistler, geriye kalan bizlerin bu kavramları nasıl kullandığımızı bildiklerini sanırlar. Bizim 'hukuk' deyince kavramsal bir depoya, hâkimler tarafından keşfedilmeyi beklemek üzere yerleştirilmiş bir dizi değişmez kuralı ve hukuki yükümlülükten söz ederken de her nasılsa bu kurallar tarafından etrafımıza sarılan görünmez zincirleri kastettiğimizi düşünürler. Bu çeşit kurallar ve zincirleri içeren kuramı onlar 'mekanik hukuk bilimi' diye adlandırırlar ve uygulayıcıları ile eğlenmekte de haklıdırlar. Bununla beraber, onların sıkıntısı alay edilecek uygulayıcılar bulmaktadır. Şu ana dek mekanik hukukçuları esir etmek ve sergilemek konusunda pek az şansları oldu (tutulan tüm örneklerin –Blackstone ve Joseph Beale'in bile– metinleri dikkatlice okunduktan sonra serbest bırakılmaları gerekti).

Herhangi bir olayda çoğu hukukçunun, hukuk ve hukuki yükümlülükten söz ederken zihinlerinde buna benzer bir şey olmadığı açıktır. Yasaların değiştiğini ve geliştiğini, hukuki yükümlülüğün de bazen sorun çıkardığını söylediğimizden, uygulamalarımızı yüzeysel bir sınava tabi tutmak durumu göstermek için yeterli olacaktır. Bu ve başka yollarla, mekanik hukuk bilimine bağımlı olmadığımızı kanıtlayabiliriz.

Bununla birlikte, hukuk ve hukuki yükümlülük kavramlarını yine de kullanmaktayız ve toplumun cezalandırma ve zorlama yetkisinin bu bağlamda yazılı olduğunu varsayıyoruz. Bu uygulamanın ayrıntıları açıklığa kavuşturulduğunda kullandığımız kavramların, nominalistlerin bulguladığı

gibi aptalca ve yanılısamadan dolayı zayıf oldukları da ortaya çıkabilir. Eğer öyleyse, yaptığımızı tanımlamak için başka yollar bulacağız, ve başka gerekçeler sağlayacak ya da uygulamalarımızı değiştireceğiz. Ancak, bunu keşfedene ve gerekli düzenlemeleri yapana kadar, nominalistlerin zaman-sız davetini kabul edip de şimdiki kavramlarımızın ortaya çıkardığı sorunlara sırtımızı dönmeyiz.

Elbette, 'hukuk' ve 'hukuki yükümlülük' hakkında konuşmayı bırakma önerisi büyük oranda bir blöftür. Bu kavramlar siyasi uygulamalarımızın yapısına derinlemesine işlemiştir – sigaralar ya da şapkalar gibi bırakılamazlar. Bazı nominalistler bunu kısmen kabullendiler ve kınadıkları mitlerin, Platonik mitler gibi düşünülerek kitleleri düzene sokmak için elde tutulması gerektiğini söylediler.* Belki de bu görüldüğü kadar sinik** bir öneri değildir; belki kuşkulu bir savın örtülü ifadesidir.

Blöften kurtulduğumuzda, nominalist saldırı mekanik hukuk bilimine karşı bir saldırı düzeyine iner. Saldırı hatları boyunca, hukukun ölümüne ilişkin kahramanca çağrılara rağmen, nominalistler daha klasik filozofların tanımlamalarından pek de farklı olmayan bir biçimde 'hukuk' ve 'hukuki yükümlülük' terimlerinin nasıl kullanılması gerektiğinin analizi önerirler. Nominalistler analizlerini, hukuki kurumların (özellikle mahkemeler) 'gerçekten nasıl işlediği'nin bir modeli olarak sunarlar. Ancak nominalistlerin modeli, ilk kez 19. yüzyıl filozofu John Austin tarafından yaygınlaştırılan ve günümüzde de hukuk bilimine ilişkin görüşü olan uygulamacı veya akademisyen hukukçular tarafından da şu veya bu şekilde kabul gören teoriden, temelde vurgu bakımından farklılık gösterir. Ben bu teoriyi, biraz da tarihi bir serbestlikle 'hukuki pozitivizm' diye adlan-

* Dworkin burada Platon'un *Devlet* adlı yapıtında halk kitlelerinin sınıflı toplumsal yapıya sadakatini sağlamak için öngördüğü yararlı 'yalan'a gönderme yapıyor. Buna göre, insanlar altın, bakır ve tunç soylulardan meydana gelmiştir ve bu da devletteki yönetici, koruyucu ve üretici sınıflara denk düşer. Sınıflar arasında geçiş olanağı yoktur ve bu masalla kişilerin farklı toplumsal sınıflara ayrılması haklılaştırılmış olur. Böylece herkesin içinde doğduğu sınıfı ve sosyoekonomik yapıyı benimsemesi ve düzenin devamı için ona biçilen rolü kusursuz yerine getirmesi gerekir. Ancak bu yararlı yalanın (!) bir de güvenlik vanası vardır: Bu sınıflarda doğan çocuklardan bazıları diğer sınıfın özelliklerini gösterebilir, bu durumda istisna olarak çocuğu ait olduğu alt ya da üst sınıfa göndermek gerekir. Platon, *Devlet*, çev.: S. Eyüboğlu, M. A. Cimcoz (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), s.105 (415a vd). (ç.n.)

** Sinizm ya da Kinizm (Köpeksiler): Doğal yaşamı ve mutluluğu her tür uygarlığa yeğ tutan Eski Yunan'daki bir felsefe okulu. Halk bunlara sokaklarda yaşadıkları için bu adı vermişti. Dworkin burada üstü örtülü olarak *The Path of Law*'da hukukun gerçek yüzünü görmek için üzerine 'sinik asit dökmek' gerektiğini söyleyen O. W. Holmes'un kişiliğinde Hukuki Realizm akımına gönderme yapıyor. (ç.n.)

dıracağım. Hukuki pozitivistizmin doğruluğunu, özellikle Profesör H. L. A. Hart'ın ona verdiği güçlü formda incelemek istiyorum. Onun görüşüne yalnızca açıklığı ve inceliğinden değil, hukuk felsefesinde hemen her yerde olduğu gibi burada da, yapıcı düşüncenin onun görüşlerini göz önüne alarak başlamak zorunda olmasından dolayı odaklanmak istiyorum.

2. POZİTİVİZM

Pozitivizmin iskeletini oluşturan birkaç merkezi ve düzenleyici önerme vardır ve her ne kadar pozitivist adı verilen her filozof benim onları sunduğum şekilde bu önermelere katılmasa da, bu önermeler incelemeyi istediğim genel durumu tanımlarlar. Bu ana ilkeler şu şekilde sıralanabilir:

a) Bir toplumun hukuku, kamu gücü tarafından hangi davranışın cezalandırılacağını ya da dayatılacağını [zorlanacağını-coerced], toplum tarafından doğrudan veya dolaylı olarak belirleme amacıyla kullanılan özel bir kurallar dizisidir. Bu özel kurallar, içeriklerini değil soylarını [pedigree] ya da uyarlanıp geliştirildikleri usulleri sınayan ölçütlerle, belirli ölçütlerle tanımlanır ve ayırt edilebilirler. Bu soy ölçütleri, geçerli hukuk normlarını, sahte hukuk kurallarından (avukat ve davacıların hatalı biçimde hukuk kuralları olduğunu ileri sürdükleri kurallar) ve toplumun izlediği ancak kamu gücüyle dayatılmayan diğer sosyal kural türlerinden (genellikle 'ahlaki kurallar' olarak gruplandırılırlar) ayırmak için kullanılabilirler.

b) Bu geçerli hukuki kurallar kümesi 'hukuk' için tüketicidir, böylece birisinin davası böyle bir kuralla tam olarak örtüşmüyorsa (uygun bir tane bulunamazsa, uygun gibi görünenler belirsizse, veya başka bir nedenle), o zaman o dava 'hukuku uygulayarak' karara bağlanamaz. O, 'takdirini kullanan' [ya da hukuk yaratan] hâkim gibi, bir memur tarafından karara bağlanmalıdır ki, bu yeni bir yasa kuralı yaratmak ya da eskisine ilavede bulunmakta başka bir standardın ona yol göstermesi için hukukun ötesine geçme anlamına gelir.

c) Birinin 'Hukuki yükümlülüğü' olduğunu söylemek, bu kişinin davasının, onun bir şey yapmasını gerektiren ya da o şeyi yapmasını yasaklayan geçerli bir hukuk kuralının kapsamına girdiğini söylemektir. (Hukuki hakkı bulunduğunu, bir çeşit hukuki gücü olduğunu, hukuki ayrıcalık

veya bağışıklığı olduğunu söylemek, kısacası başkalarının onu belirli biçimlerde etkileyen davranışlarda bulunma ya da bulunmama gibi gerçek ya da varsayımsal hukuki yükümlülüklerinin olduğunu bildirmektir). Böyle bir geçerli hukuk kuralının yokluğunda, hukuki yükümlülük de yoktur; yani hâkim bir soruna takdirini kullanarak karar verdiği zaman, o soruna bir hukuki hakkı uygulamaz.

Bu sadece pozitivizmin iskeletidir. Vücudu, başka pozitivistler tarafından değişik şekilde düzenleniyor ve hatta bazı düşünürler kemikleri bile düzeltmeye çalışıyorlar. Değişik versiyonlar en çok bir kuralın, bir hukuk kuralı sayılması için gerekli olan temel soy ölçütünün tanımında ayrılırlar.

Örneğin Austin, kendi temel ölçüt versiyonunu, birbirine bağlı tanım ve ayrımlar dizisi biçiminde tasarladı.² Bir yükümlülüğü, bir kuralın kapsamına girmek, kuralı genel bir emir ve emri de itaatsizlik durumunda güç ve iradeyle desteklenen, başkalarının belirli bir şekilde davranmasını dayatma ifadesi olarak tanımladı. Kural sınıflarını (hukuki, ahlaki veya dini), kuralın temsil ettiği genel emrin sahibi kişi ya da gruba göre ayırdı. O, her siyasal toplulukta, geriye kalanların geleneksel olarak itaat ettiği ve başkalarına itaat etme alışkanlığına sahip olmayan bir kişi ya da belirleyici bir gruptan oluşan bir egemen bulunacağını düşünüyordu. Bir toplumun hukuk kuralları, egemenin yerleştirdiği genel emirlerdir. Austin'in hukuki yükümlülük tanımı, bu hukuk tanımından çıkar. Ona göre, eğer birisi egemenin genel emrinin muhatapları arasındaysa ve bu emre uymadığı zaman yaptırım tehlikesi altında kalacaksa, onun hukuki yükümlülüğü vardır.

Elbette, egemen tüm koşullar için bir emirler şeması sağlayamaz ve bazı emirleri kaçınılmaz biçimde belirsiz ya da örtülü olacaktır. O yüzden (Austin'e göre) egemen, özgün ya da sorunlu davalar getirildiğinde, yeni kurallar yapmak üzere yasa uygulayıcısına (hâkime) takdir yetkisi verir. Sonra hâkimler yeni kurallar yapar ya da eskilerini uyarlarlar ve egemen ya onların yarattıklarını ortadan kaldırır ya da bunu yapmayarak onları sessizce onaylar.

Austin'in modeli sadeliği açısından oldukça güzeldir. Bu model pozitivizmin ilk ilkesinin, hukukun kamu düzenini sağlamak için özenle seçilmiş bir dizi kural olduğunu ve olgulara dayanan basit bir ölçütü –egemen ne emretti?– bu özel kuralları tanımlayacak yegâne ölçüt olduğunu ileri sürer. Ancak zamanla, Austin'in modelini inceleyen ve uygulamayı

2) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

deneyenler onu fazla basit buldular. İkisinin asli görüldüğü birçok itiraz ileri sürüldü. Birincisi, Austin'in her toplumda tüm diğer grupları nihai olarak denetiminde bulunduran belirleyici bir grup ya da kurumun bulunduğu ana varsayımı karmaşık toplumlar için geçerli görünmüyordu. Modern bir ulusta siyasal denetim çoğulcudur ve el değiştirir, az ya da çok uzlaşma, işbirliği ve anlaşma konusudur ki bu yüzden de Austinci egemen olarak nitelenmek için gereken ölçüde büyük bir denetime herhangi bir kişi ya da grubun sahip olduğunu söylemek çoğunlukla olanaksızdır. Örneğin kişi, Amerika Birleşik Devletleri'nde 'halk'ın egemen olduğunu söylemek isteyebilir. Ama bu neredeyse hiçbir anlam ifade etmez, ve kendiliğinden 'halk'ın ne emrettiğini belirleyebilecek ya da onların hukuki emirlerini, sosyal veya ahlaki olanlardan ayıracak bir ölçüt getirmez.

İkinci olarak, eleştirmenler Austin'in analizinin 'hukuk'a karşı aldığımız tavırlara ilişkin çarpıcı gerçekleri açıklamakta, hatta fark etmekte tümüyle başarısız olduğunu anlamaya başladılar. Biz hukuk ve hatta bir gangsterin genel emirleri arasında önemli bir ayrım yaparız. Yasaların kınamasının –ve yaptırımlarının– bir kanun kaçağının emirlerinden farklı olarak yükümlülük getirdiğini hissederiz. Austin'in analizinde böyle bir ayrıma yer yoktur, çünkü yükümlülüğü güç tehdidi altında buyruk altına girme olarak tanımlar ve böylece hukukun otoritesini de tamamen egemenin, boyun eğmeyenlere vereceği zarar kabiliyeti ve iradesinde bulur. Belki yaptığımız ayrım aldatıcıdır – belki özel bir otoritenin hukuka iliştilmesi ile ilgili duygularımız dini mahmurluğumuzdan veya başka bir kitlesel kendini aldatmadan gelmektedir. Ancak Austin bunu göstermez, ve biz, bizim hukuk kavramımızın analizinin ya tavırlarımızı tanımlayıp açıkladığı ya da neden hatalı olduklarını gösterdiği konusunda ısrarla yetkilendiriliriz.

H. L. A. Hart'ın pozitivism versiyonu Austin'inkinden iki yönde daha karmaşıktır. Birincisi, o, Austin'den farklı olarak, kuralların değişik mantıksal türleri olduğunu kabul eder. (Hart kuralları 'birincil' [*primary*] ve 'ikincil' [*secondary*] diye adlandırdığı iki türe ayırır.) İkincisi, Austin'in kuralın bir emir türü olduğu kuramını reddeder ve kuralların ne olduğu konusunda daha ayrıntılı genel bir analizi bu kuramın yerine koyar. Bu noktaların her birinin üzerinde durmalı ve ardından Hart'ın hukuk kavramıyla nasıl birleştiklerini belirtmeliyiz.

Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasındaki ayrımı çok büyük önem taşır.³ Birincil kurallar, toplumun üyelerine hak bahşeden ya da yükümlü-

3) Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 89-96 (1961).

lük empoze edenlerdir. Hırsızlık, adam öldürme ya da aşırı hızı yasaklayan ceza hukuku kuralları, birincil kurallara iyi birer örnek oluşturur. İkincil kurallar, birincil kuralların nasıl ve kimler tarafından biçimlendirileceğini, tanınacağını, değiştirileceğini ya da ortadan kaldırılacağını öngören kurallardır. Kongre'nin nasıl oluştuğunu ve yasama faaliyetini nasıl yürüttüğünü öngören kurallar, ikincil kurallara örneklerdir. Sözleşme hazırlama ve vasiyetleri uygulama ile ilgili kurallar da ikincildir, çünkü onlar belirli hukuki yükümlülüklerin (örneğin, bir sözleşmenin maddeleri ya da bir vasiyetnamenin koşulları) nasıl var olacağını ve değiştirilebileceğini düzenleyen çok spesifik kurallardır.

Hart'ın genel olarak kuralları analizi de önemlidir.⁴ Austin, her kuralın genel bir emir olduğunu ve eğer bir insan itaatsizlik ettiğinde zarar göreceksen bir kuralla yükümlü olduğunu söylemişti. Hart ise, bunun bir şeyi yapmaya *zorlanmak* [obliged]* ile bir şeyi yapmaya *yükümlü olmak* [obligated] arasındaki ayrımı yok ettiğini öne sürer. Eğer birisi bir kuralla bağlı ise, kendisi sadece [fiziki olarak] zorlanmaz, gereklerini yerine getirmek zorundadır, ve dolayısıyla bir kuralla bağlı olma kişinin emre itaatsizlik ettiğinde uğrayacağı zarardan farklı olmalıdır. Bir kural bir emirden diğerlerinin yanında *normatif* olma, onu zorlayacak tehditten öte, öznesinin sergileyeceği bir davranış ölçütü oluşturma yönünden de ayrılır. Bir kural asla, yalnızca fiziki güce sahip bir kişi öyle olmasını isteği için bağlayıcı olamaz. O kişi bir kural koyacak *otoriteye* sahip olmalıdır ya da bir kuraldan söz edilemez, ve böyle bir otorite de yalnızca, o kişinin hitap ettiği insanları şimdiden bağlayan bir başka kuraldan gelebilir. İşte bu, geçerli yasa ile eli silahlı bir haydudun emirleri arasındaki farktır.

Yani Hart, otoritesini yazarlarının fiziksel gücüne dayandırmayan, genel bir kurallar teorisi önerir. O bize, eğer değişik kuralların nasıl oluştuğunu incelersek, ve birincil ve ikincil kuralların ayırımına dikkat edersek, bir kuralın otoritesinin iki kökeni olabileceğini anlatır.⁵

a) Bir kural bir grup insan için bağlayıcı olabilir çünkü o grup, uygulamalarıyla o kuralı davranışları için bir standart olarak *kabul eder*. Grubun basit biçimde bir davranış tarzına uyması yeterli değildir: Birçok İngiliz

4) A.g.e., 79-88.

* İki sözcük anlamca çok yakındır ancak, 'oblige' fizik olarak zorlanma da dahil daha geniş bir anlam taşımakta; 'obligate' ise bir standartla, kuralla (ahlak, hukuk vb.) bağlı olmayı ifade etmektedir. (ç.n.)

5) A.g.e., 97-107.

cumartesi akşamları sinemaya gittiği halde, bunu yapmalarını gerektiren bir kuralı kabul etmiş değillerdir. Bir uygulama, ancak uygulamayı takip edenler o kuralı bağlayıcı saydığı ve davranışlarının nedeni ya da meşruluk koşulu olarak gördüğü ve o kurala uymayanların davranışlarını eleştirmeyi gerektirecek bir neden olarak tanıdığı sürece, bir kuralın kabulünü meydana getirir.

b) Bir kural oldukça farklı bir yolla, yani, böyle yasalaştırılan kuralların bağlayıcı olduklarını öngören bir *ikincil* [*secondary*] kurala uygun olarak yasalaştırılınca da bağlayıcı olabilir. Örneğin bir kulübün tüzüğü, kulüp kurallarının, üyelerin çoğunluğu tarafından kabul edilebileceğini öngörüyorsa oylamada bunu sağlayan kurallar, herhangi bir kabul uygulaması gerekmez, tüzük öyle gerektirdiğinden tüm üyeler için bağlayıcı olurlar. *Geçerlilik* kavramını bu bağlamda kullanırız: Birtakım ikincil kuralların öngördüğü usul ile yaratılan bağlayıcı kurallar ‘geçerli’ kurallar diye adlandırılırlar.

Bu yüzden Hart’ın temel ayrımını şöyle kaydedebiliriz; bir kural bağlayıcı olabilir (a) çünkü kabul edilmiştir (b) çünkü geçerlidir.

Hart’ın hukuk kavramı bu gibi çeşitli ayrımların oluşturulmasıdır.⁶ İlkel toplumlarda sadece birincil [*primary*] kurallar vardır ve bunlar kabul uygulamalarından dolayı bütünüyle bağlayıcıdır. Bu tür toplumların ‘hukuk’u olduğu söylenemez, çünkü pozitivizmin ilk ilkesinin gerektirdiği gibi, bir dizi hukuk kuralını diğer sosyal kurallardan ayıracak bir yol yoktur. Ancak belirli bir toplum, hukuk kurallarının nasıl tanımlanacağını belirten temel bir ikincil [*secondary*] kural geliştirdiğinde ayrı bir hukuksal kural dizisi, yani hukuk doğmuş olur.

Hart, böyle temel bir ikincil kuralı ‘tanıma kuralı’ [*rule of recognition*] olarak isimlendirir. Bir toplumun tanıma kuralı diğerlerine göre basit (‘Kralın yasalaştırdığı hukuktur’) ya da çok karmaşık olabilir (A.B.D Anayasası, tüm yorum güçlüklerine rağmen, tek bir tanıma kuralı olarak düşünülebilir). Belirli bir kuralın geçerliliğini göstermek, sonuçta, o belirli kuraldan geriye temel kurala doğru karmaşık bir geçerlilik zincirini takip etmeyi gerektirebilir. Böylece, New Haven kentinin oto park yönetmeliği geçerlidir, çünkü, daima Birleşik Devletler Anayasası’nın gereklerine uygun biçimde Connecticut eyalet anayasasının verdiği yetki ve

6) A.g.e., birçok yerde, özellikle 6. Bölüm.

prosedürlere uygun olarak, yine Connecticut eyaletince yapılan belediye yasasının verdiği yetki ve prosedürlere uygun olarak, şehir kurulu tarafından kabul edilmiştir.*

Elbette bir tanıma kuralının kendisi geçerli olamaz, çünkü bu varsayıma göre temeldir ve bu yüzden daha temel bir kuralın öngördüğü ölçütlere tabi kılınamaz. Tanıma kuralı, bir hukuki sistemde bağlayıcı gücü bu gücün kabulüne dayanan yegâne kuraldır. Belirli bir toplumun hangi tanıma kuralını kabul ettiğini ya da izlediğini bilmek istersek, yurtaşlarının ve özellikle yetkililerin [*officials*] nasıl davrandığını gözlemlemeliyiz. Belirli bir kuralın geçerliliğini göstermek için hangi nihai argümanları kabul ettiklerine ve diğer yetkilileri ve kuruluşları eleştirmek için hangi nihai argümanları kullandıklarına bakmalıyız. Mekanik bir ölçüt uygulayamayız, ancak bizim için bir toplumun tanıma kuralını, ahlak kuralları ile karıştırma tehlikesi yoktur. Tanıma kuralı, faaliyet alanının; yasama organları, mahkemeler, devlet daireleri, polis ve diğer idari aygıtların işlemesinden ibaret olduğu gerçeğiyle tanımlanır.

Bu yolla, Hart pozitivizmin temellerini Austin'in hatalarından kurtarır. Hart'ın Austin ile aynı düşüncede olduğu nokta, geçerli hukuk kurallarının yetkililer [*officials*] ve kamu kurumlarının edimleriyle meydana gelebileceğidir. Ancak Austin bu kurumların otoritelerinin sadece onların güç tekelinde yattığını düşünüyordu. Hart onların otoritelerini, yönettikleri toplumca temel tanıma kuralı biçiminde kabul edilen anayasal standartlarda, yani hareketlerini dayandırdıkları anayasal standartlardan oluşan arka planda bulur. Bu fon yönetimin kararlarını meşrulaştırır ve bu kararlara Austin'in egemeninin yalın emirlerinde bulunmayan yükümlülük yüklemek ve bildirmek yetkisi verir. Hart'ın kuramı Austin'inkinden, ayrıca, değişik toplumların farklı nihai hukuk ölçütleri kullandığını ve bazılarının yasama kurumunun iradi hareketinden başka hukuk yaratma yollarına olanak tanıdığını kabul ederek de ayrılır. Hart, genelde yasama ölçütüyle birlikte ve ikincil olarak kullanılan 'uzun süreli geleneksel uygulama' ve '(bir kuralın) mahkeme kararlarıyla bağlantısı' gibi değişik ölçütlere de dikkati çeker.

* Bu geçerlilik testinin teorisini H. Kelsen'dir. Öngördüğü 'Normlar Hiyerarşisi' görüşü ile bir kuralın geçerliliğini, en üstte varsayımsal bir temel norm'un (*grund norm*) bulunduğu ve soyuttan somuta doğru kademeli giden bir kurallar (temel norm, anayasa, yasa, genelge, karar) sisteminde, her kuralın yukarıdakilere uygunluğu ile tanımlamıştır. Temel norm tanıma kuralını çağrıştırmaktaysa da, Hart yalnızca, *Concept of Law*'daki (s. 245-246) dipnotta Kelsen'e eleştirel bir gönderme yapar. (ç.n.)

Yani Hart'ın pozitivizm versiyonu, Austin'inkinden daha karmaşıktır ve geçerli hukuk kuralları için ölçütleri daha sofistikedir. Ancak, bir bakıma, iki model de oldukça benzerdir. Austin gibi Hart da, hukuk kurallarının belirsiz sınırları olduğu görüşünü onaylar (onların 'açık dokulu' olduklarından söz eder) ve yine Austin gibi, problemleri davaları, hâkimlerin bunları yeni kurallar yaratarak karara bağlamada takdir hakkı bulunduğu ve bunu uygulayarak çözeceklerini söyleyerek açıklar.⁷ (Daha sonra, hukukun özel bir kurallar dizisi olduğuna inanan birisinin neden hemen hemen kaçınılmaz olarak zor davaları kişinin takdirini kullanmasıyla açıklayacağını göstermeye çalışacağım.)

3. KURALLAR, İLKELER VE POLİTİKALAR

Pozitivizm'e genel bir saldırıda bulunmak istiyorum ve belirli bir hedef gerektiğinde, H. L. A. Hart'ın versiyonunu hedef olarak alacağım. Stratejim, hukukçuların özellikle de bu kavramlarla ilgili problemlerin en fazla belirginleştiği zor davalarda, hukuki haklar ve yükümlülükler konusunda düşünüp tartışırken kurallar olarak değil, ilkeler, politikalar ve farklı standart türleri olarak işleyen diğer ölçütleri kullandıkları gerçeği etrafında organize olacaktır. Pozitivizmin, bir kurallar modeli olduğunu ve bir kurallar sistemi için var olduğunu ve onun, hukuk için tek temel ölçüt biçimindeki asıl düşüncesinin, kurallardan oluşmayan bu standartların önemli rollerini fark etmemizi engellediğini ileri süreceğim.

Yukarıda 'ilkeler, politikalar ve diğer standart türlerinden' söz ettim. Kuralların dışındaki bu standartlar kümesinin bütününden sıkça 'ilke' olarak söz edeceğim; ama yeri geldikçe daha titiz davranıp ilke ve politikaları ayırt edeceğim. Her ne kadar şu anki tartışmada hiçbir şey fark etmeyecekse de, ben nasıl bir sonuca vardığımı yine de belirteceğim. Toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme [gibi], erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlara 'politika' diyorum (ancak bazı hedefler, şu anki durumu elverişsiz bir değişimden korumaya yönelik olduklarından negatiftirler). Cazip görünen bir ekonomik, siyasi ya da sosyal durumu garanti edip ilerlettiği için değil, adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standarda da 'ilke' diyorum. Örneğin, otomobil

7) A.g.e., 7. Bölüm.

kazalarının azaltılması standardı bir politikadır; hiç kimsenin kendi hatasından kazanç sağlayamayacağı standardı ise bir ilkedir. Bu ayrım, bir ilkeye sosyal bir hedef (örneğin, hiç kimsenin kendi hatasından kazanç sağlayamayacağı bir toplum hedeflendiğinde) ya da bir politikaya bir ilke (örneğin, politikanın kapsadığı hedefin değerli olduğunu belirten ilke) anlamı yüklendiğinde, ya da yararcıların, adalet ilkelerinin gizli hedef bildirimleri olduğunu söyleyen temel savı benimsendiğinde (örneğin, en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunu koruma) çökertilebilir. Bazı bağlamlarda ayrımın, böylece çökertildiğinde kaybolacak birtakım yararları vardır.⁸

Ancak burada ilkeleri, kurallardan türel olarak ayırmayı ve işe ilkelerin bazı örneklerini derleyerek başlamayı amaçlıyorum. Kullanacağım örnekler rasgele seçildi ve herhangi bir hukuk fakültesinin içtihat kitabı [*casebook*] da aynı işi görecektir. 1889 yılında bir New York mahkemesi ünlü *Riggs-Palmer*⁹ davasında, büyükbabasının vasiyetnamesinde adı geçen bir mirasçının, büyükbabasını miras için öldürmüş olduğu halde, mirastan payına düşeni alıp alamayacağına karar vermek durumundaydı. Mahkeme akıl yürütmesine şunu kabul ederek başladı: “Vasiyetnamelerin yapılma, kanıtlanma ve sonuçları ile, miras olarak dağıtımını düzenleyen yasalar sözel yorumlanırsa ve yasaların güç ve etkisi hiçbir şekilde ve hiçbir koşulda kontrol edilemez ve değiştirilemezse, bu malın katile verilmesi tamamen doğrudur.”¹⁰ Ancak mahkeme şunu belirterek devam etti: “Tüm yasa ve sözleşmelerin işleyiş ve sonuçları *common law*’ın genel, temel ilkeleri [*maxims*] doğrultusunda kontrol edilebilir. Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına ya da kendi yanlışından üstünlük elde etmesine ya da iddiasını kendi haksızlığına dayandırmasına, ya da kendi suçu ile mal elde etmesine izin verilmez.”¹¹ Katil miras payını alamadı.

1960 yılında bir New Jersey mahkemesi, *Henningsen-Bloomfield Motors Inc.*¹² davasında önemli bir soru olan, otomobilinin kusurlu olması durumunda, bir otomobil üreticisinin sorumluluğunu sınırlandırıp sınırlandırmayacağı (veya ne kadar sınırlandırabileceği) sorusuyla karşılaştı. Henningsen bir araba almış ve üreticinin kusurlardan sorumluluğunun,

8) Bkz. 4. Bölüm, ayrıca Dworkin, “Wasserstrom: The Judicial Decision”, 75 *Ethics*, 47 (1964), “Does Law Have a Function?”, adıyla yeniden basıldı, 74 *Yale Law Journal*, 640 (1965).

9) 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

10) A.g.e., 509, 22 N.E. 189.

11) A.g.e., 511, 22 N.E. 190.

12) 32 N.J. 358, 161, A. 2d 69 (1960).

kusurlu parçaları ‘düzeltmekle’ sınırlandırıldığı –‘bu garanti doğrudan diğer tüm garanti, yükümlülük ve sorumlulukların yerini tutuyordu’– bir sözleşme imzalamıştı. Henningsen’e göre, en azından kendi davasında üretici bu sınırlamalar tarafından korunmamalıydı, kazada yaralananların tıbbi ve diğer masraflarından sorumlu tutulmalıydı. O, üreticinin sözleşmeye bağlı kalmasını önleyecek hiçbir yasa ya da saptanmış hukuk kuralı gösteremiyordu. Bununla birlikte, mahkeme yine de Henningsen ile aynı düşüncedeydi. Çeşitli açılardan mahkemenin argümanında başvuru standartları şunlardır: (a) “Hilenin olmadığı durumlarda şu genel kuralı daima akılda tutmalıyız. Bir sözleşmeyi okumadan imzalamayı seçen kişi, olumsuz sonuçlarına da katlanır.”¹³ (b) “Bu kuralın uygulanmasında, ehil tarafların sözleşme özgürlüğü temel ilkesi önemli bir etkidir.”¹⁴ (c) “Sözleşme Özgürlüğü ilgilendiğimiz alanda hiçbir nitelelendirmeye izin vermeyecek ölçüde kesin bir doktrin değildir.”¹⁵ (d) “Bizimki gibi otomobilin, günlük yaşamımızın yaygın ve gerekli bir parçası ve onun kullanımının da sürücü, yolcular ve herkes için bu denli tehlikeli olduğu bir toplumda, üretici otomobillerinin yapım, servis ve satımıyla ilgili olarak özel bir sorumluluk altındadır. Sonuç olarak, mahkemeler, satım sözleşmelerinin tüketici ve kamu yararına adil biçimde ele alıp almadığını dikkatle incelemek zorundadır.”¹⁶ (e) “Anglo-Amerikan hukuk tarihinde mahkemelerin bizzat kendilerinin, haksızlık ve adaletsizliğe alet edilmelerine izin vermeyecekleri temel düsturundan daha bilenen ve sağlam bir ilke var mıdır?”¹⁷ (f) “Daha spesifik olarak, mahkemeler taraflardan birinin gayri adil biçimde diğer tarafın ekonomik zorunluluklarından üstünlük elde etmek için, kendilerinin ‘pazarlığı’ dayatmakta kullanmasını genel olarak reddederler. (...)”¹⁸

Bu aktarımda kullanılan standartlar bizim düşüncemize göre hukuk kuralı olarak sınıflandırılmazlar. Onlar “paralı yollarda yasal azami hız 60 mildir” veya “bir vasiyetname üç tanık tarafından imzalanmadıkça geçerli değildir” gibi önermelerden bir hayli farklı görünüyorlar. Farklıdır- lar çünkü onlar hukuk kuralları değil, hukuk ilkeleridirler.

13) Id. 386, 161 A.2d 84.

14) A.g.e.

15) A.g.e., 388, 161 A.2d 86.

16) A.g.e., 387, 161 A.2d 85.

17) A.g.e., 389, 161 A.2d 86 (aktaran Frankfurter, J., *United States v. Bethlehem Steel* içinde 315 U.S. 289, 326 [1942]).

18) A.g.e.

Hukuk kuralları ve hukuk ilkeleri arasındaki fark mantıksal bir ayrımdır. Her iki standart dizisi de, belirli koşullarda hukuki yükümlülüğe ilişkin belirli kararları gösterirler, ancak gösterdikleri yönün niteliğinde ayrılırlar. Kurallar ya hep ya hiç tarzında uygulanır. Eğer bir kuralın öngördüğü olgular gerçekleşmişse, ya kural geçerlidir ve bu durumda öngördüğü çözüm kabul edilir, ya da o kural geçerli değildir, ki bu durumda karara hiçbir katkısı olmaz.

Bu ya hep ya hiç tarzını en açık biçimde, kuralların hukukta değil de, hâkim oldukları bazı girişimlerde –örneğin bir oyunda– işleyişine baktığımızda görebiliriz. Beysbol'da, vurucu üç kez ıskalarsa oyun dışı kalır, kuralı geçerlidir. Bir yetkili ısrarla, hem bunun kesin bir beysbol kuralının ifadesi olduğunu kabul edip hem de üç kez ıskalayan vurucunun oyunda kalmasına karar veremez. Doğal olarak, bir kuralın istisnaları olabilir (üç kez ıskalayan vurucu, üçüncü atışı yakalayacak oyuncu topu düşürürse oyun dışı kalmaz). Bununla beraber, kuralın kesin ifadesinde bu istisna hesaba katılır ve istisnayı hesaba katmayan herhangi bir ifade ise noksan sayılır. Eğer istisna listesi uzunsa, kuraldan her söz edilğinde onları tekrarlamak yakışıksızdır; ama yine de kuramsal olarak tümünün eklenmemesi için bir neden yoktur ve ne kadar eklenirse kuralın ifadesi o denli kesin olur.

Eğer beysbol kurallarını model olarak alırsak, hukuk kurallarının, bir vasiyetname üç tanık tarafından imzalanmaz ise geçerli olmaz kuralı gibi, modele iyi uyduklarını görürüz. Eğer üç tanık gerekliliği, geçerli bir hukuk kuralı ise, iki imzalı bir vasiyetname geçerli olmaz. Kuralın istisnaları olabilir, eğer istisnaları varsa, bunları sıralamadan kuralı belirtmek yanlış ve eksik olur. En azından kuramsal olarak, istisnalar listelenebilir ve ne kadar çok istisna olursa kuralın ifadesi de o kadar tamamlanmış olur.

Ancak aktarmalardaki örnek ilkelerin işleyişleri böyle değildir. Kurallara en çok benzer görünen ilkeler bile, koşullar gerçekleştiğinde kendiliğinden hukuki sonuçlar vermezler. Hukukumuzun, hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz ilkesini kabul ettiğini söyleriz, ancak bunu söylerken hukukun, bir kişinin yaptığı hatalardan yarar sağlamasına asla izin vermeyeceğini kastetmeyiz. Aslında insanlar yaptıkları hukuki hatalardan, tümüyle hukuka uygun olarak sıklıkla yarar sağlarlar. En ünlü örnek kesintisiz uygulamayla geçit hakkı elde edilmesidir – eğer arazinizden yeterince uzun bir zaman geçersen, bir gün gelir istediğim zaman arazinizden geçme hakkı kazanırım. Daha az çarpıcı olan pek çok örnek

verilebilir. Eğer bir kişi daha yüksek ücretli yeni bir işe girmek için sözleşmesini ihlal ederek işinden ayrılırsa, eski işverenine zararları ödemek zorunda kalabilir, ancak, genellikle yeni işindeki maaşını almaya hak kazanır. Eğer bir kişi kefalet altındayken duruşmaya gelmese ve parlak bir yatırım yapmak için eyalet sınırları dışına çıksa, tekrar hapse atılabilir, ancak yatırımının kazançlar kişide kalır.

Bunları –ve kolaylıkla kurgulayabileceğimiz sayısız karşıt örneği– kişinin hatasından yarar sağlamasına ilişkin ilkenin hukukumuzun bir ilkesi olmadığını ya da eksik ve niteleyici örneklerle gereksinim duyduğunu göstermekte kullanamayız. Karşıt örnekleri istisna olarak kabul etmiyoruz (en azından, bir tutucunun üçüncü vuruşta topu düşürmesinin istisna olması anlamında, istisna değil), çünkü basit biçimde ilkenin ifadesini genişletmekle bu karşıt örnekleri tüketmeyi umamayız. Onlar kuramsal olarak bile teker teker sayılamazlar çünkü biz hem (geçit hakkındaki gibi) bir hata ile yarar sağlamanın zaten kabul edildiği kurumlarla ilgili örnekleri ve hem de ilkenin kapsamadığını çıkarsama ile görebileceğimiz sayısız kurgusal örneği dahil etmek zorundayız. Bunların bazılarını listelememiz, ilkenin ağırlığına ilişkin duyumuzu kuvvetlendirebilir (birazdan bu boyuta dikkat çekeceğim), ancak ilkenin ifadesini daha kesin ya da eksiksiz kılmaz.

“Hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz” gibi bir ilke, ilkenin uygulanmasını zorunlu kılan koşulları bile göstermez. Daha çok, bir yönü destekleyen bir neden bildirir ancak belirli bir kararı gerektirmez. Eğer bir kişi, onu elde etmek için yaptığı yasadışı eylemlerin doğrudan sonucunda bir şeye sahip olmuş ya da olmak üzereyse, bu kişinin o şeyi elde tutup tutamayacağına karar verirken hukuk bu nedeni hesaba katacaktır. Aksi yönü destekleyen başka ilke ve politikalar bulunabilir –örneğin, kazanılmış hakların korunması ya da cezada kanunilik ilkesi. Bunlar ileri sürüldüğünde, ilkemiz [Hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz] üstün gelmeyebilir, ama bu durum, onun hukuk sistemimizin bir ilkesi olmadığı anlamına gelmez; bu çatışık etmenlerin olmadığı ya da daha hafif olduğu başka bir olayda ilkemiz belirleyici olabilir. Bütün bunların anlamı, belirli bir ilkeye hukukumuzun ilkesi dediğimiz zaman, konuyla ilgili olduğunda, yetkililerinin bunu bir tarafa veya diğerine yönelik etmen olarak hesaba katmaları gerektiğidir.

Kurallara benzemeyen ilkeleri göz önüne alırsak, kurallar ve ilkeler arasında mantıksal ayırım daha net görülebilir. *Henningsen* düşüncesinden yapılan alıntıda (d)’de saptanan ‘üretici otomobillerinin yapım, servis ve

satımıyla ilgili olarak özel bir sorumluluk altındadır' önermesini düşünün. Bu, özel yükümlülüğün gerektirdiği belirli ödevleri tanımlama ya da sonuçta otomobil tüketicisinin hangi hakları kazandığını bize bildirme savında bile değildir. Yalnızca şunu bildirir – ve bu *Henningsen*'in argümanında temel bir bağlantıdır: Otomobil üreticileri diğer üreticilerden daha yüksek standartlarla sorumlu tutulmalı ve kendilerini bağlayan ilkeyle yarışan sözleşme özgürlüğü ilkesine daha az dayanabilme hakları olmalıdır. Bu onların, o ilkeye asla dayanamayacakları ya da mahkemelerin otomobil satım sözleşmelerini istedikleri gibi yeniden yazacakları anlamına gelmez; bu yalnızca, eğer özel koşul adaletsizse veya fazla külfet yüklüyorsa, mahkemelerin bu koşulun uygulamasını dayatmak için, bir kravat satım sözleşmesinde olduğundan daha az nedene sahip oldukları anlamını taşır. 'Özel yükümlülük' bir otomobil satım sözleşmesinin koşullarını dayatmayı reddeden bir kararın lehinde hesaba katılır, ancak böyle bir kararı bizatihi zorunlu kılmaz.

Kurallar ve ilkeler arasındaki ilk ayrım bir diğerini gerektirir. İlkeler, kuralların sahip olamadığı bir boyuta –ağırlık veya önem boyutuna– sahiptirler. İlkeler çatıştığında (örneğin, otomobil tüketicilerini koruma politikasıyla, sözleşme özgürlüğünün çatışması) ihtilafı çözecek kişi, her birinin göreceli ağırlığını dikkate almak zorundadır. Bu tabii ki kesin bir ölçüm olamaz, ve belirli bir ilke veya politikanın bir diğerinden önemli olduğu yargısı sıklıkla tartışmalı olacaktır. Bununla birlikte, ne kadar önemli ya da ağırlıklı olduğunu sormanın anlam taşıdığı bu boyuta sahip olmak, ilke kavramının ayrılmaz bir parçasıdır.

Kuralların böyle bir boyutu yoktur. Kuralların *işlevsel* olarak önemli veya önemsiz olduğundan söz edebiliriz (beysbol kuralı olan üç iskada oyun dışı kalmak, koşanların bir engeli aşabilecekleri kuralından daha önemlidir, çünkü ilk kuralın değişmesiyle oyun daha çok değişikliğe uğramış olur). Bu anlamda bir hukuk kuralı, bir diğerinden davranışın düzenlenmesinde daha çok ya da önemli role sahip olduğundan, daha önemli olabilir. Ancak, biz, kurallar sistemi içersinde, iki kural çatıştığında ağırlığından dolayı birinin diğerini üstün gelecek ölçüde, bir kuralın diğerinden önemli olduğunu söyleyemeyiz.

Eğer iki kural çatırırsa, onlardan birisi geçerli bir kural olamaz. Hangisinin geçerli olduğu ve hangisinin kaldırılması ya da değiştirilmesi gerektiği kararı, bu kuralları aşan bir değerlendirmeye verilmelidir. Bir hukuk sistemi bu çatışmayı, daha üst bir otoritenin kuralını, daha sonra yapılmış kuralı, daha özel kuralı ya da bu türden bir şeyi tercih eden başka

kurallar yaparak çözebilir.* Ayrıca, bir hukuk sistemi daha önemli ilkelere desteklenen bir kuralı da tercih edebilir. (Hukuk sistemimiz her iki tekniği de kullanmaktadır.)

Bir standardın biçiminden, kural mı yoksa ilke mi olduğu daima açık değildir. “Bir vasiyetname üç şahit tarafından imzalanırsa geçerlidir”, biçim bakımından, “kişi hatalarından yarar sağlayamaz” ifadesinden pek de farklı değildir, ama Amerikan hukukunu biraz tanıyanlar ilk deyişin kural ikincinin ise ilke olduğunu bilirler. Birçok olayda bu ayrımı yapmak zordur – standardın nasıl kullanılacağı karara bağlanamaz ve bu konunun kendisi bile bir tartışma odağı olabilir. Amerikan Anayasası’nın birinci Değişikliği, Kongre konuşma özgürlüğünü kısıtlayamaz hükmünü [koşulunu] içerir. Bu bir kural mıdır, eğer öyleyse, belirli bir kanun konuşma özgürlüğünü kısıtlarsa, bu kanun anayasaya aykırı mıdır? Birinci değişikliğin mutlak olduğunu iddia edenler; bunun bu şekilde kabul edilmesini, yani kural olduğunu söylerler; veya o yalnızca bir ilke mi bildirmektedir? Eğer öyleyse, konuşma özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlama görüldüğünde, bağlam, içinde bulunulan koşullarda kısıtlamaya izin verecek ölçüde ağırlıklı başka ilke ve politikalar sunmadığı takdirde anayasaya aykırıdır. Bu, ‘açık ve yakın tehlike’ ölçütünü veya bazı başka ‘dengeleyici’ biçimleri savunanların konumudur.

Bazen bir kural ile bir ilke aynı rolü oynayabilir ve aralarındaki tek fark, neredeyse bir biçimden ibarettir. “Sherman Act”ın ilk bölümü ticareti sınırlayan her sözleşmenin geçersiz olduğunu bildirir. Yüksek Mahkeme bu hükmün, kendi terimleriyle bir kural olarak (neredeyse tüm sözleşmelerin yaptığı gibi ‘ticareti sınırlayan’ her sözleşmenin geçersiz kılınması) ya da etkin karşıt politikaların yokluğunda bir sözleşmeyi geçersiz kılmak için bir neden olmak koşuluyla bir ilke olarak ele alınıp alınamayacağına karar vermek durumunda kalmıştı. Mahkeme hükmü, bir kural diye kabul etti, ama bu kuralı ‘makul olmayan’ ifadesini içerir şekilde ele aldı ve sadece ‘makul olmayan’ ticaret tahditleri için yasaklayıcı olarak yorumladı.¹⁹

* Hukuk kuralları kendi içlerinde bir çözüm öngörmeden aynı konuda birbirlerine karşıt düzenlemeler getirdiğinde bir çatışmadan söz edilir ve bu çatışma normlar hiyerarşisinde üst kuralın tercih edilmesi (lex superior), daha yeni olanın yani sonraki kuralın tercih edilmesi (lex posterior) ve daha özel bir düzenleme getiren kuralın (lex specialis) tercih edilmesi ile çözülebilir. Daha önemli ilkelere desteklenen kuralın tercihi ise kuralların amaçlarını değerlendirerek sıralayacak metninden uzaklaşan daha ileri bir yorumu gerektirir. (ç.n.)

19) *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180 (1911).

Bu da hükmün mantıksal olarak bir kural şeklinde (ne zaman bir mahkeme sınırlamayı 'makul' görmezse sözleşmeyi geçersiz saymakla yükümlüydü) ve esas itibarıyla de bir ilke olarak (mahkeme belli bir sınırlamanın, belirli ekonomik koşullarda mantıksız olup olmadığını saptarken diğer birçok ilkeyi ve politikayı dikkate almalıdır) işlev görmesini sağladı.

Sıklıkla 'makul', 'ihmal', 'haksız' ve 'önemli' gibi sözcükler tam olarak bu işlevi görürler. Bu terimlerin her biri, terimi içeren kuralın uygulanmasını bir ölçüye kadar bu kuralın altında yatan ilke ve politikalara bağımlı hale getirir, ve bu şekilde kuralın kendisini daha çok bir ilkeye benzetir. Ama onlar, kuralı tam olarak bir ilkeye dönüştürmezler çünkü bu terimlerin en az sınırlayıcı olanı bile, kuralın dayandığı diğer tür ilke ve politikaları sınırlar. Eğer 'makul olmayan' sözleşmelerin geçersiz olduğunu veya büyük ölçüde 'adaletsiz' [gabin] sözleşmelerin [hukuken] dayatılmayacağını söyleyen bir kurala tabi isek bu terimlerin olmadığı bir duruma göre daha fazla yargıda bulunmamız gerekir. Ancak, bir sözleşmenin sınırlamasının makul olmasa veya büyük ölçüde adaletsiz olsa da [hukuken] dayatılması gerektiğini söyleyen politika veya ilkelerin olduğu bir durum varsayın. Bu sözleşmelerin dayatılması bizim kurallarımızla yasaklanabilir ve yalnızca bu kurallar ortadan kalkar ya da değişirse bunlara izin verilir. Bununla birlikte, eğer bir kural değil de, makul olmayan sözleşmelerin dayatılmasına karşı bir politika veya adaletsiz sözleşmelerin dayatılmaması gerekir biçiminde bir ilkeyle karşı karşıya isek, bu sözleşmeler yasada değişiklik yapılmadan dayatılabilir.

4. İLKELER VE HUKUK KAVRAMI

Bir kez hukuki ilkeleri, hukuk kurallarından farklı standart türleri olarak tanımladığımızda, birdenbire onların her yanımızda olduklarını fark ederiz. Hukuku öğretenler onları öğretir, hukuk kitapları onları anlatır, hukuk tarihçileri onları yüceltir. Ama en çok *Riggs* ve *Henningsen* gibi zor davaların esas yükünü taşıırken iş başında görünürler. Bu tür davalarda ilkeler, belli hukuki hak ve yükümlülükler hakkındaki yargıları destekleyen argümanlarda önemli bir rol oynarlar. Dava karara bağlandıktan sonra, davanın belli bir kuralı desteklediğini söyleyebiliriz. (Örneğin; cinayet işleyenin kurbanın vasiyetinden yararlanmaya uygun olmadığını belirten kural.) Ancak dava karara bağlanmadan kural mevcut değildir; mahkeme yeni

bir kuralın kabul edilmesi ve uygulanmasını haklı çıkarmak için ilkelere gönderme yapar.

Riggs'de mahkeme hiç kimsenin kendi hatasından yarar sağlayamayacağı ilkesini vasiyet yasasını okumada temel bir standart olarak bildirdi ve böylece bu yasanın yeni bir yorumunu haklılaştırmış oldu. *Henning-sen*'de mahkeme otomobil hatalarında üreticilerin sorumluluğunu dikkate alan yeni bir kural için otorite olarak çatışan çeşitli ilke ve politikalara gönderme yaptı.

Bundan dolayı hukuki yükümlülük kavramının analizi belirli hukuki kararlara ulaşmada ilkeleri önemli rolünü açıklamak zorundadır. Burada izleyebileceğimiz oldukça farklı iki yol vardır:

a) Hukuk ilkelerini, hukuk kurallarını ele aldığımız şekilde ele alabiliriz ve bazı ilkeler yasa gibi bağlayıcı olup, hukuki yükümlülük kararlarını veren hâkimler ve hukukçular tarafından hesaba katılmalıdır diyebiliriz. Eğer bu yolu izlersek, en azından Amerika'da hukukun, kurallar kadar ilkeleri de içerdiğini söylemeliyiz.

b) Öte yandan, ilkelerin bazı kurallar gibi bağlayıcı olabildiğini reddedebiliriz. Onun yerine *Riggs* veya *Henningsen* gibi davalarda hâkimin, dilerse takip etmekte özgür olduğu ek hukuk ilkeleri [*extra legal principles*] için uygulamakla yükümlü olduğu kuralların ötesine geçtiğini (yani hukukun ötesine geçtiğini) söyleyebiliriz.

Kişi, bu iki saldırı çizgisi arasında pek fark olmadığını ve 'hukuk' sözcüğünü kişinin nasıl kullanmak istediğinin sadece sözel bir soru olduğunu düşünülebilir. Ancak bu bir yanılgıdır, çünkü bu iki açıklama arasından yapılacak seçimin hukuki yükümlülüğün analizinde çok önemli sonuçları vardır. Bu bir hukuk ilkesinin iki kavramı arasındaki bir seçimdir; bir hukuk kuralının iki kavramı arasında yapacağımız seçimle karşılaştırarak açıklığa kavuşturabileceğimiz bir seçimdir. Biz, bazen birinin belirli bir uygulamayı seçtiğini kastettiğimizde, kişi bir şeyi yapmak için 'onu bir kural haline getirdi' deriz. Örneğin, kahvaltıdan önce 1 mil koşmayı kural haline getirdi, çünkü bu kişi sağlıklı olmak istiyor ve rejime inanıyor diyebiliriz. Bunu söylediğimizde, bu kişinin kahvaltıdan önce 1 mil koşma kuralı ile *bağlı* [*bound*] olduğunu, ya da, hatta bunu kendisi için bağlayıcı [*bidding*] gördüğünü kastetmeyiz. Bir kuralı bağlayıcı kabul etmek bir şeyi yapmayı kural haline getirmekten farklıdır. Hart'ın örneğini tekrar

kullanırsak, İngilizler haftada bir film görmeyi kural haline getirdiler demekle, İngilizlerin, herkes haftada bir film görmelidir biçiminde bir kuralı vardır demek arasında bir fark bulunmaktadır. İkincisi üstü kapalı olarak, eğer bir İngiliz bu kuralı izlemese eleştirilir veya kınanır anlamına gelirken, birinciden böyle bir anlam çıkmaz. Birincisi bir *tür* eleştiri olasılığını dışlamaz –film izlemeyen birinin eğitimi ihmal ettiğini söyleyebiliriz– ancak kişi *yalnızca* kuralı izlemediğinden onun yanlış bir şey yaptığını ileri süremeyiz.²⁰

Bir toplumdaki hâkimleri grup olarak düşünürsek, onların izlediği hukuk kurallarını iki farklı şekilde açıklayabiliriz. Örneğin, belli bir eyalette hâkimlerin üç şahit olmadıkça vasiyetnamelerin hukuken dayatılamayacağını, kural haline getirdiklerini söyleyebiliriz. Bu durum, böyle bir vasiyetnameyi ender olarak hukuken dayatan bir hâkimin sırf bu nedenle yanlış yaptığı anlamına gelmez. Diğer yandan, o eyaletteki bir hukuk kuralının bu tip vasiyetnamelerin dayatılmasını yasakladığını söyleyebiliriz; işte bu durumda böyle bir vasiyeti dayatan hâkim yanlış bir şey yapıyor demektir. Elbette Hart, Austin ve diğer pozitivistler hukuk kurallarının bu ikinci açıklama biçiminde ısrar edecekler ve ‘kural haline getirme’ [*make it a rule*] açıklamasıyla hiç de tatmin olmayacaklardır. Bu hangi açıklamanın doğru olduğuna ilişkin sözel bir soru değildir. Burada söz konusu olan, sosyal durumu hangisinin daha kesin biçimde tanımladığıdır. Diğer önemli sorunlar hangi açıklamayı kabul ettiğimize bağlıdır. Örneğin, eğer hâkimler belli sözleşmeleri hukuken dayatmamayı ‘kural haline getirmişlerse’ karardan önce bu sonuç için kimsenin ‘yetkilendirildiğini’ söyleyemeyiz ve bu önerme [birinin yetkili olduğu], karar için sunabileceğimiz hiçbir haklılaştırmaya dahil edilemez.

İlkelere yönelik iki saldırı çizgisi de, bu iki kural açıklamasına paraleldir. İlk çizgi, ilkelerin yargıçları bağlayıcı olduğunu ileri sürer, bu yüzden ilgili olduklarında ilkeleri uygulamayanlar yanlış yapmış olacaklardır. İkinci çizgi ilkeleri, hâkimlerin kendilerini bağlayan standartları aşmaya zorlandıklarında yapılması gerekeni ‘ilke haline getirdikleri’ uygulamaların özetleri olarak görür. Bu iki yaklaşım arasından yapılacak seçim, *Riggs* ya da *Henningson* olayında olduğu gibi zor bir davada önceden var olan hukuk kurallarının ve yükümlülüklerin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna vereceğimiz yanıtı etkileyecek, belki de belirleyecektir. Birinci çizgiyi izledi-

20) Bu ayrım özde Rawls’ın “Two Concepts of Rules”, 64 *Philosophical Review* 3’te (1955) yaptığıyla aynıdır.

ğimizde, böylece yargıçların hukuki hak ve yükümleri hukuken dayatırken bağlayıcı hukuki standartları uyguladıklarını halen ileri sürebiliriz. Ancak ikinciye izlersek, bu sorunda mahkeme dışına çıkarız ve *Riggs*'daki katilin ailesinin ve *Henningsen*'daki üreticinin *expost facto* [olaydan sonra] uygulanan adli [*judicial*] takdir eylemiyle mallarından yoksun bırakıldıklarını kabul etmek zorunda kalırız. Bu birçok okuyucuyu şaşırtmayabilir –adli takdir kavramı hukuki topluluktan süzülüp gelmiştir– ancak kavram, filozofları hukuki yükümlülük konusunda endişeye düşüren bilmecenin en zor yanlarından birini sergilemektedir. Eğer söz konusu davalardaki gibi, mal varlığına el atmak kurulu bir yükümlülüğe başvurarak haklılaştırılmıyorsa, başka bir haklılaştırma yolu bulunmalıdır ve şimdiye değin tatminkâr bir tane bulunamamıştır.

Önceden belirtilen pozitivizmin iskeleti şemasında hukuki takdir doktrinini ikinci ilke olarak sıralamıştım. Pozitivistler, bir dava belirli bir kuralın kapsamına girmediği zaman, hâkimin davaya karar vermek için taze bir yasama işlemine varan takdir [hukuk yaratma] yetkisini kullanması gerektiğini kabul ederler. Bu doktrin ile söz konusu hukuk ilkelerine iki yaklaşımdan hangisini tercih etmemiz gerektiği sorusu arasında önemli bir bağlantı olabilir. Öyleyse, doktrinin doğru olup olmadığını ve yüzeysel görünümünün belirttiği gibi ikinci yaklaşımı ima edip etmediğini sormalıyız. Bununla birlikte, bu sorunlar yoluyla takdir kavramıyla ilgili anlayışımızı tazelememiz gerekecektir. Takdir doktrininin böyle yaygın olmasının nedenini açıklamak için, kavrama ilişkin ne gibi belirgin karışıklıklar olduğunu ve özellikle farklı kullanım anlamlarını ayırmada düşülen bir hatayı göstermeye çalışacağım. Bunu da, pozitivistlerin onu savunmak için kullandıkları argümanlarda tümüyle desteksizken, bizim ilkeleri ele alış biçimimizde doktrinin bir dayanağa sahip bulunduğu anlamında ileri süreceğim.

5. TAKDİR

Takdir kavramı pozitivistler tarafından günlük dildeki anlamından farklılaştırılmıştır ve bunu anlamak için bir süreliğine onu kendi *özgün yerleşimine* [habitat] iade etmeliyiz. Günlük hayatta bir insanın 'takdire sahip' olduğunu söylemek ne anlama gelir? Öncelikle özen gösterilmesi gereken, kavramın, çok özel durumlar dışında, yeri olmadığıdır. Örneğin, aileme ev seçmek konusunda takdir hakkım var ya da yok demezsiniz. Bu seçimi yapmada 'takdir hakkım yok' demek yanlıştır ve takdir hakkım var demek

de aynı ölçüde yanıltıcı olur. Takdir kavramı ancak bir tür durumda uygun düşer, o da, genelde kişinin bir otorite tarafından belirlenmiş standartlara bağlı olarak seçim yapmakla yükümlü olduğu zamandır. Üstlerinin emirleriyle bağlı olan bir çavuşun takdirinden ya da bir kural kitabı veya yarışma kurallarıyla sınırlandırılmış bir spor idarecisinin [official] ya da yarışma hakeminin [judge] takdirinden söz etmek bir anlam ifade eder. Takdir, tıpkı tatlı halka çöreğin [doughnut] orta deliği gibi, sınırlamalar kuşağının orta açıklığında var olabilir. Bundan dolayı oransal bir kavramdır. Her zaman “Hangi standartlar altında takdir?” veya “Hangi otoriteye göre takdir?” sorusunu sormak daha anlamlıdır. Genelde, hal ve şartlar, bu alanda cevabı ortaya çıkaracak, ancak bazı vakalarda yetkili bir hareket noktasından takdire sahipken diğerinde sahip olamayacaktır.

Her terimde olduğu gibi, ‘takdir’in gerçek anlamı da, içinde bulunulan bağlamın niteliklerinden etkilenecektir. Terim kullanıldığı şeye karşı kavranılan bilginin arka planı tarafından renklendirilecektir. Bu tonlamalar çok olmasına rağmen, bazı kaba tasnifler yapmak bizim açımızdan yararlı olacaktır.

Bazen ‘takdir’i, basitçe ifade edersek, bir yetkilinin [official] uygulaması gereken standartlar bazı nedenlerle mekanik biçimde uygulanamayıp yargıya varmayı gerektirdiği durumlarda zayıf bir anlamda kullanırız. Bu zayıf anlamı, durum yeterince açık değilken, dinleyicilerin arka planı bu bilgiye sahip olmadıklarını var saymayı gerektirdiğinde kullanırız. Bundan dolayı biz, ‘çavuşun emirlerinin ona geniş bir takdir olanağı tanıdığını’, bu emirlerin ne olduğunu veya bunları belirsiz ya da uygulanması zor hale getirenin ne olduğunu bilmeyenlere söyleyebiliriz. Teğmen, çavuşa en deneyimli beş adamı devriyeye götürmesini emrettiğinde hangilerinin en deneyimli olduğunu saptamanın da oldukça zor olduğunu eklemek, konuyu daha anlamlı ve belirgin kılacaktır.

Bazen bu terimi daha farklı, zayıf bir anlamda, bir yetkili karar vermekte nihai yetkiye sahip olduğunda ve başka bir yetkili tarafından denetlenip geri çevrilmediğini ifade etmekte kullanırız. Biz bunu, yetkili, bazıları daha yüksek otoriteye sahip olacak ancak farklı karar sınıfları için farklı otorite dokuları bulunacak biçimde yapılandırılmış bir yetkililer hiyerarşisinin parçası ise, söyleriz. Böylece, beysbolde ikinci noktaya topun mu yoksa koşucunun mu önce ulaştığı gibi belirli kararların, eğer bu konuda aksi fikirde bile olsa başhakemin kendi kararını ikame etme gücü olmadığını kastediyorsak, ikinci nokta hakeminin takdirine bırakıldığını söyleyebiliriz.

Bu iki yaklaşımı daha güçlü birbirinden ayırmak için 'zayıf' olarak nitelendirdim. Biz 'takdir'i yalnızca, kendisini yetkili kılan standartları uygulayan bir yetkilinin hüküm vermesi gerektiğini ya da bu hüküm vermeyi denetleyecek hiç kimse olmadığını söylemek için kullanmıyoruz, aynı zamanda, yalın biçimde yetkilinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı bazı konuları belirtmede de kullanıyoruz. Bu anlamda, kendisine devriye için beş adam seçmesi emri verilmiş çavuşun adamları seçmesinde ve bir köpek yarışmasında hakemin, belli bir sıralama kuralı yoksa, teriyerleri baksırlardan önce değerlendirmesinde takdir yetkisi vardır diyebiliriz. Bu anlamı, standartların belirsizliğine veya zorluğuna ya da bu standartlarda son söze sahip olana ilişkin değil, onların denetlemeye yöneldikleri alana ve kararlarına ilişkin yorum yapmak için kullanırız. Çavuşa en deneyimli beş adamı seçmesi emredilmişse, emir onun kararını etkilemeye yönelik olduğundan, çavuş, bu güçlü anlamıyla takdire sahip değildir. Yine aynı nedenden ötürü, hangi dövüşçünün daha atak olduğuna karar vermesi gereken bir boks hakemi de, bu güçlü anlamıyla takdire sahip değildir.²¹

Eğer bir kişi bu olaylarda çavuşun veya hakemin takdir yetkisi bulunduğu iddia ediyorsa, onun terimi zayıf anlamlarından birinde kullandığını, durum izin verdiği ölçüde, kabul etmeliyiz. Örneğin, teğmenin çavuşa en deneyimli olduğunu düşündüğü beş adamı seçmesini emrettiğini ve onları seçerken takdirini kullanabileceğini eklediğini, ya da kuralların, hakemin daha atak dövüşçüye raundu vererek takdir hakkıyla ödüllendirmesini gerektirdiğini varsayalım. Bu ifadeleri ikinci zayıf anlamda, kararın gözden geçirilmesi sorusunun dile getirilmesi olarak anlamamız gerekir. Birinci zayıf anlam –yani kararların hükme varmayı gerektirmesi– yararsız olacaktı ve üçüncü güçlü anlam ifadelerin bizzat kendilerinden dolayı göz önüne alınmaz.

Çekici bir karışıklıktan kaçınmalıyız. Takdirin güçlü anlamı tam bir serbestlikle aynı şey değildir ve eleştiriye açıktır. Bir kişinin edimde bulunduğu neredeyse bütün durumlar (özel bir otorite altında karar verme sorununu, yani takdir sorununu içermeyenler de dahil olmak üzere), belirli rasyonellik, hakkaniyet ya da etkinlik standartlarını ilgilendirir. Birbirimi-

21) Ben hukuk biliminde pek sevilen 'sınırlı' takdirden söz etmedim. Çünkü, takdirin oransal oluşunu anımsadığımızda bu kavram özel zorluklar getirmez. Çavuşa deneyimli adamlar 'arasından' ya da 'deneyimi dikkate alarak' seçmesinin söylendiğini varsayalım. Biz, ya devriyesini toplarken (sınırlı) takdire sahip olduğunu, ya da deneyimli adamlar arasından toplamakta veya neyi dikkate alacağına karar vermekte (tam) takdire sahip olduğunu söyleyebiliriz.

zin yaptıklarını bu standartlar doğrultusunda eleştiririz ve yapılanlar bizi çevreleyen özel otorite halka çöreğinin [*doughnut*] merkezinde olduğu, çevresini aşmadığı sürece böyle davranmamak için hiçbir sebep yoktur. Bundan dolayı, bir devriye grubu toplamak için takdir (güçlü anlamda) tanınan çavuşun çok dikkatsiz, aptalca veya yanlış davrandığını, ya da köpeklerin geçişi sırasında takdire sahip hakemin, üç teriyer ve çok sayıda baksır bulunduğu halde öne baksırları almasının hata olduğunu söyleyebiliriz. Bir yetkilinin takdiri olması onun sağduyu ve hakkaniyet standartlarına bağlı olmaksızın karar vermesi anlamına gelmez, sadece bu karar takdir sorusunu sorduğumuzda düşündüğümüz belirli bir otoritece konulan standart tarafından denetlenmez. Elbette bu son serbesti çeşidi, neden güçlü anlamda takdire sahip olduğumuzu anlatması bakımından önemlidir. Bu üçüncü anlamdaki takdire sahip olan kişi, asker örneğinde olduğu gibi, itaatsizliğinden ötürü olmamak kaydıyla, eleştirilebilir. Onun hata yaptığı söylenebilir, ancak spor idarecisi [*official*] ya da yarışma hakeminde [*judge*] olduğu gibi, yetkilendirildiği bu kararlar bir yarışmacının hakkını yediği söylenemez.

Şimdi elimizdeki bu gözlemlerle, pozitivistlerin hukuki takdir doktrinine geri dönelim. Bu doktrin, bir dava mevcut bir yasa ile çözülemiyorsa, hâkimin kararını takdirini kullanarak vermesine dayanır. Doktrini incelemek ve bizim ilke anlayışımıza uygunluğunu test etmek istiyoruz, ama önce takdiri hangi anlamda alacağımızı sormamız gerekiyor.

Bazı nominalistler, çok açık bir kural söz konusu olduğunda bile, yasalardan en son uygulayıcıları olduklarından hâkimlerin daima takdire sahip olduklarını savunurlar. Bu takdir yetkisi doktrini, yüksek mahkemenin kararlarını gözden geçirecek daha yüksek bir otorite olmadığından dolayı, takdir yetkisinin ikinci zayıf anlamını kullanır. Dolayısıyla, onun, ilkeleri nasıl açıkladığımız konusuyla bağlantısı olmadığı gibi, kuralları nasıl açıkladığımızla da ilgisi yoktur.

Pozitivistler doktrinlerini böyle ifade etmezler, çünkü açık ve yerleşmiş bir kural bulunduğu durumda hâkimin takdiri olmadığını belirtirler. Eğer doktrin için pozitivistlerin argümanına dikkat edersek onların takdiri, hâkimlerin hukuki standartları uygularken bazen muhakemelerini kullanmaları gereğini ifade etmek için, ilk zayıf anlamında kullandıklarından kuşkulabiliriz. Pozitivistlerin argümanları, bazı hukuk kurallarının belirsiz olduğu (örneğin, Prof. Hart tüm hukuk kurallarının ‘açık doku- lu’ olduğunu söylemektedir) ve mevcut hiçbir kuralın uygun gözükmediği bazı davaların (*Henningsen* gibi) ortaya çıktığı gerçeğine dikkat çekmek-

tedir. Pozitivistler, hâkimlerin bazen hukukun işaret ettiği noktalar üzerinde sıkıntı çektiklerini ve eşit eğitilmiş ve zeki iki hâkimin bile sıkça farklı fikirde olduklarını vurgularlar.

Bu noktalar kolayca bulunabilirler; hukukla biraz ilgili olan birisi için sıradandırlar. Gerçekten de, pozitivistlerin ‘takdiri’ bu zayıf anlamda kullandıklarını varsaymanın zorluğu buradadır. Açık bir kural olmadığı zaman, muhakeme etme anlamıyla takdirin kullanılması gerektiği savı gereksiz bir tekrardır [tautology]. Üstelik bu savın, hukuk ilkelerini nasıl açıklanacağı sorunuyla bir ilişkisi de yoktur. Gerçekten, örneğin *Riggs* davasındaki hâkimin kendi muhakemesini kullanmak zorunda kaldığı ve kimsenin kendi hatasından kazanç sağlayamayacağı ilkesiyle bağlandığı tutarlı olarak söylenebilir. Pozitivistler, hukuki takdir doktrininden gereksiz tekrardan çok bir anlayışmış gibi ve ilkelerin ele alınışında bir dayanağa sahipmiş gibi söz ederler. Örneğin Hart, hâkimin takdiri söz konusu olduğunda, artık onun mevcut standartlarla bağlı olduğundan söz edemeyeceğimizi, ancak ‘kişisel olarak’ hangi standartları ‘kullandığından’ bahsetmek zorunda olduğumuzu belirtir.²² Hart, hâkimlerin takdirlerini kullandıkları zaman bildirdikleri ilkelerin, mahkemelerin gerçekleştirilecek bir ilke haline getirmesi gibi, ikinci yaklaşımımıza göre ele alınması gerektiğini düşünür.

Bundan dolayı, pozitivistlerin, en azından bazen, doktrinlerini takdirinin üçüncü güçlü anlamıyla ele aldıkları görülür. Bu biçimiyle o, ilkelerin ele alınışıyla ilgilidir; aslında takdirinin bu güçlü biçimi, bizim ikinci yaklaşımımızın tekrar edilmesinden başka bir şey değildir. Hukuk otoritesinden kaynaklanan standartlarla bağlı olmadığı anlamında, hâkimin kurallar yetersiz kalınca takdiri olduğunu söylemekle, kurallar dışında hâkimlerce bildirilen standartların onlar için bağlayıcı olmayacağını söylemek aynı şeydir.

Öyleyse hukuki takdir doktrinini güçlü anlamıyla incelemeliyiz. (Bundan böyle ‘takdiri’ bu anlamıyla kullanacağım.) Hâkimlerin *Riggs* ve *Henningson* gibi davalarda belirttikleri ilkeler onların kararlarını, çavuşa verilen en deneyimli adamları seçme emirleri veya hakemin en saldırgan dövüşçüyü seçme görevinde, bu yetkililerin kararlarını denetlediği gibi denetliyor mu? Bir pozitivist ilkelerin kararları denetlemediğini göstermek için hangi argümanları getirebilir?

22) H. L. A. Hart, *The Concept Of Law*, 144 (1961).

(1) Bir pozitivist, ilkelerin bağlayıcı ve yüküm yükleyici olmadığını savunabilir. Bu bir yanlış olacaktır. Tabii ki, herhangi bir ilkenin, gerçekte bir hukuk otoritesi için bağlayıcı olup olmadığı daima bir sorun teşkil eder. Ancak bir ilkenin mantıksal yapısında kendisine bağlı kalınmamasını gerektirecek bir şey yoktur. *Henningsen* davasındaki hâkimin, otomobil üreticilerinin tüketicilere karşı özel yükümlülükleri olduğu ya da mahkemelerin pazarlık konusunda zayıf durumda olanları korumaya çalışması ilkesini göz önüne almayıp sadece sözleşme serbestisi ilkesini emsal göstererek davalı için kolayca karar verdiğini varsayalım. Onu eleştirenler, diğer hâkimlerce bazen dikkate alınan değerlendirmeleri hesaba katmadığını göstermekle yetinemezlerdi. Çoğu, bu ilkeleri hesaba katmanın hâkimin görevi olduğunu [resen dikkate alması gerektiğini] ve davacıya, ondan böyle yapmasını isteme hakkının verildiğini söylerdi. Bir *kural* hâkim için bağlayıcıdır dediğimiz zaman, eğer uygunsa hâkim o kuralı uygulamalı yoksa bu anlayışa göre yanlış yapmış olur, demekten öte bir şeyi kastetmeyiz.

Bu, *Henningsen* gibi davalarda mahkemenin belirli ilkeleri hesaba katmakla yalnızca ‘ahlaken’, ‘kurumsal’ olarak veya hâkimlik ‘mesleğinden’ dolayı ya da bu türden başka bir şeyle yükümlü olduğunu söylemek anlamına gelmeyecektir. Asıl soru halen ortadadır: Neden bu tür bir yükümlülük (her ne olarak adlandırıyorsak), kuralların hâkimlere yüklediği yükümlülüğünden farklıdır ve neden bizi, bu ilke ve politikaların hukukun bir bölümü değil de, sadece ‘mahkemelerin karakteristik olarak kullandığı’ yasaüstü [*extra-legal*] standartlar olarak tanımlamaya yöneltmektedirler?

(2) Bir pozitivist bazı ilkelerin, hâkimin onları mutlaka hesaba katması anlamında bağlayıcı olmalarına rağmen, tek bir sonucu belirlemediklerini [gerektirmediklerini] ileri sürebilir. Bu değerlendirmesi daha zor bir argümandır çünkü bir standart için bir sonucu ‘belirlemenin’ ne anlama geldiği açık değildir. Belki bu standardın sonucu, başka hiçbir şeye bakılmaksızın *gerektirmesi* anlamını taşımaktadır. Eğer öyleyse, ilkelerin tek başlarına sonuçları belirlemeyecekleri zaten doğrudur ancak bu yalnızca ‘ilkeler kural değildir’ demenin bir başka biçimidir. Ne olursa olsun, sadece kurallar sonuçları gerektirir. Aykırı bir sonuç çıkarsa, kural kaldırılır veya değiştirilir. İlkeler bu şekilde işlemez; onlar kararı, kesin olmasa da bir tarafa yönlendirirler ve üstün gelmemeleri durumunda da değişmeden kalırlar. İlkeleri hesaba katmaları gereken hâkimlerin, bir ilkeler dizisi herhangi bir sonucu gerektirebileceğinden, takdire sahip oldukları sonu-

cunu çıkarmak için bir neden yok gibi görünmektedir. Eğer hâkim, hesaba katması gereken ilkelerin bir yönü gösterdiğine ve eğer varsa eşit ağırlıkta olmayan diğer ilkelerin başka yönü gösterdiğine inanıyorsa, tam da bağlayıcı olduğuna inandığı bir kuralı izlemesi gibi, [hesaba katması gereken ilkelerin gösterdiği] yönde karar vermelidir. O, elbette ilkeleri değerlendirmekte hata yapmış olabilir ama bu kuralın bağlayıcı olduğu yargısında da hata yapmış olabilir. Çavuş ve hakemin de çoğunlukla aynı gemide olduğunu söyleyebiliriz. Hiçbir faktör, hangi askerin en deneyimli ya da hangi dövüşçünün daha atak olduğunu belirlemez. Yetkililer bu farklı faktörlerin nispi ağırlıklarına göre hüküm vermelidirler, onlar bu hesaplamada takdire sahip değildirlir.

(3) Bir pozitivist, ilkelerin kural sayılmayacağını çünkü otoritelerinin ve hatta ağırlıklarının baştan *tartışmalı* olduğunu savunabilir. Genellikle belirli bir ilkenin otorite ve ağırlığını, bazen bir kuralın geçerliliğini Kongre'nin yasasındaki veya yetkili bir mahkemenin hükmündeki yerini belirterek kanıtladığımız gibi kanıtlamayacağımız doğrudur. Onun yerine bir ilke ve onun ağırlığı için, toplumsal uygulamaları ve anlayışları gösteren yasama ve yargılama tarihinin imalarının yer aldığı diğer uygulama ve ilkeler karışımına başvurarak kanıt gösterebiliriz. Bunun doğruluğunu ölçen herhangi bir turnusol kâğıdı yoktur – bu bir hüküm sorunudur ve makul kişiler muhalif olabilir. Ancak bu yine de, hâkimi takdiri olmayan diğer yetkililerden ayırmaz. Çavuşun, deneyim için turnusol kâğıdı olmadığı gibi, hakemin de saldırganlık için yoktur. Bunlardan hiçbirisi takdire sahip değildir çünkü her biri emirlerin ya da kuralların gerektirdiği, tartışmalı veya tartışmasız bir anlayışa ulaşmakla ve bu anlayış doğrultusunda hareket etmekle bağlıdır. Hâkimin görevi de zaten budur.

Elbette, eğer pozitivistler diğer doktrinlerinde –her hukuk sisteminde Prof. Hart'ın tanıma kuralı [*rule of recognition*] gibi, bağlayıcı hukuk için nihai bir ölçütün bulunduğu kuramı– haklılarsa, o zaman ilkeler bağlayıcı hukuk kuralları değildir. Ama ilkelerin pozitivistlerin kuramıyla uyumsuzluğu, ilkelerin belirli bir biçimde değerlendirilmesi argümanı olarak çok ender ele alınır. Bu, şu soruya dikkat çeker; biz ilkelerin durumu ile ilgiliyiz çünkü pozitivist modeli değerlendirmek istiyoruz. Pozitivistler tanıma kuralı kuramını emirle savunamazlar; bir pozitivist, eğer ilkeler test edilmeye uygun değilse onların neden hukuk sayılamayacağına ilişkin başka bir neden göstermelidir. Madem ki ilkeler hukuki yükümlülük hakkın-

daki argümanlarda rol oynar görünüyorlar (yine *Riggs* ve *Henningsen*'de görüldüğü gibi), o zaman bu rolü içeren bir modelin, bu rolü dışlayan modele göre baştan bazı avantajları vardır ve ikincisi kendi dayanağında uygun biçimde eleştirilemez.

Bunlar bir pozitivistin güçlü anlamda takdir doktrini ile ilkelere ilişkin ikinci yaklaşım için kullanabileceği en açık argümanlardır. Ben, bu doktrine karşı ve birinci yaklaşım lehinde güçlü bir karşıt argümana dikkat çekeceğim. En azından bazı ilkelerin hâkimler üzerinde bağlayıcı olduğu ve belirli birtakım kararlar almayı gerektirdiği kabul edilmediği sürece, hiçbir kural hâkimler üzerinde bağlayıcı olamaz ya da pek azının bağlayıcı olduğu söylenebilir.

Amerikan yargı kararlarının [*jurisdiction*] çoğunda, ve şimdi İngiltere'de de yüksek mahkemelerin yerleşik kuralları reddetmeleri pek de ender değildir. Mahkemelerin önceki kararlarıyla geliştirilmiş common law kuralları bazen doğrudan ortadan kaldırılıyor ve bazen de fazla gelişmeyle radikal bir biçimde değiştiriliyor. Yazılı hukuk kuralları ise, bazen sonuç 'yasamanın amacını' gerçekleştirmese bile yoruma ve yeniden yoruma tabidirler.²³ Eğer mahkemelerin mevcut kuralları değiştirmede takdiri olsaydı, o zaman bu kurallar onları bağlayıcı olmazdı ve pozitivist modelde hukuk olamazlardı. Bundan dolayı, pozitivistin, bir hâkimin mevcut bir kuralı ne zaman kaldırabileceğini ya da değiştirebileceğini ve ne zaman bunları yapamayacağını belirleyen, bizzat hâkimleri bağlayan standartların var olduğunu öne sürmesi gerekir.

O halde, bir hâkimin ne zaman var olan bir hukuk kuralını değiştirme izni vardır? İlkeler bunun yanıtında iki biçimde rol oynar. Birincisi, gerekli ama yeterli olmamakla birlikte hâkim bu değişikliğin, değişikliği haklılaştıran bir ilkeye ilerlediğini bulmalıdır. *Riggs*'de değişiklik (vasiyet yasasının yeni bir yorumu), hiç kimse kendi hatasından kazanç sağlamaz ilkesi ile haklılaştırılmıştı; *Henningsen*'de, otomobil üreticilerinin sorumluluğu ile ilgili önceden kabul edilmiş kurallar, mahkemenin aktardığım görüşündeki ilkelere dayanarak değiştirilmişti.

Ancak her ilke bir değişikliği haklı kılmaz, çünkü bu koşulda hiçbir kural güvencede olmayacaktır. Sayılan ve sayılmayan ilkeler bulunmalıdır ve bazı ilkeler diğerlerinden daha fazla sayılmalıdır. Bu, her biri ilke olarak seçilebilir, saygın bir hukuk üstü standartlar denizinden hâkimin kendi

23) Bkz. Wellington and Albert, "Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on *Sinclair v. Atkinson*", 72 *Yale L. J.* 1547 (1963).

tercihlerine bağlanılacağı anlamına gelmez, çünkü eğer durum böyle olsaydı herhangi bir kuralın bağlayıcı olduğunu söyleyemezdik. En köklü kuralı bile değiştirecek ya da radikal bir şekilde yeniden yorumlayacak hukuk üstü standartları tercih edecek bir hâkimi her zaman hayal edebiliriz.

İkincisi, mevcut doktrini değiştirmeyi öneren bir hâkim, mevcut doktrinden hareket edenlere bazı önemli standartları hesaba katmalıdır ve bu standartlar aynı zamanda çoğunlukla ilkelerdir. Onlar, mahkemeleri yasamanın düzenlemelerine yeterince uymaya zorlayan ilkeler bütünü, ‘yasamanın üstünlüğü’ doktrinini içerirler. Ayrıca onlar, tutarlılığın etkinlik ve hakkaniyetini yansıtan bir başka ilkeler bütünü, yani, emsal karar doktrinini de içerirler. Yasamanın üstünlüğü ve emsal karar doktrininin her biri kendi alanı içinde *statükoya* yönelirler, ama ona ege-men olamazlar. Bununla birlikte, yargıçlar bu doktrinleri kuracak ilke ve politikaları toplayıp seçmekte serbest değillerdir – yine, eğer serbest olsalardı hiçbir kuralın bağlayıcı olduğu söylenemezdi.

Bu yüzden, belirli bir kuralın bağlayıcı olduğunu söyleyen bir kişinin neyi belirtmek istediğini düşünün. Kişi, mahkemenin dikkate alması gereken ve değiştirilmesi için tartışılan diğer ilkelerden daha fazla ağırlık kazanan ilkelerce, kuralın olumlu olarak desteklendiğini belirtiyor olabilir. Eğer bunu belirtmiyorsa, herhangi bir değişikliğin yasamanın üstünlüğü ve mahkemelerin göz ardı edemeyeceği emsal karar ilkeleri gibi, tutucu ilkelerin birleşimi tarafından kınanacağını belirtiyordur. Çok sıklıkla kişi, tutucu ilkeler, kurallar değil ilkeler olarak genellikle bir common law kuralını veya mahkemelerin saygı göstermekle yükümlü olduğu önemli ilkelerce desteklenmeyen eskimiş bir yasayı koruyacak kadar güçlü olmadığı biçiminde her ikisini de belirtecektir. Bu belirlemelerin her biri, gayet tabii ki, bir ilke ve politikalar bütünü kuralların hukuk sayılması gibi hukuk olarak kabul eder ve onları, hukuki hak ve yükümlülük kararlarını denetlerken toplumun idarecilerini bağlayıcı standartlar olarak ele alır.

Bu sorunla baş başa bırakıldık. Eğer pozitivistlerin adli [*judicial*] takdir teorisi, ya ‘takdir’i zayıf anlamda kullandığından önemsiz, ya da onu savunabileceğimiz argümanlar yetersiz kaldığından desteksiz ise, neden birçok özenli ve zeki hukukçu bunu benimsemiştir? Bu sorunun üstesinden gelmedikçe, bu teoriye yaklaşımımıza güvenemeyiz. Takdirin karıştırılabilecek farklı anlamlara sahip olduğunu belirtmek (belki de açıklamaya katkıda bulunmakla birlikte) yeterli değildir. Hukuk hakkında düşünmediğimiz zaman, bu anlamları karıştırmayız.

Açıklamanın bir bölümü en azından hukukçunun yasalarla kuralları birleştirme ve 'hukuku' bir kurallar sistemi ya da derlemesi gibi düşünmeye yönelik doğal eğiliminde yatar. Bu eğilimi çok önceden teşhis eden Roscoe Pound, İngilizce konuşan hukukçuların 'a law' [yasa] ve 'the law' [hukuk] biçiminde, yalnızca artikeli [harfi tarif] değiştirerek aynı sözcüğü kullanmaları olgusu tarafından aldatıldıklarını düşündü.²⁴ (Diğer diller, aksine iki sözcük kullanırlar: örneğin, 'loi' ile 'droit' ve 'Gesetz' ve 'Recht'.)* Bu durum İngilizce konuşan pozitivistlerle birlikte etki uyandırmış olabilir, çünkü 'a law' sözcüğü elbette bir kuralı ifade etmektedir. Ancak kurallarla hukuku birleştirmenin esas nedeninin daha derinde olduğunu ve hukuk eğitiminin uzun zamandır, hukukun sonuç veren [cutting edge] tarafını oluşturan bu yerleşmiş kuralların öğretilmesi ve incelenmesinden ibaret kalması gerçeğinde yattığını düşünüyorum.

Eğer hukukçu herhangi bir olayda hukuku, gerekli olduğu gibi, kurallar sistemi olarak düşünürse ve hâkimlerin eski kuralları değiştirip yenilerini getirdiğini fark ederse, doğal olarak güçlü anlamda adli takdir kuramına varacaktır. Onun deneyimli olduğu diğer kural sistemlerinde (oyunlar gibi), kurallar resmi kararları yöneten yegâne özel otoritelerdir; böylece, eğer bir hakem bir kuralı değiştirebilseydi, kuralın ana konusu ile ilgili takdire sahip olacaktı. Hakemlerin kuralları değiştirirken belirtebileceği birtakım ilkeler, yalnızca onların 'karakteristik' tercihleri olacaktı. Pozitivistler hukuku bu biçimde, yeniden düzenlenmiş beysbol gibi, ele almaktadırlar.

Hukukun bir kurallar sistemi olduğuna ilişkin önceki varsayımın daha güç algılanan diğer bir sonucu vardır. Pozitivistler ilke ve politikalara dikkatlerini yönelttiklerinde, onlara *tamamlanmamış* kurallar [rules *manquées*] olarak bakarlar. Eğer ilkeler ve politikalar hukuk standartları ise, onların kural olması gerektiğini varsayarlar ve böylece onları kural olmaya çalışan standartlar olarak görürler. Hukuk ilkelerinin, hukukun bir bölümü olduğunun birisi tarafından ileri sürüldüğünü duyan bir pozitivist, bunu 'üst hukuk' teorisi diye adlandırdığı argüman olarak anlamaktadır, ki bu ilkeler hukuk hakkındaki bir yasanın kurallarıdır.²⁵ Bu teoriyi, bu kurallara bazen uyulup bazen uyulmadığını; 'kimse kendi hatasından kazanç sağlayamaz'

24) R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* 56 (gözden geçirilmiş basım, 1954).

* İngilizce'de 'law' sözcüğü hem yasa ve hem de hukuk anlamına gelmektedir. Oysa Fransızca'da (loi = yasa ve droit = hukuk) ya da Almanca'da (Gesetz = yasa ve Recht = hukuk) Türkçe'de olduğu gibi iki ayrı sözcük kullanılır. (ç.n.)

25) Bkz. örneğin Dickinson, "The Law behind Law", Bölüm 1, 2, s. 29, *Columbia Law Review* 112, 254 (1929).

gibi her ‘kural’ için bununla rekabet eden ‘hukuk, hakkın korunmasından yanadır’ gibi diğer bir ‘kural’ bulunduğunu ve bunlar gibi ‘kuralların’ geçerliliğini sınamanın bir yolu olmadığını göstererek yalanlar. O, bu ilkeler ve politikaların, hukukun üstündeki bir yasanın geçerli kuralları olmadığı sonucuna varmıştır ki bu doğrudur, çünkü onlar kural bile değildirler. O ayrıca, bu ilke ve politikaların, her hâkimin kendi kavrayışına göre takdirini kullanarak seçtiği hukuk üstü standartlar olduğu sonucuna varır, ki bu yanlıştır. Bu, bir zoologun balıkların memeli olmadıklarını kanıtlaması ve bundan onların gerçekten yalnızca bitki oldukları sonucuna varması gibidir.

6. TANIMA KURALI [Rule of Recognition]

Bu tartışmayı, hukuk ilkelerine ilişkin birbiriyle rekabet eden iki açıklamamız alevlendirdi. Biz, pozitivistlerin adli takdir doktrini yoluyla benimsemiş gördükleri ikinci açıklamayı araştırdık ve ciddi zorluklar bulguladık. Şimdi yol ayrımına geri dönme zamanı geldi. Eğer ilk yaklaşımı benimsersek ne olur? Bunun pozitivistizmin iskelet yapısı* üzerindeki sonuçları ne olacaktır? Elbette ikinci prensibi, yargısal takdir doktrinini atmamız (ya da alternatif olarak, doktrinin yalnızca, hâkimlerin sıkça yargılarını kullanmalarını ifade eder biçimde anlaşılması gereğini netleştirmeliyiz). Aynı zamanda, Prof. Hart’ın tanıma kuralı gibi temel bir kural içinde sınırları belirleyebilen türden testlerle hukukun ayırt edildiği önermesini, ilk ilkeyi de değiştirmek ya da terk etmek zorunda mıyız? Eğer *Riggs* ve *Henningsen*’de ifade edilen türden ilkeler hukuk olarak sayılırsa ve biz, bununla birlikte, hukukun temel kuralı olduğu fikrini sürdürecekseniz, o zaman hukuk olarak sayılacak tüm ilkeleri (ve yalnızca onları) bir araya getiren bir ölçüt uygulamamız gerekir. Bunların ilkeler açısından da işleyip işlemediğini görmek için, Hart’ın geçerli hukuk *kurallarını* tanımlamak için önerdiği ölçütlerle başlayalım.

Hart’a göre, hukuk kurallarının çoğu bir yetkili [*competent*] kurumca kanunlaştırıldığı için geçerlidir. Bazıları bir yasama organınca, yasa biçiminde kabul edilerek yaratılmışlardır. Diğerleri, belirli davaları karara bağlamak ve böylece gelecekte emsal karar oluşturmaları için formüle eden hâkimlerce yaratılmıştır. Ancak bu soy ölçütü, *Riggs* ve *Henningsen*’in ilkeleri için işlemeyecektir. Hukuk ilkeleri olarak bunların kaynağı, bir

* Yukarıda, “2. Pozitivism” bölümündeki üç maddeye bakınız. (ç.n.)

yasama meclisi ya da mahkemenin belirli bir kararına değil, meslekte ve kamuda zaman içinde gelişen uygunluk duygusuna dayanır. Onların süregelen güçleri bu uygunluk duygusunun sürdürülmesine bağlıdır. Eğer, artık, kişilerin kendi hatalarından yarar elde etmeleri haksız, ya da potansiyel tehlikeli makineler üreten oligopollere özel sorumluluk yüklemek haklı görülmezse, bu ilkeler asla geçersiz kılınmasa ya da iptal edilmese de, bundan böyle yeni davalarda önemli rol oynamayacaktır. (Gerçekten de, bunlar gibi ilkeler hakkında ‘geçersiz kılmak’ ya da ‘iptal etmek’ nadiyen anlam ifade eder. Onlar gözden düştüklerinde ortadan kaldırılmazlar, aşındırılmış olurlar.)

Bazı ilkelerin hukuk ilkeleri olduğu savımızı desteklememiz istenirse, ilkenin örnek olarak gösterildiği veya argüman içinde yer aldığı önceki herhangi bir davadan söz ettiğimiz doğrudur. Ayrıca bu ilkeyi örnekler görünen herhangi bir yasayı da belirtiriz (hatta, yasanın başlangıç hükümlerinde ya da komisyon raporu ya da diğer eşzamanlı yasama belgelerinde bu ilke gösteriliyorsa daha da iyi olur). Böyle kurumsal destekler bulamazsak, muhtemelen davamızı ortaya koymada başarısız oluruz; ne kadar çok destek bulursak, ilkeyi o kadar ağırlıklı olarak ileri sürebiliriz.

Henüz bir ilkeyi, bir hukuk ilkesi yapmak için ne kadar ve ne tür kurumsal desteğe gereksinim olduğunu test edecek herhangi bir formül tasarlayamadık, belirli bir önem sırasına göre ilkenin ağırlığını bile saptayamadık. Biz belirli bir ilkeyi, değişen, gelişen ve birbirini etkileyen, kurumsal sorumluluk, yasa yorumu, farklı türdeki emsal kararların ikna gücü, bütün bunların aynı dönemdeki ahlaki uygulamalarla ve çok sayıdaki diğer benzer standartlarla ilişkisi hakkındaki tüm bir (kendileri kurallardan ziyade ilkeler olan) standartlar kümesiyle boğuşarak savunuyoruz. Bütün bunları karmaşık da olsa tek bir ‘kural’ içinde eleymeyiz, ve eğer yapabilseydik, sonuç, Hart’ın tanıma kuralı tablosuyla (‘önerilen bir kural [tanıma kuralı] tarafından sahip olunmaları, bir kural olduğunun kesinlikle olumlu belirtisi kabul edilen, bazı özellik ya da özellikleri’ saptayan oldukça istikrarlı bir üstün kural tablosu) çok az ilişki içinde olacaktır.^{26*}

26) H. L. A. Hart, *The Concept Of Law* 92 (1961).

* Anlaşılır olması açısından, Dworkin’in aldığı Hart’ın metninden daha geniş bir alıntı yapmayı uygun buldum: “Birincil kurallar rejiminin *belirsizliğinin* en yalın biçimdeki çaresi, bir ‘tanınma kuralı’ dediğimizi takdim etmektir. Bu, önerilen bir kural [tanıma kuralı] tarafından sahip olunmaları, sarf ettiği sosyal baskıyla desteklenen grubun bir kuralı olduğunun kesinlikle olumlu belirtisi kabul edilen, bazı özellik ya da özellikleri, saptayacaktır. Böyle bir tanıma kuralı, basit ya da karmaşık, birçok biçimde var olabilir.” (ç.n.)

Dahası, bir diğer ilkenin savunulması için uyguladığımız teknikler, (Hart'ın tanıma kuralının tasarlandığı gibi) destekledikleri ilkelerin düzeyinden tümüyle farklı bir düzeyde değildirler. Hart'ın kabul ve geçerlilik arasındaki keskin ayrımı işe yaramıyor. Eğer, bir kimse kendi hatasından kazanç sağlamamalıdır ilkesini savunuyorsak, bunu gösteren mahkeme ve yasama organı kararlarını aktarmalıyız; ancak bu, ilkenin geçerliliğini olduğu kadar kabulünü de ifade eder. (Bir ilkenin geçerliliğinden söz etmek tuhaf da görünebilir, çünkü geçerlilik, ya hep ya hiç bir kavram olup, kurallar için uygundur, ama bir ilkenin ağırlık boyutuna uymaz.) Eğer bu argümanda kullandığımız belirli bir emsal karar doktrininin ya da belirli bir yasa yorumu tekniğini savunmamız istenirse (ki, iyi olur), kesinlikle bu doktrin ya da tekniği kullanan diğerlerinin uygulamalarından söz etmeliyiz. Ayrıca, o uygulamayı desteklediğine inandığımız diğer genel ilkeleri de belirtmeliyiz ki, bu ise, kabul telinde bir geçerlilik notasına ses verir. Örneğin, daha önceki davalar ve yasalardaki kullanımımızın, yasama uygulamasının ya da emsal karar doktrininin amacının belirli bir analiziyle ya da demokrasi kuramının ilkeleleriyle ya da ulusal ve yerel kurumlar arasındaki uygun yetki paylaşımına ilişkin belli bir görüşle ya da bu türden başka bir şeyle desteklendiğini iddia edebiliriz. Bu destek yolu, yalnız kabule dayalı nihai bir ilkeye götüren tek yönlü bir cadde değildir. Bizim yasama, emsal karar, demokrasi ve federalizm ilkelerimize de meydan okunabilir; ve eğer bu olursa, onları yalnızca uygulama açısından değil, birbirleri açısından ve adli ve yasama kararları eğilimlerinin imaları açısından da savunmalıyız, ama bu sonuncusu, şu an desteklemeye çalıştığımız ilkeler yoluyla haklılaştırdığımız bazı yorum doktrinlerine de başvurmayı gerektirebilir. Diğer bir deyişle, bu soyutlama düzeyinde ilkeler birlikte asılı olmaktan çok, birbirlerine bağlıdır.

Böylece, ilkeler hukuki kurumların resmi eylemlerinden destek alsalar bile, onların, bu eylemlerle, nihai olarak üstün bir tanıma kuralınca belirlenen ölçüt açısından tasarlanacak bir bağlantısı, yeterince basit ya da doğrudan bağlantısı yoktur. İlkeleri, böyle bir kurala bağlamanın başka yolu var mıdır?

Hart üstün bir kuralın, yalnızca belirli hukuki kurumlar tarafından kabul edilmiş kuralları değil, ama *örf ve âdet* [gelenek-custom] ile oluşturulmuş kuralları da hukuk olarak adlandırabileceğini söyler. Aklında, Austin de dahil diğer bütün pozitivistleri rahatsız eden bir sorun var. En eski hukuk kurallarımızın çoğu, asla açıkça bir yasama organı ya da

mahkemece yaratılmamıştır. Onlar ilk defa hukuki ifadeler ve metinlerde göründüklerinde, toplumda veya onun iş âlemi gibi bazı özel kısımlarında örf ve âdete dayanan bir uygulamayı temsil ettiklerinden, zaten hukukun bir bölümüymüşler gibi ele alındılar. (Genellikle verilen örnekler, standart formunda ticari bir kâğıdın ne haklar verdiğini saptayan kurallar gibi, ticari uygulamaya ait kurallardır.)²⁷ Austin, bütün hukukun belirli bir egemenin emri olduğunu düşündüğünden, bu örf âdet uygulamalarının, (egemenin temsilcisi olarak) mahkemeler tanıyana kadar hukuk olmadığını ve mahkemelerinse, bunun tersini yapar görünerek hayale kapıldıklarını kabul ediyordu. Ancak bu keyfi gibi göründü. Eğer herkes örf ve âdetin bizatihi hukuk olabileceğini düşünüyorsa, Austin'in teorisinin aksini iddia etmesi ikna edici değildi.

Hart, bu noktada Austin'e karşıtı. O, ana kuralın, mahkemeler tanımadan önce bile bazı gelenekleri hukuk olarak öngörebileceğini söyler. Ancak o, üstün bir kuralın bu amaç için kullanacağı ölçütünü resmetmeye girişmediğinden, bunun genel teorisine getirdiği zorlukla da yüzleşmez. Toplumun uygulamayı *ahlak*en bağlayıcı sayması koşulu, ahlaki örf âdetten örf ve âdet hukukunu ayıramadığından ve elbette toplumun tüm uzun süreli ahlaki yükümlülükleri de hukukten dayatılamadığından, o üstün kuralın tek ölçütüymüş gibi kullanılamaz. Diğer yandan, eğer test, toplumun örf âdet uygulamasını *hukuk*en bağlayıcı sayıp saymaması ise, üstün kuralın tüm dayanağı, en azından bu tür hukuk kurallarında, çöker. Hart üstün kuralın, sosyal hukuk kurallarının kabullerini ölçmekten çok, onları belirlemeye yönelik bir test sağladığı için, ilkel toplumdan hukuku olan bir topluma geçişi gösterdiğini söylemektedir. Ancak üstün kural sadece toplumun hukukten bağlayıcı olduğunu kabul ettiği diğer kuralların hukukten bağlayıcı olduğunu söylüyorsa, böyle hiçbir ölçüt, üstün kuralın olmadığı bir yerde kullanmamız gereken ölçütten öte bir ölçüt önermiyor demektir. Üstün kural (bu durumlarda) bir tanıma kuralı değildir; her ilkel toplumun, bağlayıcı olarak kabul edilen bir kuralın bağlayıcı olduğuna ilişkin bir ikincil tanıma kuralı bulunduğunu söyleyebiliriz. Hart'ın kendisi uluslararası hukuku tartışırken, önerilen kuralı "söz konusu toplumun belirli davranış standartlarını yükümleyici kural sayması

27) "Custom and Trade Usage: Its application to Commercial Dealings and the Common Law"daki nota [55 *Columbia Law Review* 1192 (1955)] ve 1193 no: 1'de gösterilen materyale bakınız. Bu not, gerçek uygulamada mahkemelerin ticari örf âdeti tanımak için, bir tanıma kuralı bölümü gibi tutulan ölçütten ziyade uygulayıcı bir genel ilkeler ve politikalar dokusunu izlediğini net biçimde ortaya koyar.

gerçeğinin boş bir tekrarı” olarak tanımladığından, böyle bir kuralın tanıma kuralı olacağı fikrini saçma bulur.²⁸

Hart’ın örf âdeti ele alışı, aslında, en azından –üstün kural’ın kendisi gibi– bazı hukuk kurallarının bir üstün kuralın standartlarına uygun oldukları için değil, toplum tarafından bağlayıcı kabul edildiklerinden dolayı, bağlayıcı olduklarının itirafıdır. Bu ise Hart’ın kuramında hayran olduğumuz zarif piramidal mimaride çentikler açmaktadır: Artık yalnızca üstün kuralın kabulden dolayı bağlayıcı olduğunu, diğer tüm kuralların onun koşulları altında geçerli olduğunu söyleyemeyiz.

Belki de bu sadece bir çatlaktır, çünkü Hart’ın düşündüğü örf âdet kuralları, artık hukukun çok önemli bir bölümü değildir. Ancak bu durum, Hart’ın tartışmakta olduğumuz tüm önemli ilke ve politikalarını ‘örf âdet’ başlığı altında toplayarak zararı genişletmekte isteksiz olduğu fikrini uyandırır. Eğer bunları hukukun bölümü saysaydı ve yine de bunların gücünü sınamanın tek yolunun, toplum ya da onun bir kısmı tarafından hukuk olarak kabul edilme dereceleri olduğunu itiraf etseydi, ana kuralının egemen olduğu hukuk alanını keskin bir biçimde daraltmış olurdu. Sorun, yalnızca tüm bu ilke ve politikaların onun etkisinden kaçabileceği değildir, ama böyle olması bile yeterince kötüdür. Bir kere ilkeler ve politikalar hukuk olarak ve böylelikle hâkimlerin hukuki yükümlülükleri belirlemede takip etmek zorunda oldukları standartlar olarak kabul edildiğinde, ilk kez *Riggs* ve *Henningsen*’da görülenler gibi *kurallar* güçlerinin en azından bir bölümünü ilkelerin ve politikaların otoritesine borçlu olduklarından, tümüyle üstün tanıma kuralına borçlu olmazlar.

Bundan dolayı, Hart’ın pozitivism versiyonunu, tanıma kuralını ilkeleri kapsayacak biçimde değiştirerek kabul edemeyiz. İlkeleri, yasama tasarruflarına bağlayan hiçbir soy testi oluşturulamaz ve kendisi pozitivism’in ilk ilkesine bir istisna oluşturan Hart’ın örf âdet hukuku kavramı, bu ilke tümüyle bir kenara bırakılmadan işe yarar duruma getirilemez. Bununla birlikte, bir başka olasılık da düşünülmelidir. Eğer hiçbir tanıma kuralı

28) H. L. A. Hart, *The Concept Of Law* 230 (1961). Bir üstün kural toplumsal tavırdan bağımsız olarak örf âdetin bazı özelliklerini belirleyebilir. Örneğin bu, tüm çok eski örf âdetlerin ya da müzakere edilebilir araçlarla uygulanan tüm örf âdetlerin hukuk sayılmasını sağlar. Bununla birlikte, İngiltere ve Amerika’da hukuk olarak tanınan örf âdetleri gerçekte ayırt eden bu çeşit özellikler düşünemiyorum. Hukuken dayatılamayan bazı gelenekler, dayatılan bazılarından daha eskidir; ticari evrakla ilgili bazı uygulamalar dayatılabilir, diğerleri ise dayatılamaz, vb. Herhangi bir olayda, gelenek tarafından belirlenmiş tüm hukuk kurallarını tanımlayan ayırt edici bir özellik bulunmuş olsaydı bile, konuları ve soy kütükleri (ki bazılarının kökeni çok yenidir) oldukça çeşitli ilkeler için böyle bir özellik bulmak pek olanaklı bulunmayacaktı.

ilkeleri tanımlamak için bir test sağlayamıyorsa, neden ilkeler nihaidir ve hukukumuzdaki tanıma kuralını *oluştururlar* demiyoruz. “Amerikan yargı sisteminde geçerli hukuk nedir?” biçimindeki genel soruya verilecek yanıt, belli bir dönemde yürürlükteki tüm ilkelerin (nihai anayasa kuralları da dahil) uygun ağırlık oranlarıyla yürürlüğe sahip olduklarını bildirmeyi gerektirir. Bir pozitivist bütün bu standartlar dizisini, yargı sisteminin tanıma kuralı olarak görebilir. Bu çözüm, paradoksun çekiciliğine sahip olmakla birlikte, elbette kayıtsız şartsız bir teslimiyettir. Eğer tanıma kuralını, ‘yürürlükte olan tüm ilkeler kümesi’ deyimiyle basitçe tanımlamak istersek, başarımız yalnızca hukuk hukuktur totolojisi olur. Bunun yerine, eğer yürürlükteki tüm ilkeleri sıralamayı gerçekten deneseydik, başarısız olurduk. İlkeler tartışmalıdır, önemli olan ağırlıklarıdır, sayısızdırlar, o kadar hızlı değişir ve dönüşürler ki yapacağımız liste daha yarısına gelmeden eskimiş olur. Başardığımızı varsaysak bile, hukuk için bir anahtara sahip olmayacaktık çünkü geriye anahtarımızın açabileceği hiçbir şey kalmayacaktı.

Eğer ilkeleri hukuk olarak ele alırsak, pozitivistlerin ilk ilkesini, yani bir toplumun hukukunun üstün kural biçimindeki bir testle diğer sosyal standartlardan ayrılacağı ilkesini reddetmek zorunda kalırız. Zaten ikinci ilkeyi de –adli takdir doktrini– terk etmemiz ya da onun önemsizliğini açığa çıkarmamız gerektiğine karar verdik. Peki ya üçüncü ilkeye, pozitivistlerin hukuki yükümlülük teorisine ne olacak?

Bu teori bir hukuki yükümlülüğün, mevcut bir hukuk kuralı söz konusu yükümlülüğü yüklediği zaman (ve yalnızca o zaman) bulunduğunu varsayar. Bundan şu anlaşılır ki, bir zor davada –mevcut bir kuralın bulunmadığı hallerde– hâkim gelecek için yeni bir kural yaratıncaya dek hukuki yükümlülük yoktur. Hâkim yeni kuralı davanın taraflarına uygulayabilir ancak bu var olan bir yükümlülüğün dayatılması değil, *ex post facto* [olaydan sonra] yasa yapılmasıdır.

Pozitivistlerin takdir doktrini, (güçlü anlamda) bu hukuki yükümlülük anlayışını gerektirir, çünkü eğer hâkimin takdiri varsa o zaman dayatması gereken hukuki hak ya da yükümlülük –kazanılmış hak– bulunamaz. Bununla birlikte, bir kere bu doktrini terk eder ve ilkeleri hukuk olarak ele alırsak, bir hukuki yükümlülüğün mevcut bir kuralla olduğu kadar, bir ilkeler grubunca da yüklenebilme olasılığını artırırız. Farklı türden bağlayıcı hukuk ilkeleri açısından böyle bir hukuki yükümlülüğü destekleyen sav [*the case*], ona karşı olan savdan daha güçlü olduğu her zaman, bir hukuki yükümlülük bulunduğunu söylemeyi tercih edebiliriz.

Bu hukuki yükümlülük anlayışını kabul etmeden önce, elbette birçok soru yanıtlanmak zorundadır. Eğer tanıma kuralı yoksa, bu anlamda hukuku test etmenin bir yolu yoksa, böyle bir sav [a case] hazırlamak için hangi ilkelerin ve ne ölçüde hesaba katılacağına nasıl karar verebiliriz? Bir savın, diğerinden daha iyi olduğuna nasıl karar veririz? Eğer hukuki yükümlülük, bu tür kanıtlanamayan bir yargıya dayanıyorsa, o, nasıl olup da bir tarafın hukuki yükümlülüğü olduğuna dair yargısal bir karara haklılaştırma sağlayacaktır? Bu yükümlülük anlayışı avukatların, hâkimlerin ve hukuk mesleğinden olmayanların sözleriyle uyumlu mudur ve ahlaki yükümlülüğe ilişkin tutumlarımız açısından tutarlı mıdır? Acaba bu tip analizler bize, hukukun doğası hakkındaki klasik hukuk bilmeceleriyle başa çıkmada yardımcı olacak mıdır?

Bu sorularla yüzleşmek gereklidir, ama bu sorular bile pozitivizmin sağladığından fazlasını vaat etmektedir. Pozitivizm kendi tezlerinde, tam da bizi hukuk teorileri aramaya iten bilmecemsi zor davalarda, yetersiz kalır. Bu davaları okuduğumuzda pozitivist bizleri hiçbir yere varmayan ve hiçbir şey söylemeyen takdir doktrinine gönderir. Onun kurallar sistemi olarak çizdiği hukuk tablosu, belki de çok basit olduğundan, imgelemimizi sınırsız ele geçirmiştir. Eğer silkinerek bu kurallar modelinden kendimizi kurtarabilirsek, uygulamalarımızın karmaşıklığı ve gelişmişliğine göre daha doğru bir model kurabiliriz.

2. Bölüm’de pozitivizm diye adlandırdığım hukuk kuramının temel savlarının hatalı olduğunu ve terk edilmesi gerektiğini ileri sürdüm. Özellikle pozitivizmin yaptığı gibi, bütün hukuk sistemlerinde hangi standartların hukuk sayılıp hangilerinin saymadığını belirlemek için birtakım genel kabul görünüş temel testler bulunduğunu varsaymanın yanlış olduğunu belirttim. Birleşik Devletler ve Büyük Britanya’da yürürlükte olanlar gibi karmaşık hukuk sistemlerinde böyle bir temel testin bulunamayacağını ve bu ülkelerde, pozitivizmin üzerinde ısrar ettiği gibi, ahlaki ve hukuki standartlar arasında esaslı bir ayrım oluşturulamayacağını söyledim.

Böylece ortaya koyduğum argümanı özetleyeyim. Hukuk için birtakım genel kabul görmüş temel testler bulunduğu tezinin, eğer yalnızca yasalar-da görülen ya da kitaplarda koyu yazılmış türden basit hukuk kurallarına bakarsak, inandırıcı olduğunu söyledim. Ancak avukatlar ve hâkimler davaları tartışır ve karara bağlarken yalnızca koyu harfli kurallara değil, benim hukuk ilkeleri dediğim, örneğin kimsenin kendi hatasından yarar sağlayamayacağı ilkesi gibi diğer birtakım standart türlerine de başvururlar. İşte bu gerçek, pozitivist izleyen zor tercihle yüz yüze getiriyor. Pozitivist, hâkimlerin bu tür ilkelere başvurduklarında, aslında hukuki standartlara başvurmadıklarını, sadece takdir yetkilerini kullanmakta olduklarını gös-

termeye çalışabilir; ya da o, kuşkularımın aksine, bazı genel kabul görmüş testlerin yargıcın hukuk saydığı ilkeleri daima belirleyeceğini ve onların hukuk saymadıklarından ayıracağını göstermeye çalışabilir. Her iki stratejinin de başarılı olamayacağını ileri sürdüm.

Birçok hukukçu argümanımı yanıtlayacak kadar nazikti; Dr. Raz'ın makalesi bunların seçkin bir örneğidir.¹ Argümanıma karşı olan başlıca noktalar şunlardır. (i) Tezimin ne içerdiğinin, pozitivist doktrine bir ek getirmek dışında, net olmadığı söyleniyor. Eğer birisi, benim pozitivist bir teorinin en açık örneği olarak ele aldığım Prof. H. L. A. Hart'ın çalışmasını dikkatlice okursa, onun teorisinin benim vardığım sonuçları küçük ek dışında içine alabildiğini görecektir.² (ii) Argümanlarımın kendi içerisinde şu biçimde tutarsız olduğu söyleniyor: Takdir teorisine karşı olan argümanım aslında bazı ilkelerin hukuk sayıldığı, bazılarının ise sayılmadığı varsayımına dayanır, ama eğer böyleyse, ortada tam benim inkâr ettiğim türden bir hukuk testi olmalıdır.³ (iii) Dahası, ortaya koyduğum argümanlar bu nihai test biçimini öneriyor. Ben hâkimlerin, ilkelerin önceki hukuki argümanlardaki rollerine atıf yaparak, ilkeleri en azından kısmen belirlediklerini söyledim ve 'kurumsal yapı'⁴ testi olarak nitelediğim bu tür bir test, ilkeler için bulunamayacağını söylediğim temel testi sağlayabilir. (iv) Benim, hâkimlerin ilkeler konusunda takdirlerinin olmadığı yolundaki argümanım, hangi ilkelerin hesaba ve ne ölçüde katılacağını açık olmaması olgusu yüzünden hâkimlerin bazen bu yetkiyi kullanmak zorunda kalacakları gerçeğini görmezden gelmektedir.⁵ (v) Argümanımın dayanağı gibi görünen, kurallar ve ilkeler arasındaki ayrım aslında savunulamazdır.⁶

İleri sürülebilecek ancak cevaplandırmaya çalışmayacağım bir itiraz daha var. 'Hukuk' teriminin pozitivist tezi şartlı olarak doğru hale getire-

1) Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale L. J.* 823 (1972). Ayrıca bkz. G. Carrio, *Legal Principles and Legal Positivism* (1971); Christie, "The model of Principles", 1968, *Duke L. J.* 649; Gross, "Jurisprudence", 1968/69 *Annual Survey of Am. L.* 575; Probert, "The Right Way", *Human Rights* 163, (yay. haz.) E. Pollack, 1971; Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", 8 *Am. Phil. Q.* 151 (1971); Tapper, "A Note on Principles", 1971 *Modern L. Rev.* 628. Daha önceki bir makale için, bkz. MacCallum, "Dworkin on Judicial Discretion", 60 *J. Phil.* 638 (1963). Tüm bu makalelerdeki noktaları ve soruları yanıtlamaya ya da belirtmeye kalkışmayacağım. Sıklıkla ileri sürülen ya da öğrencilerce ikna edici bulunan noktaları tartışmak için seçtim.

2) Bkz. örneğin, Carrio 22.

3) Sartorius 155.

4) A.g.e., 156.

5) Raz 843 vd., Carrio 27; Christie 669; MacCallum, *alınılanan yerde*.

6) Raz 834-54, Christie 656 vd.

cek şekilde kullanılabileceği argümanına vereceğim bir cevabım yok. Yani, öyle kullanılabilir ki, konuşmacı yalnızca, hâkim ve avukatların bildirdiği, aslında bir genel kabul görmüş test ile belirlenen bu standartları ‘hukuki’ standartlar olarak tanır. Kuşkusuz ‘hukuk’ bu biçimde kullanılabilir, belki de bazı hukukçular böyle kullanır. Ancak ben genel kullanımdaki hukuk kavramına ilişkin bir argüman olarak ele aldığım ile ilgilendim; ele aldığım, yönetimin en azından ilke olarak, mahkemeler ve polisin bildik kurumları eliyle tanımak ve dayatmakla görevli olduğu hakları ve ödevleri sağlayan standartlar kavramıdır. Benim amacım, pozitivizmin, hukuk için temel ve genel kabul görmüş test doktriniyle, bu kavramın kapsamının bir kısmında bütüne ilişkin yanıldığıdır.

Bununla birlikte, sıraladığım belirli itirazlara dönmeden önce, saymadığım çok genel bir itiraza değinmek istiyorum, ancak açıklanacak nedenlerle, bunun sıraladığım pek çoğunun altını çizeceğine inanıyorum. Bu genel itiraz Hart’ın *The Concept of Law*’da⁷ savunduğu, hukuk felsefesine olduğu kadar ahlak felsefesine de ait olan bir teze dayanır. Bu tezin en güçlü biçiminde, hak ve sorumluluğun hiçbir çeşidinin o hak ve sorumluluğu tanıyan yerleşik yeknesak toplumsal uygulama olmadan var olamayacağını ileri sürer. Eğer böyleyse ve hukuk benim farz ettiğim gibi haklar ve sorumluluklar sorunuysa ve yalnızca yetkililerin takdirinden ibaret değilse, o zaman ortada yerleşik yeknesak toplumsal uygulama biçiminde, genel kabul görmüş bir hukuk testi bulunmalı ve benim argümanım da yanlış olmalıdır.

Bu denemenin birinci bölümünde, bu güçlü tezi hâkimlerin belli standartları hukuk olarak uygulama ödevlerine özel gönderme yaparak irdeleyeceğim. Ardından, bu tezin reddedilmesi gerektiğini ileri süreceğim. Kalan bölümlerde, yeri geldikçe, özgün argümanlarımı, onların neden bu tezin reddine dayandıklarını göstermek için yeniden biçimlendireceğim.

1. TOPLUMSAL KURALLAR

Kendimizin ya da diğer insanların davranışlarını tartışırken kullandığımız çeşitli kavram türlerinden ikisi arasındaki önemli ayrımı belirterek başlayacağım. Bazen ayrıntılı düşünerek, her şeyi hesaba katarak, birisinin bir şeyi ‘yapması’ [*ought*] ya da ‘yapmaması’ [*ought not*] gerektiğini söyleriz.

7) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 79-88 (1961).

Diğer bazı durumlarda da birinin bir şey yapmakla 'yükümlü' [*obligation*] ya da 'ödevli' [görevli-*duty*]* olduğunu, ya da onu yapmaya 'hakkı olmadığını' [*no right*] söyleriz. Bunlar farklı yargı türleridir: Örneğin, basitçe, birinin özel bir hayır yapması gerektiğini söylemek bir şeydir, ve bunu yapmanın onun ödevi olduğunu söylemek çok başka bir şeydir, ve yine birisinin içki ya da esrar içmemesi gerektiğini söylemek bir şeydir ve onun bunu yapmaya hakkı olmadığını söylemekse çok başka bir şey. Bu savlardan birincileri ileri sürmeye hazır olabileceğimiz ama ikincileri süremeyeceğimiz durumları düşünmek kolaydır.

Dahası, belli hallerde bir şey, ileri sürdüğümüz savın haklılaştırıldığı [*justified*] hissini de yaratabilir. Ödev yargıları, genellikle, yalnızca birisinin yapması gerekene ilişkin yargılardan daha güçlüdür. Yükümlülüğün ya da ödevin yerine getirilmesini talep edebiliriz ve bazen uyulmaması durumunda yaptırım da önerebiliriz, ancak her şey hesaba katıldığında o, yalnızca birinin yapması gereken sorunu olarak kaldığı zaman, ne talepler ne de yaptırımlar söz konusu olur. Böyle genel davranış taleplerinden farklı olarak, yükümlülük ve ödev taleplerinin ne zaman uygun olacağı sorunu, sonuçta oldukça ihmal edilmiş de olsa, ahlak felsefesinin önemli bir sorunudur.

Hukuk yalnızca özel kişilerin neyi yapıp neyi yapmamaları gerektiğini tayin etmez, onların ne yapmakla ödevli olduklarını ya da neyi yapmaya hakları olmadığını da saptar. Dahası, hâkimler ve diğer yetkililere yalnızca varmaları gereken kararlar için öneride bulunmaz, onların tanınmak ve dayatmakla görevli oldukları kesin standartları da ortaya koyar. Hâkim bazı davalarda belki iki [tarafın talep ettiği] biçimde de karar vermekle görevli olmayabilir; böyle durumlarda biz, onun ne yapması gerektiğini söylemekle yetinmeliyiz. Değindiğim bu nokta, hâkimin 'takdir'i olduğunu söylediğimiz durumda kastedilen şeydir. Ancak en aşırı Amerikan hukuksal realistleri hariç, her hukuk felsefecisi, en azından bazı davalarda hâkimin, hukukun bu kararı gerektirmesi açık nedeninden ötürü, belirli bir biçimde karar vermekle görevli olduğunu varsayarlar.

Ancak hâkimlerin neden böyle bir görevi olduğunu açıklamak hukuk teorisinin çetin bir sorunudur. Örneğin, bir yasanın, vasiyetsiz vefat durumunda murisin mal varlığının [terekesinin] en yakın akrabasına kalmasını sağladığını varsayın. Hukukçular hâkimin, terekenin bu yasaya uygun

* 'Duty' sözcüğünü genelde yurttaşlar söz konusu olduğunda 'ödev', devlet görevlileri söz konusu olduğunda 'görev' olarak Türkçe'ye aktardım. (ç.n.)

biçimde dağıtılmasını emretmekle görevli olduğunu söylerler. Ancak hâkime bu görevi yükleyen nedir? Hâkimlerin, yasa koyucunun söylediğini yapmaları gerektiği sonucunu doğuran genel bir kuralla ‘bağlı’ olduklarını söylemek isteyebiliriz, ancak bu kuralın nereden geldiği de açık değildir. Hâkimlerin yasa koyucunun söylediğini yapmaları gerektiği kuralının kaynağının yine yasa koyucunun kendisi olduğunu söyleyemeyiz, çünkü böyle bir açıklama haklılaştırmaya çalıştığımız kuralı önceden varsaymaktadır. Belki de, anayasa gibi, hâkimlerin yasa koyucuya uymaları gerektiğini açıkça ya da zımnen söyleyen temel bir hukuki metin bulabiliriz. Ancak anayasaya uyma görevini hâkimlere yükleyen nedir? Soruna aynı yolla geri dönmeden, bu görevi anayasanın yüklediğini söyleyemeyiz.

Eğer hâkimlerin yalnızca yasa koyucuyu ya da anayasayı izlemeleri gerektiğini [ought] söylemekle yetindiyseniz, o zaman bu zorluk o kadar da ciddi olmayacaktı. Bu sınırlı sav için birçok gerekçe bulabiliriz; örneğin, eğer hâkimler bu şekilde davranırsa herkes uzun vadede oransal olarak daha iyi durumda olacaktır. Ancak, eğer hukuk kavramımızın kabul eder görüldüğü gibi, hâkimlerin anayasa ya da yasa koyucuyu izleme görevleri [duty] olduğunu savunmak istersek, böyle bir gerekçe hiç de ikna edici olmaz. O zaman da biz yalnızca hâkimlerin bu şekilde davranmaları gerektiğinin nedenlerini değil, bu görevi iddia etmenin temellerini de bulmak zorunda kalırız, ve bu da bizim henüz dillendirdiğim, ahlak felsefesi sorunuyla yüzleşmememizi gerektirir. Ödevler [görevler] ve yükümlülükler hangi koşullarda ortaya çıkar?

Hart’ın yanıtı şu biçimde özetlenebilir.⁸ Ödevler, bu tip ödevleri sağlayan sosyal kurallar var olduğunda, var olurlar. Bu sosyal kurallar da, onlar için uygulama koşulları bir araya geldiğinde var olurlar. Bu uygulama koşulları toplumun üyeleri belirli bir biçimde davrandığında bir araya gelirler; bu davranış bir sosyal kural *oluşturur* ve bir ödev yükler. Kiliseye devam eden bir grubun şu uygulamayı [alışkanlığı] izlediği varsayılın: (a) Her erkek kiliseye girmeden önce şapkasını çıkartıyor, (b) ona neden böyle yaptığı sorulduğunda, böyle yapmasını gerektiren ‘kurala’ göndermede bulunuyor ve (c) biri kiliseye girerken şapkasını çıkarmayı

8) Hart’ın [alıntılandan yerde] yaptığı, ‘yükümlülük’ kavramının çözümlemesidir. Ben burada da ‘görev’ [duty] sözcüğünü kullanıyorum çünkü hakimin hukuku yerine getirme görevi olduğunu söylemek, yükümlülüğü [obligation] olduğunu söylemekten daha yaygındır ve, çünkü, Hart analizini her iki terime uygulamayı amaçlar; onları neredeyse birbiriyle değiştirilebilir biçimde kullanır. Bkz. *The Concept of Law* 27, 238.

unuttuğunda diğerleri tarafından eleştiriliyor ve, hatta, belki de cezalandırılıyor.⁹ Böyle durumlarda Hart'a göre, ödev yükleyen bir kural için uygulama koşulları bir araya gelir. Bu topluluk, kilisede erkekler şapka giymemelidir sonucunu doğuran bir sosyal kurala 'sahiptir' ve bu sosyal kural kilisede şapka giyme ödevi yükler. İşte bu kural bir sorumluluk yaratarak kilisede şapka giyme sorununu, erkeklerin ne yapmaları gerektiğine ilişkin yapabilecekleri tartışmaların çoğunluğundan ayırır. Sosyal kuralın varlığı ve sonuçta ödevin varlığı, yalnızca olgusal bir sorundur.

Hart daha sonra bu çözümlemesini adli görev [*judicial duty*] sorununa uygular. O, her hukuk sisteminde, hâkimlerin davranışıyla belli standartları hukuk olarak tanımlama ve uygulama ödevi yükleyen bir sosyal kural için uygulama koşullarının bir araya geldiğine inanır. Eğer belli bir toplulukta bu yetkililer, (a) kanun koyucunun yaptığı kuralları kararlarını verirken düzenli biçimde uyguluyorsa, (b) hâkimlerin kanun koyucuya uymak zorunda oldukları 'kurala' başvurarak bu uygulamayı haklılaştırıyorlarsa ve (c) kurala uymayan bir yetkiliyi kınıyorlarsa, işte o zaman, Hart'ın kuramına göre, bu topluluğun, hâkimlerin kanun koyucuya uymak zorunda oldukları sosyal bir kurala sahip olduğu söylenebilir. Eğer böyleyse, o zaman bu toplulukta hâkimlerin bu biçimde davranma görevi vardır. Şimdi hâkimlerin neden sosyal kurallara uyma görevi olduğunu soracak olursak, bizim yukarıdaki latifemiz ardından, Hart da esaslı kaçırdığımızı söyleyecektir. Hart'ın açıklamasına göre, bu tanımladığı türde sosyal kurallar tarafından yaratılan ödevler gibi, o da ödev kavramına dahildir.

Ancak Hart'ın –buraya kadar anlatılan– teorisi şöyle ortaya konabilecek bir itiraza açıktır. Bir sosyolog, belli bir topluluğun kilisede-şapka giyilmez gibi belli kurallara 'sahip olduğunu' ya da 'uyduğunu' söylediğinde, yalnızca topluluğun davranışını belirli bir açıdan tanımlamayı amaçlar. O, yalnızca, topluluk üyelerinin belli ödevleri olduğunu varsaydıklarını söylemek ister, kendisinin onlarla aynı fikirde olduğunu değil. Ancak bir topluluk üyesi bizzat kendisinin ya da başkasının davranışını eleştirmek amacıyla bir kurala başvurduğunda, yalnızca başkalarının davranışını tanımlamayı değil fakat değerlendirmeyi de kasteder. Yalnızca başkalarının

9) Hart bu örneği farklı bir amaç için kullanır. Bkz. Hart, *alınulanan yerde*, 121. Buradaki latife sosyal kuralı da, uyum için ciddi sosyal baskılar yapma koşuluyla, yükümlülük (ya da ödev) yükleyen kural olabileceği için tasarladım.

belirli ödevleri olduğuna inandıklarını değil, onların o ödevde *kesinlikle* sahip olduklarını söylemek ister. Bu yüzden, kural kavramından yararlanan bu iki çeşit ifade arasındaki farkı belirtmeliyiz. Sosyologun, bir sosyal kural ileri sürdüğünü, ama kilise müdaviminin ise bir *normatif* kural ileri sürdüğünü söyleyebiliriz. Eğer belli olgusal ilişkiler durumu gerçekleşirse, yani topluluk Hart'ın örneğinde tanımladığı gibi davranırsa [kilisede kişiler şapka giymezse], sosyologun sosyal kural iddiasının doğru olduğunu (ya da güvenceye kavuştuğunu) söyleyebiliriz. Ancak kilise müdaviminin normatif kural iddiasının, yalnızca belli bir normatif ilişkiler durumu gerçekleştiğinde, yani yalnızca ve yalnızca kişiler Hart'ın örneğinde sahip olduklarını varsaydıkları ödevde [göreve] gerçekte de kesinlikle sahipler, doğrulandığını (ya da güvenceye kavuştuğunu) söylemek isteyebiliriz. Herhangi bir davaya bakan hâkim, sosyologun değil, kilise müdaviminin konumundadır. O, yalın bir gerçek olarak, yalnızca çoğu hâkimin, kanun koyucunun söylemiş olduğuna uyma görevine sahip olduğuna inandıklarını söylemek istemez; onun kastettiği, başkalarının inancı olarak değil, kendi kararlarının haklılaştırılması olarak bu ödevde başvurduğudur. Eğer böyleyse, o zaman sosyal kural, fazlası olmadan, onun sahip olduğuna inandığı ödevin [görevin] kaynağı olamaz.

Hart bu itirazı teorisinin özünü oluşturan bir argümanla tahmin eder. O, benim 'sosyal kural' savı ve 'normatif kural' savı arasında yaptığım ayrımın, aynı terimleri kullanmasa da farkındadır. Bununla beraber, en azından tartıştığı durumlarda, bu iki tür savın iki farklı kural çeşidi öne sürdüğünün söylenebileceğini inkâr eder. Bunun yerine, bir kuralın *var olması* ile onun söz konusu topluluk üyeleri tarafından *kabul edilmesi*'ni ayırt etmeyi bize teklif eder. Bir sosyolog, bir sosyal kuralın varlığını ileri sürüldüğü zaman, yalnızca onun var olduğunu iddia eder: O yalnızca bu kural için gereken uygulama koşullarının bir araya geldiğini söyler. Bir kilise müdavimi onun varlığını ileri sürdüğünde, bu uygulama koşullarının bir araya geldiğini iddia eder, ancak *ilaveten* bu kuralı kendi davranışı için yol gösterici ve diğerlerinin davranışı için yargılayıcı bir standart olarak *kabul ettiğini* de gösterir. O, hem sosyal bir uygulamayı tanımlar hem de kendi davranışının ona uyması isteğini belirtir. Yine de, her biri bir kurala başvurduğu ölçüde, o aynı kuraldır, yani söz konusu sosyal uygulama ile oluşturulan kuraldır.

Bu takdirde, bir sosyal kural bildirimiyle bir normatif kural bildirimi arasındaki fark, her birinin iddia ettiği kural türündeki fark değil, ama daha çok ileri sürülen sosyal kurala karşı her birinin takındığı tavırdaki

farklılıktır. Bir hâkim, kanun koyucu neyi yasalaştırırsa o hukuktur kuralına başvurduğunda, bir sosyal kurala içsel bir bakış açısıyla* bakıyor demektir. Bu anlamda, bir sosyal uygulama var olduğundan hâkimin söylediği doğrudur, ancak o yalnızca bunun böyle olduğunu söylemenin ötesine gider. Hâkim sosyal uygulamayı, ona uymasının, haklılaştırması olarak kabul etme isteğinde olduğunun işaretini verir.

Böylece, Hart, yüküm ve ödev [görev] kavramlarına ilişkin bir genel teoriye ve bu teorinin hâkimlerin hukuku dayatma görevlerine ilişkin belirli bir uygulamasına ilerler. Bu baştaki bölümü dengelemek için, sosyal kural teorisi diye adlandıracığım genel teorinin eleştirisi ile ilgileneceğim ve bu teorinin güçlü ve daha zayıf versiyonlarını ayırt edeceğim. Güçlü versiyonda, ne zaman birisi bir ödev ileri sürerse, onun bir sosyal kuralın varlığını farz ettiği ve kuralın tanımladığı uygulamayı kabulünü bildirdiği anlaşılmalıdır. Böylece, eğer ben kişilerin yalan söylememe ödevleri olduğunu söylersem, en azından bu sonucu doğuran bir sosyal kuralın varlığını kastetmeliyim ve eğer o yoksa, benim ifadem de yanlış olmalı. Daha zayıf uyarlamaya göreyse, ödev iddia eden birinin, bu ödevi gerektiren bir sosyal kuralın varlığını önceden farz ediyor olarak anlaşılması gerektiği yalnızca *bazen* geçerlidir. Kişilerin kilisede şapka giyemeyeceklerini söyleyen bir kilise müdavimi bu duruma örnektir, ancak bu, yalan söylememe ödevini ileri süren kişinin aynı biçimde anlaşılmasını gerektirmez. O, belki, gerçekten de bir sosyal kuralın varlığına bağlı olmayan bir ödevi ileri sürüyordur.

The Concept of Law'un ilgili sayfalarında söylediklerinin çoğu güçlü versiyonu önerse de, Hart hangi uyarlamayı benimsediğini tümüyle açık kılmaz. Ancak onun genel teorisinin adli görev sorununa uygulanması, elbette sosyal kural teorisinin hangi uyarlamasını yazmayı kastettiğine bağlıdır. Örneğin, eğer güçlü versiyon doğruysa, o zaman kanun koyucunun söylediğini hukuk olarak ele alma temel ödevinden söz eden hâkimlerin bu sonucu doğuran bir sosyal kuralı varsaymaları gerekir. Ancak, eğer sosyal kural teorisinin zayıf bir versiyonu geçerliyse, o zaman yalnızca durum böyle olabilir ve bunun böyle olduğunu göstermek için de daha fazla argümana gereksinim olabilir.

* Hart, *Concept of Law*'da (54-56, 87-88) alışkanlıkları kurallardan ayırmak için bir sosyal uygulamaya içsel ve dışsal bakış açısı ayrımı yapar. Ancak o, burada özenle 'ahlaki normatiflikten' uzak durmaya ve (pozitivizmin özü olan 'ayrılık tezi'nin, hukuk ve ahlakın ayrılmasının gereği olarak) herhangi bir ahlaki gönderme yapmaksızın kuralların bağlayıcı olmasını temellendirmeye çalışır. Dworkin ise normatifliği kullanarak onu ahlaki bir tabana çekmeyi denemektedir. (ç.n.)

Eğer kişilerin ödevlere başvurdukları bütün durumları ya da ödevlerin kaynağı olarak kurallara başvurdukları tüm durumları açıklamayı öneriyorsa, teorinin güçlü versiyonu doğru olamaz. Bu teori, karşılayan hiçbir sosyal kural olmaması nedeniyle, sosyal kurala başvurmakla açıklanamayacak bir takım normatif kural iddiaları bulunduğunu itiraf etmelidir. Örneğin, bir vejetaryen her türlü hal ve şartta can almanın yanlış olduğu temel ahlak kuralına dayanarak, bizim yemek için hayvanları öldürme hakkımız olmadığını söyleyebilir. Bu sonucu doğuran bir sosyal kuralın olmadığı açıktır: Vejetaryen, çok az insanın böyle bir kuralı ya da ödevi tanıdığını kabul edecektir, aslında onun şikayeti de budur.

Bununla beraber, teori, kural ve ödev [görev] kavramlarının bu kullanılışının özel bir durumu belirttiğini ve aslında teorinin açıklamak için tasarlandığı standart uygulamadan yararlanan farklı bir ahlaki uygulamaya dahil olduğunu savunabilir. Bu açıklamaya göre, vejetaryen gerçekte kadınların ve erkeklerin güncel olarak can almama ödevleri olduğunu değil, fakat daha çok, birinin can almaması *gerektiğini* [ought] söylemek için çok sağlam gerekçeleri olduğundan, bu anlamda bir sosyal kural bulunması *gerektiğini* söyler biçimde anlaşılmalıdır. Onun 'kurala' yaptığı başvuru böyle bir kuralın zaten var olduğu izlenimini verebilir, ancak bu izlenim bir çeşit mecazi anlatımdır; onun çabası sosyal kuralların emredici gücünü ele geçirme ve bu gücü kendi çok farklı savını kapsayacak kadar genişletmektir.

Ancak bu savunma vejetaryenin savını yanlış anlar. Onun demek istediği yalnızca hiç kimsenin can alma hakkı olmayacağı biçimde toplumun kurumlarının yeniden düzenlenmesinin arzu edilir olduğu değil, aslında, şu anki halde hiç kimsenin asla bu hakka sahip olmadığıdır. Gerçekten de o, toplumun bu sonucu doğuran bir sosyal kurala sahip olmasının gerekliliği nedeniyle, yaşama saygı gösterme ahlaki ödevinin varlığında ısrar etmek isteyebilir. Sosyal kural teorisinin güçlü uyarlaması bu argümana izin vermez. Dolayısıyla, bu teori onun ifadelerine, yalnızca söylemeyi istemediği şeyi söylediğinde ısrar ederek, yer verebilir.

Eğer sosyal kural teorisi ikna edici olacaksa, o zaman en azından bu dereceye kadar zayıflatılmalıdır. O bir ödev [görev] savıyla (ya da normatif bir ödev kuralı iddiasıyla) yalnızca bir tür durumda, yani topluluk genelde böyle bir ödevin bulunduğu anda anlaştığı zaman, ne kastedildiğinin açıklamasını sunma iddiasında olmalıdır. Teori vejetaryenin durumuna uygulanamayacak, ancak kilise müdavimlerinin durumuna uygulanacaktır. Bu zayıflatma teorisinin adli görev sorununa uygulanmasını pek etkile-

meyecektir, çünkü hâkimler, gerçekten de, dayatmakla bağlı oldukları hukukun ne olduğuna karar verirken çoğunlukla aynı kuralları izler görünmektedirler.

Ancak teori bu zayıflatılmış biçimde bile ikna edici değildir. O, uzlaşım-
salsal [*concurrent*] ve geleneksel [*conventional*] ahlak olarak adlandırılabil-
ecek iki tür sosyal ahlak arasındaki önemli ayrımı gözden kaçırmakta-
dır. Bir topluluğun üyeleri aynı ya da hemen hemen aynı normatif kuralı
ileri sürmede anlaştıklarında, ancak anlaşma olgusunu bu kuralı ileri sür-
mek için zeminlerinin [gerekçelerinin] asli bir parçası saymadıklarında,
topluluk uzlaşım-
salsal ahlakı sergilemektedir. Saydıkları zamansa gelenek-
sel ahlakı sergilerler. Eğer kilise müdavimleri her erkeğin kilisede şapkasını
çıkarma ödevi olduğuna inanıyor, ancak böyle bir ödevleri olduğundan
değil de, genel etkili bir sosyal uygulama için yapıyorlarsa, o zaman bu bir
geleneksel ahlak durumudur. Eğer aynı zamanda herkesin yalan söyleme-
me ödevi olduğuna ve başkalarının çoğunun yalan söylemesine rağmen
bu ödevi sahip olacaklarına inanıyorlarsa, o taktirde bu bir uzlaşım-
salsal ahlak durumudur.

Sosyal kural teorisi, yalnızca geleneksel ahlak durumlarına uygulanmak
için zayıflatılmalıdır. Yalan söyleme örneğindeki gibi uzlaşım-
salsal ahlak du-
rumlarında, Hart'ın tanımladığı uygulama koşulları bir araya gelebilecek-
tir. İnsanlar genelde yalan söylemeyebilirler, bu davranışın haklılaştırılması
olarak yalan söylemek yanlıştır 'kuralına' başvurabilirler ve yalan söyleyen-
leri kınayabilirler. Hart'ın teorisinde bu davranış sosyal bir kural oluştura-
bilecek ve bir sosyolog, toplumun yalana karşı 'bir kuralı olduğunu' söyle-
mede haklı olacaktır [*justified*]. Ancak bu [teori], yalan söylememe öde-
vinden söz ettiklerinde toplumun üyelerinin ileri sürdüğü savı, onların
bu kurala *başvurdıklarını* varsayarak ya da savları için onun bulunmasını
zorunlu saydıklarını varsayarak, çarpıtabilir. Aksine, bu bir uzlaşım-
salsal ahlak durumu olduğundan, gerçek, onların böyle varsayımları ileri sürme-
dikleridir. Dolayısıyla, sosyal kural teorisi geleneksel ahlakla sınırlandırıl-
malıdır.

Teorinin bu şekilde daha da zayıflatılması, adli görev [ödev] sorunu
üzerindeki etkisini oldukça azaltabilir. En azından hâkimlerin ne yapma-
ları gerektiğine ilişkin inançlarının bir kısmı, gelenekselden çok uzlaşım-
salsal ahlakı temsil edebilir. Örneğin birçok hâkim, yalnızca diğer hâkimler ve
yetkililer kabullendiklerinden değil de, onların bağımsız değeri olduğunu
kabul ettikleri siyasi ilkeler temelinde demokratik olarak seçilmiş bir yasa-
manın kararını dayatma görevine sahip olduklarına inanabilirler. Öte yan-

dan, en azından bunun böyle olmadığını varsaymak ve tipik hukuk sistemlerinde bulunan hâkimlerin çoğunluğunun bazı genel adli uygulamaları kendi adli görevleri ile ilgili herhangi bir iddia için durumun asli bir bölümü olarak sayabilecekleri, akla yatkındır.

Buna rağmen, sosyal kural teorisi geleneksel ahlak için dahi yeterli bir açıklama değildir. Yeterli değildir çünkü kişiler bir sosyal uygulamayı bir ödev savı için temellerinin gerekli bir parçası saydıklarında bile, hâlâ bu ödevin kapsamı üzerinde anlaşılabilecekleri gerçeğini açıklayamaz. Örneğin, kilisede erkeklerin şapka giymemesi ‘kuralına sahip’ topluluğun üyeleri aslında ‘bu’ kuralın boneli erkek bebekler durumunda uygulanıp uygulanamayacağına bölünmüş olabilirler. Her bir taraf bebekler veya onların ebeveynlerinin ödevlerine ilişkin kendi görüşünün daha mantıklı olduğuna inanır, ancak her iki görüş de sosyal kurala bağlı olarak açıklanamaz, çünkü bu konuda hiçbir sosyal kural yoktur.

Hart’ın sosyal kurallar için uygulama koşulları tanımı bu noktada açıktır: Bir kural, nüfus çoğunluğunun uyumlu davranışı ile meydana gelir. Hiç kuşkusuz Hart, herkesin belirli bir durumda, hatta bu durum gerçekleşmese de, gerekliliği üzerinde anlaştığı davranışı uyumlu davranış olarak sayabilecektir. Dolayısıyla, sosyal kural toplumda henüz bulunmasa bile, kızıl saçlı kişi durumunu da ‘içerecek’ biçimde oluşur. Ancak, eğer kiliseye müdavimlerinin yarısı bebeklerin bonelerini çıkarmaları gerektiğini iddia eder ve diğer yarısı da böyle bir gerekliliği inkâr ederse, bu davranış nasıl bir sosyal kural oluşturur? Bebeklerin mutlaka bonelerini çıkarmalarını gerektiren ya da böyle bir ödevleri olmadığı koşulunu getiren her ikisinin de bir sosyal kural oluşturduğunu söyleyemeyiz.

Söylemeye ayartıldığımız, erkeklerin kilisede şapka giyme kuralının bebekler konusunda “belirsiz” olduğudur. Ancak bu sosyal kural teorisinin tam da kaçınmaya çalıştığı türden bir karışıklık içerir. Bu durumdakiler gibi, sosyal davranış hakkında tüm ilgili gerçekler bilinirken sosyal kuralın belirsiz olduğunu söyleyemeyiz, çünkü bu sosyal kuralların davranışla oluşturulduğu tezini ihlal edebilecektir. Kilisede şapka giymeyle ilgili sosyal bir kuralın, insanların ne düşündükleri ve yaptıkları hakkındaki olgular toplanmadığı, ya da, belki de henüz bebekler sorunu meydana çıkmadığı, toplum çoğunluğunun aynı fikirde olup olmadığı kesinleşmediği için belirsiz olduğu söylenebilir. Ancak, burada böyle bir belirsizlik yoktur; durum ortaya çıkmıştır ve biz topluluk üyelerinin aynı fikirde olmadıklarını biliyoruz. Dolayısıyla, böyle bir durumda kilisede şapka giilmesiyle ilgili sosyal kuralın belirsiz olduğunu değil, toplum davranışının oluşturu-

duğu sosyal kuralın yalnızca yetişkin erkeklerin kilisede şapka giymelerini yasakladığını söylemeliyiz. Bu kuralın varlığı kesindir ve bebekler konusunda hiçbir sosyal kuralın var olmadığı da bunun kadar kesindir.

Ancak tüm bunlar sosyal kural teorisi için şu nedenden dolayı neredeyse ölümcüldür: İnsanlar normatif kurallar ileri sürdüklerinde, hatta geleneksel ahlak durumlarında bile, tipik olarak kapsam ya da ayrıntıda farklılık gösteren kurallar ileri sürmekte, ya da herhangi bir durumda her bireyin kendi kuralını daha ayrıntılı açıkladığında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Ancak kuralları farklı ya da ayrıntıya inilirse farklılaşacak iki kişi, aynı sosyal kurala başvuramamakta ve en azından biri herhangi bir sosyal kurala hiç başvuramamaktadır. Bu, her birinin latife olarak onayladığı kurallar ortaya çıktığı ya da çıkabileceği zaman, çoğu durumda anlaşsalar bile böyledir. Dolayısıyla, sosyal kural teorisi eğer var olacaksa, kabul edilemez biçimde zayıflatılmalıdır. Yalnızca bazı oyunlarda gerçekleşen durumlar gibi, eğer bir ödev tartışmalıysa katılımcılarca onun bir ödev olmadığına kabul edildiği durumlarda, uygulanacağı benimsenmelidir. Bu taktirdeyse adli ödevlere uygulanamayabilecektir.

Teori bir çok yolla bu sonuçtan kaçmaya çalışabilir. Öncelikle teori, tartışmalı bir durumda kişi bir kurala başvurduğunda, söylediğinin iki bölümlü olarak anlaşılması gerektiğini iddia edebilir: Birincisi, toplum içinde anlaşmayı temsil eden sosyal kuralı tanımlar (yetişkin erkekler kilisede şapka giymemelidirler) ve sonra da bu kuralın tartışmalı durumları da (kilisedeki bebekler) kapsayacak biçimde genişletilmesi gerektiğini iddia eder. Bir başka deyişle, teori, vejetaryen örneğinde olabileceğini söylediğim gibi, kurallara, tüm tartışmalı başvurulara karşı aynı tavrı takınabilir. Ancak vejetaryen örneğini tartışırken yaptığım itiraz, daha etkili biçimde, teorinin bütününe genel bir eleştirisi olarak yapılabilir. Kişiler, en azından felsefi metinlerin dışında yaşayan kişiler, daha çok tartışmalı durumlarda ahlaki standartlara başvururlar. Başvurduklarında da, standardın, anlamı ne olursa olsun var olan duruma uygulanması gerektiğini değil, standardın kesinlikle uygulandığını; kişilerin standardın tanımladığı ödevler ve sorumluluklara sahip olmaları gerektiğini değil ama onlara kesinlikle sahip olduklarını söylemek isterler. Teori tüm bu iddiaların, ödev kavramının özel ya da ona bağımlı kullanımları olduğunu ender ileri sürer; bunu yaptığında ya da kendi uygulamasını çok önemsiz noktalara sınırlamış olacaktır.

Alternatif olarak teori çok farklı biçimde, yani kullandığı sosyal kural kavramını değiştirerek de savunulabilir. En azından geleneksel ahlak du-

rumunda, “erkekler kilisede şapkalarını çıkarmalıdır” ifadesindeki gibi, kuralın kesin sözlü formülleştirmelerinin çoğunlukla standart durumuna geldiği gerçeğine, odaklanarak bunu yapabilir. Kavramın düzeltilmiş biçiminde bir sosyal kural, bir topluluk, ödevlerinin belli bir sözel formülleştirmesini kabul ettiğinde, ve bu formülleştirmeyi davranış ve eleştirme için kılavuz olarak kullandığında var olur; eğer yalnızca tartışmalı durumların, bu terimlerin bir ya da diğer bir yorumu zemininde karara bağlanması gerektiğinde uzlaşma varsa, bu taktirde, bu topluluk standart formülleştirmedeki bir ya da daha fazla terimin doğru uygulanmasında anlaşmadığı ölçüde, kuralın ‘belirsiz’ olduğu söylenebilir. Bu düzeltme, belirttiğim argümana bir yanıt verebilir. Kilise müdavimleri şapka giyme sorumlulukları ile ilgili tek bir sosyal kural kabul ederler, o da erkeklerin kilisede şapka giymemeleri gerektiğidir. Ancak bu kural belirsizdir; çünkü oğlan bebeklerin ‘erkek’ başlığı altında sayılıp sayılmadığı ya da bonelerin ‘şapka’ olup olmadığı konusunda anlaşmazlık vardır.

Kavramın bu düzeltilmiş biçimi, söz konusu topluluk üyelerinin gerçekte ödevler hakkındaki anlaşmazlıklarını, yaygınlaşmış belli bir sözel formülleştirme içindeki birtakım anahtar sözcüğün yorumunda anlaşmazlıklar biçimine sokabilecekleri ya da soktukları rastlantısına çok fazla bir ağırlık vermektedir. Kilise müdavimleri anlaşmazlıklarını bu biçime sokabilirler, ancak bu hep böyle yapacaklarını göstermez. Kuralın sözel oluşumu, temelinde yer alan sosyal gerçekler farklı olmadan da, kişilerin sadece kilisedeki kadınların başlarını örtebileceğini söyleme alışkanlığında olması gibi, farklı olabilir; böyle bir durumda anlaşmazlık, ‘kadınların’, ‘oğlan bebekleri’ içerip içermediği anlaşmazlığı değil, ancak yaygın versiyonun doğru normatif kuralın sağlıklı bir ifadesi olup olmadığı biçiminde, saptanabilmelidir.

Dahası, eğer teori bu yönde düzeltilirse orijinal tanımlayıcı gücünün çoğunu kaybedecektir. Özgün sunumunda yanlış tanıtılsa da, önemli bir gerçeği, sosyal uygulamanın, bireysel sorumluluk ya da ödev [görev] hakkında normatif iddialarımızın en azından bazılarını haklı göstermede merkezi bir rol oynadığı gerçeğini yakalamıştır. Ancak hesaba katılan tutarlı uygulamanın olgularıdır, yoksa sözel davranışın rastlantıları değil. Ahlaki uygulamalarımız, yasa yorumundaki uygulamalar değildir.

Son olarak, sosyal kural teorisi, Hart’ın özgün sosyal kural tanımını bir tekbiçimli uygulama tanımı olarak muhafaza etmekle birlikte, farklı bir yola çekerek kayıplarını azaltabilir. Sosyal kuralların kişinin görevlerinin *sınırını* çizdiği iddiasından vazgeçebilir; ancak bunların *eşliğini*

oluşturduğu fikrini koruyabilir. Ahlakta sosyal kuralların işlevi ise şöyle açıklanabilir: Sosyal kurallar, ödevler yoluyla oluşturulanları, yalnızca tanımladıkları konsensüs [fikir birliği-oydaşım] alanını olgusal anlamda değil, aynı zamanda bu konsensüs bulunduğu zaman kavramsal anlamda da ayırırlar; onlar bu ödevlerin onurunu reddedebilseler ya da uygun biçimde reddedebilseler de, bu topluluğun üyelerinin en azından onun benimsediği ödevlere sahip olduğu inkâr edilemez. Ancak sosyal kural, geleneksel ahlak alanında dahi kendi koşullarının ötesinde bireylerin hakları ya da ödevleri bulunmadığını saptayamaz; kilisedeki bebeklerin durumuna benzer olarak, sosyal kuralın bazı durumları kapsayamaması gerçeği, bu durumda bir ödev ileri sürenin, uygulamaya basit bir başvurunun ötesinde argümanlara dayanması gerektiği anlamını taşır.

Eğer sosyal kural teorisi bu yönde düzeltilirse, tanımladığım özgün teorinin yaptığı gibi, bu, Hart'ın sosyal bir tanıma kuralı tezini artık desteklemez. Eğer hâkimlerin bir davada, hiçbir sosyal kural böyle bir görevi empoze etmemesine rağmen belli bir biçimde karar verme görevleri varsa, o zaman Hart'ın sosyal uygulamanın tüm adli görevlerin nedenini açıkladığı iddiası ortadan kalkar. Bununla birlikte, sosyal kural teorisinin düzeltilmiş şeklinde bile bir zayıflık bulunduğunu belirtmeliyim. Sosyal bir kuralın asgari düzeyde hak ve ödevleri şart koştuğunu söylemek dahi ahlaki uygulamamızla uyuşmamaktadır. Hatta, geleneksel ahlakın bir özelliği olarak genelde kabul edilen şudur: İlkede diğer ahlaki gerekliliklerle uyumsuz ya da tutarsız uygulamalar, elbette yalnızca küçük bir azınlığın bu koşulun gerçekte uygulanır olduğunu düşüneceği zaman bir sosyal kural bulunmakla birlikte, ödevler [görevler] yüklemesler. Sosyal bir kural var olduğunda, örneğin, erkeklerin bayanlara yönelik bazı resmi kibar davranışlar göstermesinde, çoğu kişi kadınların buna hakkı olduğunu söylemiştir; oysa iki cinsin üyelerinden bu kibarlıkların bir aşağılama olduğunu düşünen biri buna katılmayacaktır.

Sosyal kural teorisinin ihmal ettiği geleneksel ahlakla ilgili bu gerçek, sosyal uygulama ve normatif yargılar arasındaki bağın, teorinin ortaya koyduğundan daha iyi anlaşılmasını sağladığı için çok önemlidir. Normatif yargıların, sıklıkla herhangi bir sosyal uygulamayı o yargı için durumun asli bir ögesi olarak aldığı doğrudur; belirttiğim gibi, geleneksel ahlakın damgası budur. Ancak sosyal kural teorisi bu bağı yanlış anlar. Sosyal uygulamanın, normatif yargının kabul ettiği bir kuralı *oluşturduğuna* inanır; aslında sosyal uygulama, normatif yargının bildirdiği bir kuralı *haklılaştırır* yardımcı olur. Kilisede şapka çıkarma kuralının var olduğu ger-

çeği –uygulama, normatif yargının tanımladığı ve desteklediği bir kuralı oluşturduğu için değil, bu uygulamanın, bir kişinin kilisede şapkasını çıkarması ödevini ya da birinin böyle yapması gerektiğine ilişkin normatif bir kuralı ileri sürmek için iyi temeller sağlar türden savunma ve beklenti tarzları yaratmasından dolayı– bu sonucu doğuran normatif bir kural ile ri sürmeyi haklılaştırır.

Sosyal kural teorisi, bir uygulamanın kişilerin adı altında ileri sürdükleri kuralla her nasılsa aynı içeriğe sahip olması gerektiğinde direndiğinden başarısızdır. Ancak, eğer basit biçimde bir uygulamanın bir kuralı haklılaştırabileceğini varsayarsak, o zaman böyle haklılaştırılan kural, uygulama ile aynı içeriğe sahip olabilir, olmaya da bilir, yetersiz kalabilir ya da onun ötesine geçebilir. Sosyal uygulama ve normatif iddialar arasındaki ilişkiye böyle bakarsak, o zaman sosyal kural teorisinin ne açıklamaya çalıştığını rahatça anlatabiliriz. Eğer kişi sosyal bir uygulamayı anlamsız, aptalca ya da aşağılayıcı bulursa, onun ilke de dahi herhangi bir ödev ya da normatif davranış kuralı ileri sürmeyi haklılaştırmadığına inanabilir; ve bu durumda, uygulamanın, kendisine, reddettiği bir ödevi yüklediğini değil, diğerleri ne düşünürlerse düşünsünler hiçbir ödev yüklediğini söyleyecektir.

Dahası, eğer bir topluluğun kilisede-şapka-takılmaz uygulaması gibi belirli bir uygulaması varsa, üyelerinin, her bir savın bu uygulama ile haklılaştırılacağı farklı normatif kurallar ileri sürmeleri şaşırtıcı olmaktan çok muhtemel olacaktır. Bebeklerin bone giyip giymemesi gerektiği hakkında anlaşılamayacaklardır, çünkü her şey hesaba katıldığında uygulama olgusunun bu ödevi ileri sürmeyi haklılaştırıp haklılaştırmadığı konusunda ayrılacaklardır. Bazıları uygulamanın bütün olarak, bir bebeğin ana baba-sınca kötü niyetle teşebbüs edilebilecek aşağılama ya da saygısızlık biçimi oluşturduğunu kabul ettiklerinden, bebeklerin bone giymemesini haklılaştıracığını düşünebilirler. Bazıları birçok nedenden buna katılmayabilir. Hatta, bu önemsiz durumda bile uyuşmazlıklarını, ‘kuralı’, kilisedeki şapkalar hakkında neyi gerektirdiği üzerinde bir uyuşmazlık olarak saptayacakları doğrudur. Ancak, gönderme yapılan ortak davranış ile oluşturulan kural bir sosyal kural değil, ortak davranış ile haklılaştırılan kural, yani bir normatif kuraldır. Onlar *bu* kuralın tam olarak ne olduğu konusunda tartışmaktadırlar.

Adli bir görevin bir geleneksel ahlak durumu olması mümkündür. Ancak bundan bazı sosyal kuralların adli görevin sınırını, hatta eşliğini belirttiği anlamı çıkmaz. Örneğin, hâkimler yasa koyucuya uymaları ge-

rektiğine ilişkin kurala başvurduklarında, bir sosyal uygulamanın haklılaştırıldığı normatif bir kurala müracaat ediyor olabilirler ve, yalnızca diğer hâkimlerin davranışındaki olgulara ilişkin bir anlaşmazlıkça temsil edilmeksizin de, bu normatif kuralın tam içeriği hakkında anlaşılamayabilirler. Pozitivist haklı olabilir, ancak sosyal kural teorisinin sağlamaya çalıştığı kestirme yol olmaksızın davasını ortaya koyabilmelidir.

2. HART İLE GERÇEKTEN ANLAŞAMIYOR MUYUM ?

Pozitivizmle –en azından Hart’ın sunduğu biçimiyle– anlaşmazlığımın, gerçekte iddia ettiğim kadar kapsamlı olmadığı ileri sürüldü. Belki de makul bir hukuk açıklamasının, kurallar kadar ilkelere de yerleştirilebileceğini göstermişimdir. Ancak Hart’ın teorisindeki hiçbir şey bunu inkâr eder görünmüyor. Onun sadece kurallardan söz ettiği doğrudur, ancak 2. Bölüm’de tanımladığım gibi, ‘kural’ı sınırlı bir şekilde tanımlamıyor ve bu yüzden o kurallardan söz ettiğinde, dar anlamda kurallar kadar ilkelere de içerecek biçimde anlaşılabilir. Belki de hukuk için herhangi bir temel testin, eğer hukuk kuralları kadar ilkelerini de içermesi gerekliyse, Hart’ın tanıma kuralına model olarak önerdiği örneklerden çok daha ayrıntılı olması gerektiğini göstermişimdir. Ancak, Hart tanıma kuralının karmaşık olabileceğini söyler, gerçekten de o hiyerarşik sıralanan birçok ölçütten oluşabilir. Basit örnekleri –Kraliçe’nin Parlamentosu’nun yasalastırdığı kuralın hukuk olması gibi– yalnızca örnek oluşturmaları için tasarlanmışlardır.

Öyleyse anlaşmazlık nerede yatıyor? 2. Bölüm’ün, Hart’ın, her hukuk sisteminin bir tanıma kuralı biçiminde hukuk için temel bir testi olduğu tezini reddeder görüldüğü doğrudur. Ancak Profesör Sartorius’un gösterdiği gibi, gerçekten de hukuk kurallarını ve ilkelerini tanımlamak için temel testi bulunmayan bir hukuk sisteminin var olabileceğini kastetmiyorum.¹⁰ Argümanımın bir bölümü bazı ilkelerin hukuk olarak değerlendirilmesi gerektiği ve böylece adli argümanda hesaba katılmasına karşılık, diğerlerinin hesaba katılamayabileceğiydi. Ancak, eğer bu doğruysa ikisini ayırabilecek bir tür test olmalıdır. Dolayısıyla, böyle temel bir kuralın olmadığı yönündeki ifadem, yalnızca temel testin basit bir kuralda tanımlanmak için çok karmaşık olması gerektiği anlamında anlaşılmalıdır.

10) Sartorius, *alınılanan yerde*, 155.

Ancak Hart temel kuralın basit olması gerektiğini hiçbir biçimde ileri sürmediğinden, bu farklılık noktası sınırlıdır.

Böylece, değerlendirmek istediğim itirazlardan ilki gündeme gelir. 2. Bölüm'ü yazdığımda, her hukuk sisteminde hukuk için temel bir test bulunduğu pozitivist tezinin, çok az ayrıntılandırma gerektirecek ölçüde yeterince açık olduğunu düşündüm. Herhangi bir belirsizliğin, Profesör Hart'ın bu tezi dikkatli formülleştirmesi örnek alınarak çözümlenebileceğini düşündüm. Tanımladığım bu itiraz, burada yanıldığıma beni ikna etti, ve şimdi aldığım pozitivist savın ne olması gerektiğini ve bu savın benim öne sürmeyi istediğim savlardan nasıl farklılaştığını daha açıkça belirterek verdiğim zararı gidermeye çalışacağım.

Her biri hukuk için temel bir test fikriyle yapacak bir şeyleri olan üç farklı tez öne sürerek başlayacağım. Bu farklı tezleri açıklarken son bölümde yaptığım bir ayırmadan, bir yanda bir sosyal kural kavramı ile sosyal davranışı tanımlama, diğer yanda ise normatif bir kural kavramı ile normatif bir konum öne sürme arasındaki ayırmadan yararlanacağım. (i) İlk tez, gelişmiş bir hukuk sistemi olan her ulusun, hâkimleri ve hukuk görevlileri topluluğunda bir sosyal kural ya da sosyal kurallar grubu olduğunu, bu kuralların ise hâkimlerin, herhangi bir başka kuralı ya da ilkeyi hukuk olarak tanıma görevinin [duty] sınırlarını belirlediklerini kabul eder. Bu tez, örneğin İngiltere için, eğer İngiliz hâkimlerin grup olarak, hukuki hakları ve yükümlülükleri belirlerken yalnızca Parlamento tarafından yasalaştırılan, ya da adli kararlarla ortaya koyulan ya da uzun süredir devam eden örf ve âdetlerce yerleştirilen kuralları ya da ilkeleri göz önünde bulundurma ve grup olarak bunların dışında bir şeyi hesaba katmama görevini kabul ederlerse, geçerli olabilir. Hart bu ilk tezi geliştirir; aslında her hukuk sisteminde bir sosyal tanıma kuralının var olduğu teorisi, onun pozitivist geleneğe yaptığı en önemli katkılardan biri olarak değerlendirilebilir. (ii) İkinci tez, her hukuki sistemde özel bir *normatif* kuralın ya da ilkenin ya da bunların bir karışımının, hâkimlerin daha özel hukuk kuralları ya da ilkelerini tanımlarken kullanabilecekleri uygun ölçüt olduğunu kabul eder. Bu ikinci tezi kabul eden kişi, örneğin İngiltere'de hâkimlerin, gerçekte kararlarına bu biçimde ulaşıyor olsun ya da olmasınlar, yalnızca yasaları, emsal kararları ve açık örf âdetleri hukuk olarak tanıma görevine sahip olduklarına, inanabilir. (iii) Üçüncü tez, her hukuki sistemde çoğu hâkimin, diğer standartları hukuk standartları olarak sayma görevlerini düzenleyen bir normatif kural ya da teoriyi, kabul ettiğini öne sürer. Bu tez, örneğin, eğer bir kişi farklı İngiliz hâkimlerin karar

örneklerini incelerse, her hâkimin az ya da çok bilinçli olarak belli kesin hukuk kaynaklarını* saptamak için belirli bir kuralı ya da hukukun nasıl bulunacağını gösteren daha karmaşık bir teoriyi izlediği gerçeğine ulaşacağını savunur. Bu tezden, İngiliz hâkimlerinin çoğunun aynı kural ya da teoriyi izlediği sonucu –doğru olabilecek bile olsa– çıkmaz; eğer aynı kural ya da teoriyi izledilerse, bu durumda, ama başka halde değil, en azından İngiltere için ilk tez de doğru olacaktır.

Hart ile benim aramdaki anlaşmazlık bu üç tezden ilkiyle ilgilidir. O, bu tezi ileri sürüyor, ben onu reddediyorum. Sorun önemlidir; hukuki standartların ilkede ve grup olarak ahlaki ya da politik standartlardan ayrılabilceği genel geçer fikri buna dayanmaktadır. Eğer ilk tez doğru ise, bu durumda her hukuk sisteminde sosyal bir kural biçiminde hukuk için bir test var olacak ve bu hukuki olanı ahlaki ilkeler ve standartlardan ayırmaya yetecektir. Ancak, ilk tez yanlışsa o zaman böyle bir test de yoktur.

İkinci ya da üçüncü tezin bir versiyonunun doğru olması yeterli değildir. Bizzat benim ikinci tez tarafından tasarlanan türde bir normatif hukuk teorisini kabul ettiğimi varsayın. Benim teorim, eğer başka herkes tarafından da paylaşılmazsa, tartışmalı şartlar içerecektir; örneğin bu teori, mahkemelerin modası geçmiş emsal kararlardan çok, yeni emsal kararlara ağırlık vermesi gerektiğini savunan tartışmalı bir emsal karar teorisini içerebilir. Bu durumda benim, emsal karar anlayışımın hâkimin görevini doğru bildirdiği savımı desteklemem gerekecektir ve bunu yalnızca emsal karar kurumunun amacı ya da değeri hakkında bir teori daha ortaya koyarak yapabilirim. Benim bu ek teori için iddiam, hiç kuşkusuz siyasi ahlakın tartışmalı ilkelerine, örneğin bir demokraside hâkimlerin uygun konumu hakkındaki ilkelere dayanacaktır. Bu ise pozitivizmin inkâr etme kaygısını en fazla duyduğu türden bir bağımlılıktır.

Bu üç farklı tez arasında ortaya koyduğum ayrımlar Sartorius'un itirazının neden özü kaçırdığını gösterir. O, eğer ben hâkimlerin bazı ilkeleri kullanma bazılarını kullanmama ya da bir ilkeye öngörülenden fazla ağırlık vermeme görevine sahip olduklarını söylersem, benim de kendimi hukuk için temel bir testin bulunduğu fikrine teslim ettiğimi düşünür. Bu kesinlikle, benim kendimi ikinci tezin bir versiyonuna teslim ettiğim, yani, bizzat benim ikna edici bir iddianın zor davalarda hâkimlerin nasıl karar

* Hâkimin uyuşmazlığı çözerken, çözümüne esas almak zorunda olduğu yasa, tüzük, yönetmelik gibi hukuk kuralları. Uyuşmazlıkla ilgili zorunlu bir kaynağı dikkate almaması durumunda hâkimim hükmü yüksek mahkeme tarafından bozulur. (ç.n.)

vermeleri gerektiğine ilişkin diğerinden daha çok, bir teorinin desteğiyle ileri sürülebileceğini düşündüğüm anlamına gelir. Ancak bu, ilk tezi, hâkimler arasında sorunu çözen bir sosyal kuralın varlığını kabul etmek zorunda olduğum anlamına gelmez. Bu Hart'ın tezidir, benimki değildir ve benim olmasına gerek de yoktur.

Bununla birlikte, Hart'ın teorisinin bir özelliği, benim ona çok katı bir teori yakıştırmayı yapmama neden olmaktadır. Neyin hukuk sayılacağına ilişkin ortaya çıkan her sorunu çözmeyeceğinden, Hart ihtiyatla bir sosyal tanıma kuralının bazı durumlarda kesin olmayacağını söyleyecektir.¹¹ Böyle bir kuralın var olması için, bu tür sorunların çoğunu çözmesi yeterlidir. O, şu örneği verir. Parlamento'dan geçen her şeyin hukuk olmasının, İngiltere'nin tanıma kuralının en azından bir parçası olduğunda kuşku bulunmadığını söyler. Yine de, örneğin belli bir hukuk kuralını kabul ettikten sonra hem bu kuralın hem de değiştirilemezlik koşulunun, üçte iki çoğunluğun kararı dışında ilga edilmemesi koşulunu yerleştirmeye çalışması durumunda olduğu gibi, şimdiki Parlamento'nun gelecekteki parlamentoları bağlama gücüne sahip olup olmadığı belirsizdir. Eğer bu olursa, gelecekteki bir Parlamento'nun bu kuralları basit çoğunlukla [% 51] ilga etme girişiminin hukuki sonuçlarına ilişkin hâkimler de bölünebilir. Eğer hâkimler bu şekilde bölünürse tanıma kuralının bu noktada belirsiz olduğu ortaya çıkacaktır ve sorun yalnızca o zaman, bir mahkeme şu ya da bu biçimde karar verebildiğinde ve kararını ayakta tutacak siyasi güce de sahip olduğunda çözülebilecektir ve tanıma kuralı netleşecektir.

Bu durumdan anlaşılacağı gibi, Hart, her hukuk sisteminde hangi standartların hukuk sayılacağına ilişkin tüm sorunları çözecek bir sosyal kuralın var olduğu fikrine bağlanmamıştır. O bir sosyal kuralın, neyi gerektirdiği hiç tartışılmayacak kadar kesin olmasa bile, hukuka ilişkin tüm kararları *yönetir* biçimde ele alınmasını, yani ilk tezi yerleştirmenin yeterli olduğunu söyleyebilir. O, hâkimler gerçekten bölündüklerinde (değiştirilemezlikte ya da kendi örneğime devam etmek gerekirse, eski emsal kararlara verilecek olan güç konusunda olduğu gibi), onların büyük bölümü kesin olan bir sosyal kural içindeki bir belirsizlik alanını açığa vurduklarını ekleyebilir.

Ancak, Hart'ın tanıma kuralının bazı noktalarda belirsiz olabileceğine ilişkin nitelemesi onun teorisine yalnızca esneklik ve incelik katmıyor. Aksine, geçen bölümde netleştirmeye çalıştığım nedenlerden altını oyu-

11) Hart, *alıntılanan yerde*, 144.

yor. Bir sosyal kuralın, Hart'ın şu anda zihnindeki anlamıyla belirsiz olabileceğini söylemek, sadece Hart'ın bu kavramı kullandığı biçimiyle bir sosyal kural kavramına uymuyor. Eğer sonraki bir Parlamento değiştirilemez olarak saptanmış bir kuralı ilga etmeye çalıştığında hâkimler ne yapmaları gerektiği konusunda bölünürlerse, bu durumda, bu kararı herhangi bir sosyal kuralın yönetip yönetmediği belirsiz değildir; aksine hiçbirinin bunu yönetmediği kesindir. Örnek, İngiltere'de hâkimler arasında Parlamento'dan geçen her şeyin hukuk olduğu sonucunu doğuran sosyal bir kuralın var olduğu ifadesinin, çoğu amaç için yeterince doğru olsa da, kesin konuşmak gerekirse yanlış olduğunu yalın biçimde göstermektedir.

Bu satırlarda, sosyal kural kavramı kullanılarak, konumun özenli bir ifadesi sunulmalıdır. Hâkimler arasında, gelecek parlamentoları bağlama niyetinde olan bir yasa dışında, Parlamento'dan her geçen hukuk olduğu sonucunu doğuran bir sosyal kural vardır. Parlamento'nun, gelecek parlamentoları bağlayıp bağlayamayacağı konusunda sosyal bir kural mevcut değildir; bu sorunda hâkimler bölünürler. Bazıları bunu yapabileceğini [Parlamento'nun gelecekteki parlamentoları bağlayabileceğini] ve bu yüzden de değiştirilemez bir kuralı ilga iddiasını hukuk olarak tanımama görevine sahip olduklarını düşünebilirler. Diğerleri bunu yapamayacağını [Parlamento'nun gelecekteki parlamentoları bağlayamayacağını] ve bu yüzden de ilga yasamasını hukuk olarak tanıma görevine sahip olduklarını düşünürler. (Bu basit formülleştirme farklı hâkimlerin gerçekte alabileceği daha karmaşık konumları göz ardı eder.)

Ancak, elbette, konuyu bu biçimde ele almak, hâkimlerin neyi hukuk olarak tanımaları gerektiğine ilişkin gerekli ve yeterli koşulları şart koşan bir sosyal kuralın daima var olduğu biçimindeki ilk tezin savına karşıt bir örnek sunar. Eğer hâkimler arasındaki bu anlaşmazlık, değiştirilemez hükümler gibi, sadece sıra dışı ve nadir görülen davalarla sınırlanmış olursa, o takdirde bu tür karşıt örnekler az olacak ve sava hiçbir gerçek engel oluşturmayacaklardır. Ancak, eğer benim varsaydığım gibi, hâkimler arasındaki bu tür anlaşmazlıklar çok sıkı ve aslında temyiz mahkemelerinin zor ya da tartışmalı davalara karar vermeye kalktığı her zaman ortaya çıkabiliyorlarsa, o takdirde bu argümanın ortaya koyduğu genel zayıflık yaşamsaldır.

Hart'ın, tanıma kuralının hâkimler ya da diğer yetkililer gibi özel bir topluluğun üyelerinin ortak davranışı tarafından oluşturulan sosyal bir kural olduğu ifadesini çok harfi harfine aldığım söylenebilir. Hart, bu sert kavramı son bölümde önerdiğim şekilde düzeltmek, yani, bir sosyal

kural olarak, tanıma kuralının, hâkimlerin görevlerinin belirli bir sözlü formülleştirilmesini “Parlamento’nun yasa olarak geçirdiği her şey hukuktur” gibi bir sözlü formülleştirmeyi kabul ettiklerinde var olduğunu söylemek isteyebilir. Eğer böyleyse, o takdirde Hart sosyal tanıma kuralının var olduğunu, ama yine de topluluğun üyeleri sözlü formülleştirmenin belirli davalara doğru uygulanması konusunda anlaşılamadığı zaman belirsiz olduğunu söyleyebilir. Bu durumda, Parlamento’nun yaptığı her şey hukuktur tanıma kuralı, sosyal bir gerçek olarak vardır ama değiştirilemez yasalar gibi özel davalar üzerinde hâkimlerin anlamaya varamaması ölçüsünde belirsizdir.

Daha önce de söylediğim gibi, kavramın bu düzeltimi dil ve tarih rastlantılarına çok fazla ağırlık verir. Şimdiki örnek bunu doğrulamaktadır. Parlamento’nun yasalaştırdığı [geçirdiği] her şeyin hukuk olduğunu söylemek oldukça geleneksel olabilir. Ancak, değiştirilemez yasalar hakkındaki anlaşmazlığı, geleneksel formülleştirme içindeki terimlerin doğru yorumu hakkındaki bir anlaşmazlık olarak tasarlamak çok zordur. Anlaşmazlığın ‘her şey’ sözcüğünün anlamıyla ya da ‘yasalaştırmak’ sözcüğüne ne kuvvet yüklenmesinin gerektiği ile ilgili olduğunu hiç kimse söyleyemez. Eski emsal kararlara verilmesi gereken ağırlık konusundaki anlaşmazlık gibi, aklımdan geçen sıradan ve sayısız pek çok anlaşmazlık da, yerleşik bazı sözlü formüller içindeki terimlerin anlamlarıyla ilgili anlaşmazlıklar olarak tanımlanamaz.

Birisi benim argümanıma farklı bir itirazda bulunabilir. Son bölümde, hâkimlerin ne yapması gerektiği ve ne yapmakla görevli oldukları ile ilgili ifadeler arasında yaptığım ayrımı bana hatırlatabilir. İlk tez, değiştirilemezlik durumu gibi tartışmalı durumlarda hâkimlerin ne yapması gerektiğini [ought] karara bağlayan bir sosyal kuralın daima var olduğunu iddia etmez. O yalnızca bir sosyal kuralın bu tür davalarda hâkimlerin ne yapması gerektirdiğini [required], yani onların görevlerinin sınırını saptadığını iddia eder. Eğer hâkimler değiştirilemez bir kuralı yürürlükten kaldırmak için getirilen bir yasayı uygulayıp uygulamama konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, bu itiraza göre, bu anlaşmazlık olgusu hâkimlerin her iki duruma ilişkin görevleri olmadığını gösterecektir. Bu durumda sorun, bir mahkeme şu ya da bu biçimde karar alma kuvveti ile, diğer hâkimleri bu kararı görev yaratır biçimde kabul etmeye teşvik edene dek, onların takdirine kalacaktır.

Eğer böyle olsaydı, ilk tez benim argümanıma karşı bağışık olacaktı. Ancak neden bunun böyle olduğunu varsaymalıyız? İtiraz, ahlak felsefe-

sinin bir varsayımına dayanmaktadır. Bu ilke olarak, görevlerin çelişik olmayacağını varsayar. Bir hâkimin görevi açık değilse ve başka hangi kanıtın sorunu çözeceği konusunda anlaşmaya varılmamışsa, bu durumda hâkimin herhangi bir görevi olamayacağını ve bizim sadece onun ne yapması gerektiği konusunda konuşmamız gerekli olduğunu varsayar. Ancak bu varsayım en azından sorgulanabilir. Bu, ahlaki argümanda kavramı kullanış şeklimiz ile bağdaşmıyor. Vejetaryen bizim görevlerimizin, tartışmasız ve kanıtlanabilir biçimde görevlerimiz olanlarla sınırlı olduğunu kabul etmek zorunda değildir. Bu, hukukçuların adli [*judicial*] görev sorununa yaklaşımlarıyla bile bağdaşmaz. Örneğin, değiştirilemezlik hükmü tartışmasında, tartışmacılar arasındaki ortak zemini oluşturan tek öneri bunun hâkimlerin taktir yetkisini kullanamayacağı bir konu olduğudur. Parlamento'nun kendisinden sonra gelecekleri bağlama gücüne sahip olduğunu düşünenler, hâkimlerin daha sonraki bir ilga girişimini tanıma hakkına sahip olmadıklarına inanmaktadırlar. Parlamento'nun bu güce sahip olmadığına inananlar ise hâkimlerin sonraki ilga edeni tanımakla görevli olduğunu düşünmektedirler. Bazı hâkimlerin kararsız olabileceği doğrudur. Ancak onların kararsızlığı görevleri hakkındadır, hiçbir görevleri olmadığına emin değildirler. Elbette, sosyal kural teorisinin güçlü versiyonu doğru olsaydı, açıkladığım varsayım da güvenilir olacaktı. Ancak teori yanlış olduğundan varsayım için başka destek bulunmalıdır ve sanırım bunu kimse yapamaz.

Umarım hiç kimse bu tür davalarda hâkimlerin, hâkimler olarak siyasi ya da ahlaki görevleri konusunda anlaşmazlığa düşerken, hukuki görevleri konusunda anlaşmazlığa düşmediklerini söylemek istemez. Bu ayırım için tek zemin, bu bağlamda iddiayı açıkça kanıtlanmış varsayandır. Ayırımını yaptığım ilk tez, pozitivistin, hukuki ve diğer görev türleri arasında yaptığı ayırımı açıklamak için tasarlanmıştır ve bu yüzden bu ayırımı varsayamaz. Hart, temel tanıma kuralının yalnızca Paris'teki standart metre çubuğunun bir metre uzunlukta olması anlamında hukuki bir kural olduğunu söyler;¹² eğer hâkimler değiştirilemezlik hükümlerini dayatma görevine sahipseler, bu tam da bu anlamda hukuki bir görev olmasıdır. Ancak terminoloji sorunu bunun dışındadır. Hâkimler, hiçbir sosyal kuralın bu görevi şart koşturması gerçeğine rağmen, hukukun neyi gerektirdiğini belirlerken bir kural ya da ilkeyi uygulama görevine sahip olabilirlerse, bu görev tanımlanmakla birlikte, ilk tez yanlış olur.

3. 'KURUMSAL DESTEK' BİR TANIMA KURALI OLUŞTURUR MU?

2. Bölüm'de hiç kimsenin kendi hatasından kazanç sağlayamayacağı ilkesi gibi ilkelerin, Parlamento'nun kabul ettiği her şeyin hukuk olması kuralı gibi herhangi bir basit tanıma kuralı tarafından saptanamayacağını söyledim. Pozitivistin bu seçeneğe sahip olduğunu da söyledim. O, bu ilkelerin hukukun bir parçası olmadığını savunabilir çünkü hâkimin onları göz önüne alma görevi yoktur, yalnızca takdir yetkisi vardır. Ya da bunların hukuk olduğunu kabul edebilir, ve bu tür ilkeleri saptayan daha karmaşık bir sosyal tanıma kuralının nasıl oluşturulabileceğini gösterebilir. Elbette pozitivist bu stratejileri birleştirebilir: Daha karmaşık bir tanıma kuralının hâkimlerin mahkemede başvurduğu ilkelere bazılarını saptayacağını ileri sürebilir ve ardından da hâkimlerin yalnızca bu ilkeleri dayatma görevine sahip olduklarını iddia edebilir.

Dr. Raz her iki stratejiyi de bu şekilde birleştirmeyi istemektedir. Onun ana dayanağı, bir sonraki bölümde inceleyeceğim, hâkimlerin belli ilkeleri uygulama konusunda görev değil takdir yetkisine sahip oldukları argümanıdır. Ancak o, hâkimlerin kesinlikle en azından bazı ilkeleri dikkate almakla görevli olduğunu ve bunların bir "adli örf ve âdet"¹³ [*judicial custom*] olarak adlandırdığı kavramla, sosyal tanıma kuralı gibi bir şeyin altına getirilebileceğine inanmaktadır. Belirli bir ilkeye, bir zaman döneminde birçok hâkim tarafından hesaba katılması gereken bir ilke olarak gerçekte başvurulduğunu varsayın. Dr. Raz, bu uygulamanın, birlikte hukuk için bir test sağlayan sosyal kurallar demetinin içinde, Hart'ın düşündüğü geleneksel türdeki tanıma kuralları ile beraber bulunan seçik bir sosyal kural oluşturacağını vurgulamaktadır.

Ancak iki nedenle bu adli örf ve âdet kavramı, argümanı çok ileriye götüremez. İlk olarak, hâkimlerin başvurduğu ilkelerin ya da politikaların çoğu en azından ağırlığı bakımından tartışmalıdır; örneğin, hiç kimsenin kendi hatasından kazanç sağlamayacağı ilkesinin ağırlığı *Riggs-Palmer*¹⁴ davasında bir ayrılık ortaya çıkarmaya yetecek kadar tartışmalıdır. İkincisi, ilkeye yapılan başvuruların çoğu yerleşmiş bir hukuki uygulamaya hiç konu olmayan ilkelere yapılan başvurulardır; bu *Henningsen* davasındaki karardan, otomobil üreticilerinin halka karşı belli bir sorumluluğu

13) Raz 852. Carrio 25'te aynı terim ve kavramı kullanıyor.

14) 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

olduğu ilkesi gibi, gerçekte daha önce formüle edilmeyen ilkeler ile benzer tarzda bir şeyden verdiğim örneklerin çoğu için doğrudur.

Böylece, Raz'ın adli örf ve âdet kavramı, hâkimlerin hesaba katmaları gereken ilkeler olarak gördükleri ilkelerin çoğunu ayırt edemeyecektir. Bu nedenle, aslında, hâkimlerin bu tür adli örf ve adet konusu olmayan ilkeleri uygulama görevleri olmadığı argümanını çok ciddi bir biçimde değerlendirmemiz gerekmektedir. Ancak ilk önce, ilkeleri de kurallar kadar içerecek farklı ve daha karmaşık bir sosyal tanıma kuralı kavramının nasıl uyarlanabileceği üzerine düşünmek istiyorum.

Profesör Sartorius, hâkimlerin zor davalarda ilkelere başvurduklarında, böyle yapmakla bir takdir kullandıkları fikrini reddederek bana katılıyor.¹⁵ Eğer ayrımını yaptığım ilk tezi kabul etmeyi isterse, o zaman tüm bu ilkeleri içeren ya da en azından onlar için hazırlığı olan bir sosyal kural biçimini tanımlamalıdır. Onun yapmaya çalıştığı budur ve benim kendi argümanlarımı bana karşı kullanmayı önermektedir. Temel bir hukuk testi geliştirilmesinin çok fazla zahmetli olacağını kabul etmekte ama bunun ilkede mümkün olacağına inanmaktadır. Dahası, bu tür herhangi bir nihai test merkezinin, benim 2. Bölüm'de geliştirdiğim 'kurumsal destek' kavramında bulunduğu inanmaktadır. Kendi görüşüne destek olarak bu bölümden aşağıdaki pasajı aktarmaktadır:

Eğer bazı ilkelerin, hukuk ilkeleri olduğu savımızı desteklememiz istenirse, ilkenin örnek olarak gösterildiği ya da argüman içinde yer aldığı önceki herhangi bir davayı belirtiriz. Ayrıca bu ilkeyi örnekler görünen herhangi bir yasayı da belirtiriz. (Hatta, yasanın başlangıç hükümlerinde ya da komisyon raporu ya da diğer eşzamanlı yasama belgelerinde bu ilke gösteriliyorsa daha da iyi olur.) Böyle kurumsal destekler, bulamazsak muhtemelen davamızı ortaya koymada başarısız oluruz, ne kadar çok destek bulursak, ilkeyi o kadar ağırlıklı olarak ileri sürebiliriz.¹⁶

Elbette Profesör Sartorius, bu kurumsal destek doktrinini bundan daha ayrıntılı bir biçimde geliştirmek isteyecekti. Ben, bunu aşağıdaki biçimde ayrıntıyla işleyeceğim¹⁷ ve makalesi onun bu ayrıntılı çalışmayı kabul edebileceği izlenimini veriyor. Varsayın ki, örneğin bir Amerikan eyaletinde açık bir biçimde geçerli hukuk kuralları olan tüm kuralları derleyeceğiz

15) Sartorius 155.

16) A.g.e., 156.

17) Bu ayrıntılı işleyiş, yalnızca 4. Bölüm'deki uzun argümanın özetidir.

ve bunlara kurumsal yetkiye ilişkin, ilk kurallar dizisinin bu yargı yetki alanında [*jurisdiction*] geçerli kurallar olduklarını kesinlikle söylerken dayandığımız tüm açık kuralları da ekleyeceğiz. Bu durumda görkemli bir hukuki materyal setine sahip olacağız. Bu takdirde derlenen hangi ilkelere setinin, listesini yaptığımız açık hukuk kuralları ve kurumsal kuralların benimsenmesini *haklılaştırmak* için gerekli olduğunu sorabileceğiz. Varsayın ki, eyaletin her hâkimi ve avukatı bu ilkeler dizisini tanımlayan ve her birine göreceli ağırlıklar veren bir ‘hukuk teorisi’ geliştirsın (yaşam boyu çabalamanın bir başlangıç için yeterli olmayacağı gerçeğini göz ardı ediyorum). Bu koşulda, her biri kendi ilkeler dizisinin söz konusu hukuk sisteminin ilkeleri olarak sayılması gerektiğini savunabilir.

Bu öykünün önerdiği hukuk testini şu biçimde formüle edebiliriz: Bir ilke, söz konusu yargı yetki alanının açıkça müstakil ve kurumsal kurallarının bir haklılaştırılması olarak sunulabilen en doğru hukuk teorisi içinde yer alırsa, o zaman hukuk ilkesidir. Sartorius, görünüşe bakılırsa bu tür bir testi düşünerek, “bununla birlikte Dworkin tarafından açıklanan temel pozitivist ilkeyle, yani ‘bir topluluğun hukuku (...) içerikle değil *soyuyla* [*pedigree*], bunu yapan testlerle (...) belirli bir ölçütle tanımlanıp ayrılabilir’ ilkesiyle uyumlu olan, Hart’ın pozitivistizminden daha iyi bir yoldur”¹⁸ diyor.

Ancak, şimdi bir açıklama gereklidir. Sartorius herhangi bir hukukçunun hukuk teorisinin bir *sosyal* tanıma kuralı sunduğunu kastediyor olamaz. Eğer ben, belli bir yargı yetki alanı için bir hukuk teorisi geliştirmiş olsaydım, bu teoriyi ayırdığım *ikinci* tezin ilhamıyla normatif bir adli görev teorisi olarak kabul ederdim. Yargı yetki alanındaki çoğu hâkimin her biri bu tür bir teoriye sahip olsaydı, o takdirde bu yargı yetki alanı için *üçüncü* tez geçerli olacaktı. Ancak her hâkimin teorisi diğerinkinden az ya da çok farklı olacaktı. Geliştirdiği ilkelere bazıları farklı olacak ve aynı olan bazıları da ağırlık bakımından farklılık gösterecekti. Bu farklılıklar, hiçbir hukukçunun teorisinin kendi başına *ilk* tezin gerektirdiği biçimde karmaşık bir sosyal kural olarak alınamayacağını kesinleştirmektedir.

Bu yüzden Sartorius, herhangi bir hukukçunun hukuk teorisinin bir sosyal tanıma kuralı sağlayamayacağını, ancak daha çok kurumsal destek testinin *kendisinin* böyle bir sosyal kural olduğunu söylemelidir. Yani, sosyal tanıma kuralının, tam olarak, bir ilke ancak en doğru teorinin bir parçası ise hukuk olarak uygulanmasını ve bu teori tarafından verilen ağırlıkla uygulanmasını gerektiren bir kural olduğunu söylemelidir. Bu anlayışa

göre, farklı hukukçuların farklı hukuk teorileri yalnızca bu sosyal kuralın belirli durumlara nasıl uygulanacağına ilişkin teoriler önerirler.

Ancak ben, nasıl olup da birinin sorunu bu biçimde ortaya koyabileceğini ve hâlâ ‘içerik’ yerine ‘özel soy ölçütü’ sağlayan kurumsal destek testi fikrini muhafaza edebileceğini anlamıyorum. Benim tanımladığım biçiminde bir hukuk teorisi kavramı, ilkeler ve politikaların mevcut kuralları, bu kuralları kabul eden grupların güdülerini tanımlayarak ya da yasalaştırılmalarında etkili olan baskı gruplarına dikkat çekerek bir hukuk tarihçisinin onları anlatabileceği tarzda açıkladığını varsaymaz. Eğer bir hukuk teorisi adli [*judicial*] görev için temel sağlayacaksa, bu takdirde ortaya koyduğu ilkeler mevcut kuralları, teorinin sahibi olan hukukçunun kanısına göre gerçekten de bu kuralları destekleyen, toplumun siyasi ya da ahlaki ilgilerini ve gelenekleri tanımlayarak *haklılaştırmaya* çalışmalıdır. Bu haklılaştırma süreci hukukçuyu siyaset ve hukuk teorisinin çok derinine götürmelidir ve herhangi bir ‘soy testinin’ iki siyasi kurumumuzun farklı haklılaştırmalarından hangisinin daha üstün olduğuna karar vermek için var olduğunu söylemenin doğru olacağı noktayı pekâlâ geçer.

Daha önce verdiğim basit bir örnek bu noktayı açığa kavuşturur. Eğer başka bir hukukçuyla eski emsal kararlara verilen oransal ağırlık konusunda anlaşıyorsam, savımı destekleyen bir emsal karar anlayışını benimseyen bir hukuk teorisini ileri süreceğim. Emsal karar doktrininin hukuk önünde eşit muamele görmeye* hizmet ettiğini ve muamelenin temel oluşunun iki durum arasındaki süre arttıkça önemini kaybettiğini ve hatta tersine döndüğünü söyleyebilirim. O da cevap olarak emsal kararın amacının, emsal kararlar arasındaki zaman farklarını ihmal ederek en iyi biçimde ulaşılan, kararın tahmin edilebilirliğini sağlayacak kadar eşitlik olmadığını söyleyebilir. Her birimiz hükme varmanın [*adjudication*] bir görüş karşısında diğerini destekleyen özelliklerini göstereceğiz. Eğer ikimizden biri hiç bulamazsa, o zaman, aktarılan pasajda söylediğim gibi, onun savı zayıf olacak. Ancak görüşlerimiz arasındaki seçim, yalnızca her birimizin bulabildiği özellik sayısına bağlı olmayacak. Seçim, görevin emsal kararı haklılaştırdığı tezi görevin var olduğunu farz ettiğinden, argü-

* Dworkin bu konuda da ince bir ayrım yapar: “Birincisi, bir olanağın, kaynağın veya yükün eşit dağıtımı olan *eşit muamele* [*equal treatment*] hakkıdır. Örneğin, her vatandaşın demokraside eşit oy hakkı vardır. (...) İkincisi, *eşit olarak davranılma* [*treatment as an equal*], bir yükün veya yararın dağılımından aynıya alma değil de, herhangi biriyle aynı saygıyı ve ilgiyi görerek davranılma hakkıdır.” Bkz. 9. Bölüm. (ç.n.)

manımın varsaydığı eşit muamele görevi için ileri sürdüğüm ahlaki sava da bağlı olacaktır.

Bir hukuk teorisini diğerine tercih ederken hiçbir esasın bulunamayacağını söylemek istemiyorum. Aksine, sonraki başlıkta açıklanan takdir doktrininin reddettiğimden, bir teoriyi diğerinden üstün olarak seçmek için ikna edici argümanların ileri sürülebileceğini varsayıyorum. Ancak, bu argümanlar, toplumun eşitlik görevinin doğası gibi, hukukun ne olduğuna karar vermeye ilişkin değerlendirmelerin sınırlarının pozitivist anlayışını aşan, normatif siyaset teorisinin sorunları üzerine argümanları da içermeli. Kurumsal destek testi, bir hukuk teorisini en doğru olarak kurmak için ne mekanik, ne tarihi ne de ahlaki bakımdan tarafsız [*neutral*] temel sağlar. Gerçekten de, tek bir hukukçunun bile daha kapsamlı ahlaki ve siyasi ilkelerinden bir dizi hukuki ilkeyi ayırmasına izin vermez. Onun hukuk teorisi, genelde, taraftar olduğu hemen hemen tüm bir siyasi ve ahlaki ilkeler dizisini içerecektir; gerçekten anayasal değerlendirmelerle reddedilenler dışında, toplumunda geçerliliğe sahip ve onun da kişisel olarak kabul ettiği, yasalar topluluğunu haklılaştırmak için gereken ayrıntılı haklılaştırma şemasında bir yer ve ağırlık bulamayacak, sosyal ve siyasi ahlakın tek bir ilkesini düşünmek zordur. Böylece, pozitivist, nihai hukuk testi rolünü oynayacak kurumsal konulma testini [sadece bir kurumun koyduğu kuralın hukuk olarak kabul edilmesini], yalnızca tüm senaryosunu terk etme pahasına kabul edecektir.

Eğer durum böyleyse, hukuk teorisi açısından sonuçları çok önemlidir. Hukuk bilimi [felsefesi], “Hukuk nedir?” sorusunu ortaya atar. Çoğu hukuk felsefecisi bu soruyu, hukuki haklara ve görevlere ilişkin argümanları uygun biçimde tasvir edecek *standartlar* saptayarak yanıtlamayı denedi. Ancak, diğer norm türlerini dışarıda bırakan böyle bir standartlar listesi yapılamıyorsa, o zaman hukuki hakları ve görevleri diğer hak ve görev türlerinden ayırmanın başka bir yolu bulunmalıdır.

4. HÂKİMLER TAKDİRE SAHİP OLMAK ZORUNDA MIDIR?

Şimdi, bir kez daha, son başlığın girişinde ayırdığım pozitivistimin iki stratejisinden ikincisini tartışmalıyım. Bu, hâkimler ilke sorunlarında anlaşamadıklarında, anlaşmazlıklarının hukukun neyi gerektirdiği değil, takdirlerinin nasıl kullanılması gerektiği konusunda olduğu argümanıdır. Yani,

onlar, karar verme görevlerinin nerede olduğu konusunda değil, her şey düşünüldüğünde, bir yönde saptanmış karar verme görevleri olmadığından, nasıl karar vermeleri gerektiği konusunda anlaşılamazlar.

Özgün makalemde açıklamaya çalıştığım gibi, bu argüman aslında takdir kavramındaki bir tür belirsizliğe dayanıyor. Görevle ilgili tartışmalarda bu kavramı üç değişik biçimde kullanırız. İlkinde, eğer bir kişinin görevi, yanına devriye için en deneyimli beş adamı alması söylendiğinde bir çavuşun takdire sahip olmasındaki gibi, makul insanların farklı biçimlerde yorumlayabileceği standartlarla tanımlanmışsa, takdire sahip olduğunu söyleyebiliriz. İkincisi, eğer verdiği karar, oyuncunun ofsayda düşüp düşmediği kararının yardımcı hakeme bırakılması gibi nihai ise, daha yüksek hiçbir makam tarafından gözden geçirilemiyor ya da iptal edilemiyorsa, kişinin takdire sahip olduğunu söyleyebiliriz. Üçüncü olarak da, kiracının takdirindeki sözleşmeyi yenileme seçeneğini sunan bir maddenin sözleşmede olmasındaki gibi, kişiye görevler yükleyen bir dizi standardın, belirli bir karar için aslında herhangi bir görev yükleme anlamını taşımadığı durumda kişinin taktire sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Eğer hiçbir sosyal kural açıkça belirli bir hukuki kararı gerektirmiyorsa ve iş, karar gerçekte neyi gerekiyorsa ona göre paylaştırmaktan ibaretse, hâkimlerin yukarıdakilerden ilki anlamında takdire sahip olacakları, çünkü mevcut bir kuralı uygulamanın ötesinde inisiyatiflerini ve yargılarını kullanacakları ortadadır. Eğer bunlar en yüksek temyiz mahkemesinin hâkimleriyseler, ikinci anlamda takdir yetkisine sahip olacakları da açıktır. Ancak görev ve sorumlulukların yalnızca sosyal kurallar vasıtasıyla üretilebileceğini öngören, sosyal kural teorisinin en güçlü biçimi kabul edilmedikçe, bu hâkimlerin üçüncü anlamda da takdir yetkisinin olduğu sonucu çıkarılamaz. Bir hâkim hem birinci hem de ikinci anlamda takdire sahip olabilir ve buna rağmen kararının, geçerli olduğuna inandığı çeşitli nedenler ona neyi gerektiriyorsa onun yansıtarak karar vermesi gerektiği sorunundan, yani bir hâkim olarak görevinin neyi gerektirdiği sorunundan, doğduğunu doğru olarak kabul edebilir. Eğer böyleyse, o zaman bu hâkimin üçüncü anlamda, bir pozitivistin adli görevin tüketici olarak bir sosyal kural ya da sosyal kurallar dizisi tarafından tanımlandığını göstermesi gerektiğinde yerleştirmeye gereksindiği anlamda, takdiri yoktur.

Raz benim argümanımla ikna olmadı.¹⁹ Takdirin bu üç anlamı arasında yaptığım ayrımı tekrar ediyor, ancak bu ayrımı tekrar ederek ihmal ediyor.

19) Raz 843 vd. Bkz. MacCallum, *alıntılanan yerde*.

Açıkça, benim izleyenleri savunmak istediğimi düşünüyor. (i) Hepsi belirli bir ilkeler dizisinin kesin olduğunda anlaştıkları zaman hâkimlerin bir karara ilişkin takdirleri yoktur. (ii) Davaya çözüm getirecek hiçbir hukuk kuralı olmadığına bile bazen durum budur. (iii) Sonuç olarak, durum kesinlikle, davaya çözüm getirecek hiçbir kural olmadığına hâkimler takdire sahiptirler biçiminde değildir.

Bu hatalı bir argümandır ve, ne talih ki, benimki değildir. Hâkimler bazen bir ilkeler dizisi üzerinde birleşirler. Ancak ilkeler üzerinde bölün-çlüklerinde bile, bazen sorunu adli sorumluk içinde, yani, hâkimler olarak yapmaları gereken ne görevleri olduğu sorusundan doğan bir sorun olarak ele alırlar. Böyle bir durumda, ayrımını yaptığım birinci anlamda takdirleri vardır, ancak bu konu dışıdır. Buna rağmen, hâkimler, kapsayıcı anlamda, yani üçüncü anlamda takdire sahip olduklarına inanmazlar.

Raz, yaptığım ayrımları neden ihmal etmeli? O herhangi bir hukuk sisteminin özelliklerinin bu sonucu içerdiğini varsayıyor: Eğer hâkimlerin, ulaşmaları gereken sonucu doğrudan ya da dolaylı bildirecek hiçbir sosyal kural olmadığı için birinci anlamda takdirleri varsa, o zaman kararlarının bir adli görev sorunu olmaması için üçüncü anlamda da takdirleri olmalıdır. Hâkimler bunda yanılabilir: Onlar görev lisanını uygunsuz biçimde kullanabilirler. Ancak, Raz'ın söylediği gibi, hataları yalnızca yaygın oldukları için sürdürmemeliyiz. Halen, onların hatalı olduklarını göstermek gereklidir ve Raz bunu yapmıyor. O hangi argümanları ileri sürebilir?

Raz'ın eğilimi, hukuk felsefecileri arasında olağanüstü biçimde yaygın olan, birinci anlamdaki takdiri üçüncü anlamdakine çevirmektir.²⁰ Bunun kaynağını teşhise uğraşmalıyız. Bir hâkim zor bir kararla karşı karşıya geldiğinde, araştırmasına başlamadan önce, ilke olarak şu üç olasılığın bulunduğunu varsaymalıdır. Hesaba katması gereken standartlar dizisi, birlikte değerlendirildiğinde, davacı lehine karar vermesini gerektirebilir, davalı lehine karar vermesini gerektirebilir ya da ikisini de gerektirmez ama ikisinden birine izin vermesini gerektirir. O aynı zamanda, aslında elinde olan bu üç olasılığın da bir ölçüde kuşkulu olabileceğini fark etmeli, bu durumda ona en sağlam gibi görünen dava tabanına göre karar vermelidir. Bu belirsizlik tam da üçüncüde olduğu kadar diğer ikisinde de olabilir; hukuk ona her bir karar için üçüncü anlamda bir takdir tanımış olabilir, ancak tanıyıp tanımadığı, birlikte değerlendirildiğinde hukuki

20) Bu eğilim, 6. notta gönderme yapılan tüm makalelerde gösterilmektedir.

materyalin nereye vardığı sorundur, ve kişi materyalin *bu* sonucu haklaştıırıp haklaştıırmadığına ilişkin olarak diğeri ikisinde olduğı kadar kuşku olabilir.

Raz, açıkça, birinci ya da ikinci olasılığın gerçekleştirildiğı kuşku ise, o zaman üçüncü olasılığın gerçekleştirildiğini düşünmektedir. Yani o, hâkimin davacı ya da davalı lehine karar vermekte kuşku duyması durumunu, her iki biçimde de karar vermeye ilişkin takdire sahip olduğı konusunda emin olması gerektiğı sonucunun izlediğini düşünüyor. Bu olağandışı çıkarımı destekleyecek yalnızca iki argüman düşünebiliyorum.

İlki, daha önce tanımladığım, görevlerin ilkede tartışmalı olamayacağına ilişkin ahlak felsefesi varsayımına dayanıyor. Raz, hâkimlerin ilkelere ve özellikle bunların ağırlıklarıyla ilgili uyumsuzluğa düşebilecekleri gerçeğinden yola çıkarak, hâkimlerin benim reddettiğim anlamda takdirleri olması gerektiğı sonucunu ileri sürdüğü için, bu varsayımı ortaya koyuyor. Eğer bunun gibi bir varsayım kabul edilmezse, bu hatalı bir çıkarım olur, ancak söylediğim gibi sosyal kural teorisinin güçlü versiyonunu bir kez reddettiğimizde, böyle olduğunu varsaymak için herhangi bir nedemiz yoktur.

İkinci argüman farklı bir varsayım üzerine kurulur; buna göre her hukuk sistemi zor davalarda hâkimlerin takdire sahip olduğunu onaylayan bir karar verme kuralı içerir. Bazı hukuk sistemleri böyle bir kuralı kullanabilir. Ancak, İngiliz ve Amerikan sistemleri bunu yapmaz. Onlar böyle açık bir kuralı içermez; Raz'ın kabul ettiğı gibi, adli davranış tarzı da böyle bir kuralın zımnen tanındığını göstermez.

Aksine, bizim için hâkimlerin bir sorunda ya da diğesinde üçüncü anlamda takdire sahip olduğı önermesi, kolaycılıkla varsayılarak değil, argüman dengesine onaylamayla yerleştirilmesi gereken bir önermedir. Bazen hâkimler, örneğin ceza yasalarında azami ve asgari cezalar öngörüldüğünde, cezaya hükmederken ya da genel hakkaniyet yargılamasında [*equity jurisdiction*] adil bir muafiyet tasarlarken, bu sonuca varabilirler. Böyle davalarda hâkimler hiç kimsenin belli bir karar için hakkı olmadığına inanırlar; görevlerini, her şey düşünüldüğünde, genelde en iyi kararı seçmek olarak tanımlarlar ve burada ne yapmak zorunda olduklarından değil, ne yapmaları gerektiğinden söz ederler. Bununla beraber, zor davaların çoğunda hâkimler anlattığımdan farklı tavır alırlar. Onlar anlaşmazlıklarını, kurumsal destek kuramını gösterdiğim son başlıkta tanımladığım argümanlara benzer argümanlar temelinde, hangi standartları dikka-

te almaktan yasaklandıklarına ya da dikkate almak zorunda olduklarına, ya da ne gibi oransal ağırlıkları bunlara yükleme yükümlülüğünde olduklarına ilişkin bir anlaşmazlık olarak düzenlemek zorundadırlar. Bu tür davalarda bazı hâkimler belirttiğim ilk olasılığın, bazıları ikincinin lehindedirler, diğerleri de kararsız kalır, ama hepsi üçüncü olasılığı dışlarlar. Hatta, yargı gerektiren takdiri, görevi dışlayan takdire dönüştüren bir sosyal kuralın kökenleri bile açıkça yoktur.

5. KURALLAR GERÇEKTEN İLKELERDEN FARKLI MIDIR?

2. Bölüm’de kuralları ilkelerden, iki standart türünün argümandaki farklı gücünü saptayarak ayırmıştım. Amacım iki yönlüydü; ilki hukukçuların nasıl akıl yürüttüklerini anlamada önemli olduğunu düşündüğüm ayrıma dikkat çekmek, ikincisi hâkim ve avukatların başvurdukları bazı standartların pozitivizm için özel sorunlar yarattığı çünkü bu standartların Hart’ın tanıma kuralı gibi temel bir hukuk testi ile saptanamayacağı gerçeğine dikkat çekmek. Bu iki amaç ayırdır, hatta kurallarla ilkeler arasındaki ileri sürdüğüm belirli mantıksal ayrımın sahte olduğu gösterilse bile, belirttiğime benzer standartlar, nasıl tanımlanırsa tanımlansın ve kurallar olarak sınıflandırılsın ya da sınıflandırılmasın, halen böyle bir testle saptanamazlar. Eğer kurallarla ilkeler arasındaki ayrımı kanıtlayamazsam, bundan hiçbir biçimde hukuki pozitivizme karşı ileri sürdüğüm argümanın dayanaksız kaldığı sonucu çıkmaz.

Buna rağmen, kurallarla ilkeler arasındaki yaptığım ayrımın gerçek ve önemli olduğunu düşünüyorum ve bunu savunmayı sürdüreceğim. Hukuki standart tipleri arasında başka tür ayrımlar yapmanın yanlış, hatta benim yaptığımdan farklı olarak bu ayrımları yapmak için ‘kural’ ve ‘ilke’ terimlerini kullanmanın da yanlış ya da kafa karıştırıcı olduğunu söylemiyorum.

Raz’ın belli başlı itirazı bu biçimde ortaya konulabilir.²¹ Belirtiğime benzer ilkelerin çatıştığı ve birbirlerini etkilediğini, böylece belli bir hukuki soruna uygun her ilkenin lehine ileri sürmek için bir gerekçe sağladığını ama belli bir çözümü şart koşmadığını iddia ettim. Dolayısıyla, bir soruna ilişkin karar vermek zorunda olan kişinin dayanacağı yarışan ve çatışan

21) Raz 829 ve devamında geliştirilmiştir.

ilkelerin tümünü değerlendirmesi ve diğerleri arasından birini 'geçerli' diye nitelemek yerine bu ilkelerin bir çözümüne varması gerekir. Raz, yalnızca ilkelerin değil kuralların da gerçekten bu biçimde çatışabileceğini ve bu gerçeğin benim yaptığım ayrımı dayanaksız bırakacağını ileri sürmek istiyor. Bunun için ahlaki ve hukuki argümanlardan örnekler sunuyor. Her örnek dizisini sırayla değerlendireceğim.

Raz'ın aklında, bir kişinin davranışına rehber olarak ahlak kurallarını, hem kişinin asla yalan söylememesi kuralını ve hem de kişinin daima sözlerini tutması gerekir kuralını, kabul edebileceği vardır. Belirli durumlarda bu iki kuralın çatışabileceğini ve onların her ikisini kabul eden kişinin, o koşullar altında daha ağırlıklı olan ya da daha önemli olan tabanda ya da başka bir tabanda seçim yapmasını gerektireceği gösterir. O, ahlak kurallarının ilkeler için tanımladığım mantığı izlediklerini, yani herhangi bir ahlaki soruna zorunlulukla kesin olmamalarına rağmen, bir yön gösterdikleri sonucuna varır.

Ancak, ilk olarak bu argümanın varsaydığı biçimde kişinin ahlak kurallarını davranışına rehber kabul etmesi mümkün olmakla birlikte, durum ahlaki ciddiye alan çoğu kişinin bu tür bir şey yapmasından oldukça uzaktır. Çoğu kişi için ahlaki argüman ya da karar, sonuçta sosyal ya da bireysel kararlar peşinen konulan kurallara başvurmaktan çok, belirli bir davranış tarzının ahlakiliğini destekleyen ya da reddeden nedenler bulma sorunudur. Ahlaklı bir insanın yalan söylemek ile sözünü tutmamak arasında seçim yapmak zorunda kaldığı zaman zorluk çekebileceği doğrudur, ama bundan o kişinin soruna ilişkin çatışacak kurallar kabul ettiği sonucu çıkmaz. O yalnızca, yalan söylemenin ve sözünü tutmamanın ilkece yanlış olduğunu kavramış olabilir.

Elbette, onun çıkmazını, kendi sorunu bu biçimde ortaya koymasa bile, iki ahlaki standart arasında seçim yapmaya zorlandı diyerek tanımlayabiliriz. Ancak, bu durumda, eğer yaptığım ayrımı kullanırsak, bu onun içinde bulunduğu durumu daha kesin biçimde tanımlayabileceğinden, onun yarışan kurallar değil, ilkeler arasında seçim yapmaya zorlandığını söylemeliyiz. O hiçbir ahlaki değerlendirmenin kendiliğinden ezici ve baskın bir etkisi olmadığını ve bir eyleme karşı sayılan herhangi bir nedenin, bazı koşullar altında yarışan bir değerlendirmeye teslim olmak zorunda kalabileceğini fark eder. Ahlaki uygulamalarını bir standartlar metni biçiminde kaydetmek isteyen herhangi bir felsefeci ya da sosyolog, bundan dolayı kendisi için ahlakın bir kural değil ilke sorunu olduğunu söylemelidir.

Ancak, bir kişinin Raz'ın varsaydığı biçimde bir ahlak kuralını davranışına rehber olarak kabul etmesi mümkündür. Örneğin, kişisel bir taahhüt olarak asla yalan söylememeyi üstlendiğini belirtebilir. Eğer yalın bir ahlak kuralını bu biçimde kabul edebilirse, diğerlerini de kabul edebilir ve bunlar örneğin varsaydığı biçimde çatışabilirler. Benim ayrımımları kullanarak, bu adamın yalnızca ilke olarak çatışan bir ilkeler dizisini kabul ettiğini söylemek yanlış olabilecektir, çünkü bu onun ettiğine inandığı pek çok taahhüde karşı tutumunu yanlış tanımlar. O farklı standartlarını kurallar olarak, yani saptadıkları koşullarda belli bir davranış tarzını talep eden önermeler olarak taahhüt ettiğine inanır.

Ama özgün makalemde kurallar arasında çatışma olabileceğini inkâr etmedim. Hukuk sistemimizde bu gibi çatışmaların acil durumlarda, bir standartlar dizisini önemli ölçüde değiştirecek bir karar gerektiren durumlarda olabileceğini söyledim. Elbette bu tanımlama şimdiki hukuk dışı örneğimize de uygundur. Ahlak kahramanımız, eğer kullanageldiği kavramları bir biçimde anlarsa, çelişkisini çözdükten sonra bu standartların her ikisini de yalın kurallar olarak izlediğini söyleyemez. Eğer halen ahlakını tutarlı bir kod olarak sunmayı arzu ederse, çatışmayı karşılamak için onlardan bir ya da ikisini değiştirebilir, ya da onları kurallardan ilkelere çevirmek için bir ya da ikisine karşı tavrını gözden geçirebilir. O ikisini de yapmayabilir, ama daha çok bir çatışma ortaya çıktığında kendisinin ahlaki bir çıkmazda bulunup hiçbir şey yapamadığını, ya da yazı tura atmak, ya da hukuk sisteminin izin vermediği diğer bir akıldışı yolla karar vermek durumunda olduğunu duyurur. Her durumda, kurallarla ilkeler arasında yaptığım ayrımın, bu tuhaf şahsın davranışıyla sorgulanmaktan uzak olarak, gerçekte açıklanmaya gereksinimi vardır.

Raz, diğer örneklerini hukuktan alır. Dikkatimizi, örneğin müessir fiili yasaklayan kural gibi, ceza hukukundaki kurallara çeker; bu kuralın meşru müdafaa da, müessir fiile [kişiye fizik zarar veren bir eyleme] izin veren kuralla çatıştığını söyler. Burada birbiriyle çatışan ve ikisi de açıkça geçerli olan iki hukuk kuralının olduğu sonucuna varır. O, birinin kendini korumak için müessir fiile teşebbüs ettiğindeki gibi, belirli durumlarda bu iki kural çatıştığı zaman, hâkim için kuralları tartmanın ve daha önemli olanı, ki daima kendini korumak için müessir fiile izin veren olacaktır, uygulamaya karar vermenin zorunlu olduğuna inanır. O, iki kuralın kabul edilebilir biçimde çatışabileceğine ve benim aciliyet olmadan kuralların bu biçimde çatışamayacağı ifademe karşı bunu örnek olarak verir.

Ancak bu örnek, kesin olarak bir çatışmanın ne olduğu şekilsiz kavramına dayanır. Eğer ceza kanununda bir kimsenin kendini savunmak için giriştiği bir hareketten [meşru müdafaadan] dolayı cezai sorumluluğunun doğmayacağı yolunda genel bir hüküm yer almaktaysa, bu hüküm belli suçları düzenleyen belirli hükümlerle, bu özel hükümlerde meşru müdafaaya ilişkin bir ibare bulunmasa bile, çelişmez. Meşru müdafa hakkındaki genel hüküm, ceza hukukundaki özel hükümlere rağmen, meşru müdafa için yapılan hiçbir hareket suç teşkil etmez, biçiminde anlaşılmalıdır. Gerçekten hukuka uygunluk sebeplerine [*general defenses*] ilişkin kurallar çoğunlukla bu şekilde kaleme alınırlar, ancak bu şekilde alınmasalar bile, böyle anlaşılırlar. Ancak, bir kural diğer bir kurala istisna getiriyorsa, bu diğer kuralla, en azından, eğer müessir fiille suçlanan bir kişi meşru müdafa durumunda olduğunu kanıtlarsa, bu durum hâkimin kararına varmak için bir biçimde bunları karşılıklı tartmak zorunda olduğu aksi yönle çekken iki kuralla karşı karşıya kaldığı anlamda, çatışmaz. Hâkimin ikisi arasında bir tercih yapmasını ya da onların görece önemlerini belirlemesini gerektirmeyen bir tarzda, iki kural sonucu belirlemek için birlikte dikkate alınır.

Raz, bir kuralın diğerine açıkça istisna getirdiği durumlarda bile, niçin iki kuralın çeliştiğini varsaymalıdır? Kanımca bu sorunun cevabı, onun yasaların bireyselleştirilmesine [*individuation of laws*] ilişkin söylediklerinde yatar.²² O, müessir fiili yasaklayan kuralın, meşru müdafa halinde müessir fiile izin veren kural ile çeliştiği yolundaki görüşüne, bu iki kuralın aslında aynı kuralın parçaları olduğu biçiminde cevap vermek isteyeceğini varsayar. Bunu ancak yasaların bireyselleştirilmesi hakkındaki kabul edilemez teoriyi kabul etme pahasına yapabileceğini belirtir ve, böyle bir yanlış yapacağımı umarak, benim, yasaların bireyselleştirilmesi hakkındaki genel soruna yeteri kadar dikkat göstermediğimi söyler. Benim bu sorun üzerinde hiç düşünmediğimi söylemek daha kesin olacağından, o burada fazla cömerttir. Aslında ben, bir kuralın ve onun istisnasının gerçekten tek kural sayılması argümanına dayanmadığım gibi, bunların gerçekte iki kural olması gerektiğini iddia etmeye de hevesli değilim.

Raz, yasaların bireyselleştirilmesi kuramı konusunda iki farklı görüş sergilemektedir. Kimi zaman bireyselleştirilme kuramını bir açıklama stratejisi olarak görmekte, yani bir ülkenin hukuk sisteminin içinde en aydınlatıcı biçimde tanımlanabileceği kuram olarak ele almaktadır. Örneğin,

bir ceza hukuku ders kitabı yazarının, bir açıklama stratejisine gereksinim duyacağı açıktır. O, *mens rea* doktrinini,* zorunluluk doktrininden ayırmaya ve bu genel doktrinlerin her ikisini de, ehliyetler ve muafiyetler biçiminde kestirmeden giden daha özel kurallardan ayırmaya gereksinim duyar. Ancak, elbette, bazı açıklama stratejileri hukuku kullanılmaz ya da özümsemez biçimde tanımladıkları için, ters ya da yanıltıcı olabilmelerine rağmen, çok farklı stratejiler az ya da çok eşit biçimde doyurucu olabilir.

Buna karşılık, diğer zamanlarda Raz, yasaların bireyselleştirilmesi sorununun, öğrencilere ya da hukukçulara hukukun ne olduğunu açıklamak için herhangi bir strateji ile değil, hukukun ne olduğuna ilişkin daha felsefi soru ile ilişkili olduğunu düşünür görünmektedir. O, bunun bir ders kitabı yazarı için değil, bir hukuk felsefecisi için önem arz eden, hukukun biçimsel yapısına ilişkin bir sorun olduğunu söyler. Ana sorunu şöyle ortaya koyar: “Ne, eksiksiz bir hukuk olarak sayılmalıdır?” ve Bentham’ın bu soruya ilişkin özenli değerlendirmesini uyarlar. “Bir yasa nedir? Bir yasanın bölümü nedir? Bu soruların gözlemlenecek konusu fiziksel değil, *mantıki*, *ideal*, *entelektüel* bir bütündür...”²³

Bu tür bir soru bizi, hukuki açıklama tekniklerinden çok uzağa taşır: Bizi, Dr. Raz’ın ısrarla üzerinde durduğu gibi, hukuk kuramlarının “Ne, eksiksiz bir hukuk sayılmalıdır?” sorusuna verilecek doğru cevaba göre yükseldiği ya da çöktüğü noktaya taşır.²⁴ Bu, bana çok fazla uzak gibi görünüyor. Jeoloji hakkında uzun bir kitap okuduğunuzu ve sizden içinde neler olduğunu anlatmanızı istediğimi varsayın. Siz bunu bir dizi olgu önermesiyle yapacaksınız. Ancak şimdi, size öncelikle kitapta kaç tane olgu önermesi olduğunu ve onları saymada hangi kuramı kullandığınızı sorduğumu varsayın. Yalnızca size belli bir kumsalda kaç adet kum tanesi olduğunu sormam gibi, akıldışı zor bir soru sorduğum için değil, hami-
leliğinin ilk dönemlerindeki bir kadının da içinde bulunduğu bir grupta

* *Mens Rea* doktrini ceza hukukunda psikolojik unsura ilişkindir. Bir eylemin suç sayılması için ceza yasalarında yer alan suç tanımlarından birine uyması (tipiklik unsuru) ve bunu gerçekleştiren kişinin zihni olarak da, yasaklanan bir eylemi gerçekleştirdiğinin farkında olması (kusurlu olması) gereklidir. Hukukumuzda kast (hem eylemi hem de sonucunu bilme ve isteme) ve taksir (yalnızca eylemi bilme ve isteme) biçiminde yerleşmiş olan temel ayıma karşılık, Amerikan hukukunda suçu oluşturmak için eyleme eşlik etmesi gereken zihni durumlar, kast, bilme, kayıtsızlık ve ağır ihmal olarak sıralanmaktadır. Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Barron’s, New York 1984, s. 289-290. (ç.n.)

23) Raz 825.

24) Raz 825, 827-828.

kaç tane insan olduğunu sormam gibi, zor bir kavramsal ayırım gerektirdiği için de benim deli olduğumu düşünebilirsiniz. Benim deli olduğumu düşünebilirsiniz çünkü eldeki materyal hakkında tamamen yanlış tür bir soru sormuşumdur. Kitap büyük miktarda bilgi [information] içermektedir; önermeler bu bilgiyi sunmanın yollarıdır, ancak kullanılan önermelerin sayısı, bir kişinin genel terim olarak 'kayaları' ya da belli kaya türlerinin adlarını kullanması örneğindeki gibi, bilginin içeriğinden bağımsız değerlendirmelere dayanır.

Aynı biçimde, hukukçular, hukuki bilgiyi [information] bildirmek için kuralları ve ilkeleri kullanırlar ve bunlara ilişkin herhangi bir ifadenin genel geçer [canonical] olduğunu düşünmek yanlıştır. Hatta bu yazılı hukuk kuralları için de geçerlidir, çünkü, eğer hukukçular yalnızca bir yasanın kullandığı dili tekrar ederlerse, o yasanın koyduğu kuralları çoğunlukla yanlış yorumlayacak olmaları olağandır. İki hukukçu, belli bir yasanın anlamını farklı sözcükler kullanarak özetleyebilirler ve biri diğerinden daha fazla sayıda kural kullanabilir; ikisi hâlâ aynı şeyi söylüyor olabilirler.

'Hukukun' bazıları kurallar diğerleri de ilkelerden oluşan sabit sayıda standart içerdiği görüşü benim görüşüm değildi. Aslında ben, 'hukukun' herhangi bir türde sabit standartlar dizisinden oluştuğu düşüncesine karşı çıkmak istiyorum. Benim görüşüm, daha çok, hukuki haklar ve ödevlere [görevlere] ilişkin belli bir soruna karar verirken hukukçuların dikkate alması gereken kesin değerlendirmelerin ilkeler gücünde ve biçiminde önermeler içereceği, ve sonuçlarını haklılaştıracakları zaman hâkimlerin ve avukatların bizzat kendilerinin bu biçimde anlaşılması gereken önermeler kullandıklarıydı. Burada hiçbir şeyin beni belli bir bireyselleştirilme kuramını varsayan hukuki bir ontolojiye bağlamadığına inanıyorum.

Ben kesin olarak, bir hukuk kuralının 'tam' ifadesinin istisnalarını da kapsayacağını ve istisnaları göz ardı eden bir ifadenin 'eksik' olacağını söyledim. Eğer, Raz'ın itirazını fark etmiş olsaydım, konuyu bu şekilde ortaya koymazdım. Bir istisnanın, meşru müdafaaya ilişkin kurala benzer biçimde, ayrı bir kural halinde ifade edilebileceği gibi, özgün kuralın gözden geçirilmiş bildirimi olarak da ifade edilebileceğini, açık biçimde ortaya koyabilirdim. Ancak, böyle yapsaydım, ayırımın büyük ölçüde bir açıklama sorunu olduğunu da açıkça belirtmem gerekecekti. Kurallar ve ilkeler arasındaki fark değinilmeden kalıyor. Ben, bir hukuk grubunu, müessir fiilin suç olması kuralı gibi, bir kuralı ve mevcut istisnaları listesini belirterek özetleyebilirim. Eğer benim özetim eksiksizse, müessir fiili işleyen kişi, uygulanacağını söylediğim istisnalar kapsamına girmiyorsa bir suç işlemiş

olacaktır; buna karşılık eğer bu kişi suçsuz ise ya ben hatalıyım ya da yasa değişmiştir. Bir ilke söz konusu olduğunda, durum bunun tam tersidir. Benim ilke olarak bir kişinin kendi hatasından yarar sağlayamayacağını söylediğimi, ama birinin sağladığını varsayın. Benim ifadem düzeltilmeye ve hatta güncelleştirilmeye gereksinimi yoktur, çünkü yalnızca kabul edilmiş bir istisna uygulandığı zaman değil, onun davasının özgün nitelikleri fark yaratacak yeni kabul edilmiş diğer bir ilke ya da politikaya başvuruyu gerektirdiği zaman da, bu terimlerin anlaşılması gerektiği gibi, bir kişi uygun biçimde kendi yanlışından yarar sağlayabilir.

Raz'ı çatışmalara ilişkin alışılmamış görüşüne götüren, onun yasaların bireyselleştirilmesi hakkındaki ikinci ontolojik tavrıdır. Eğer bir kimse hukuk kurallarının belirli kalıplarda 'bütün' ve 'tam' olduğu düşüncesini ciddiye alırsa, bu kişi yanlış olarak, müessir fiili tanımlayan kuralı belli fiilleri işleyen kimseler cezalandırılır biçiminde yalın bir yönerge diye, böylece de bütün ve tam yasaların birbirinden bağımsız olduklarını düşünmeye yönelebilir. Ancak biz, hukuk kuralının ifadesini yalnızca belirli kurumsal kararların yasal sonuçlarını tanımlamaya yönelik çabalar olarak algılasak, böyle bir çatışma olduğu yolunda yanlış bir düşünceye kapılmayız. O zaman, yalnızca meşru müdafaa durumlarının, suçlar hakkındaki diğer birçok kural gibi, müessir fiil hakkındaki kurala da istisna getirdiğini söyleyeceğiz; böylece bir ya da iki kural tanımlayıp tanımlamadığımız konusunda endişelenmemiz gerekmeyecek.

Raz'ın, benim bu ayırıma karşı getirdiği, ancak tam olarak anlayamadığım diğer bir argümanı vardır. Raz, kuralların ilkelerle çatışabileceği gerçeği tarafından ayırımın çöktürüldüğünü, örneğin aleyhte zilyetlik* [*adverse possession*] kurallarıyla hiç kimsenin kendi hatasından yarar sağlayamayacağı ilkesinin çatıştığının düşünülebileceği, ileri sürmektedir. Ben, örneğin, bu kurallarla söz konusu ilke arasındaki ilişkiyi bir uyumsuzluk ilişkisi olarak açıkça gösterdiğini düşünmüyorum. Bu tür kuralların var olduğu gerçeği, söylediğim gibi, hiç kimsenin kendi hatasından yarar sağlayamayacağı ilkesinin bir kural değil, bir ilke olmasının kanıtıdır. Eğer, aleyhte

* *Adverse Possession* (Aleyhte Zilyetlik): Kişinin, bir arazinin tescilli maliki de dahil üzerinde hak sahibi herkese karşı belli bir dönem kesintisiz olarak yaptığı faaliyetle bu arazinin mülkiyetini kazanma biçimidir. Bir tür zamanlaşımı ile kazanma yöntemi olan aleyhte zilyedin mülkiyeti kazanabilmesi için, zilyetliğini hak iddiasıyla birlikte fiili olarak da koruması gerekir. Bkz. Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Barron's, New York 1984, s. 14. Türk hukukundaysa taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkını koşulları dahilinde olağan (MK 712) ya da olağan üstü (MK 713) kazanırdıcı zamanlaşımı ile kazanma olanağı bulunmaktadır. (ç.n.)

zilyetlik kuralları günün birinde açık bir yasama işlemiyle ya da adli bir yeniden yorumlamayla değiştirilirse, o takdirde, ilkenin kuralların edinildiği zaman olduğundan daha önemli olarak kabul edildiğine ilişkin bir neden olabilir. Bununla birlikte, aleyhte zilyetlikle ilgili kuralların, hatta şimdi ilkeyle *çatışmaktan* çok ilkeyi *yansıttıkları* söylenebilir; çünkü bu kurallar, verilen kararda ilkenin herhangi bir ağırlığı olmasaydı, şu andakinden farklı biçimde olacaktı. Aleyhte zilyetlikle hakkı kazanmak için genelde gereken uzun zaman dilimi, örneğin bunun ilkeyle çatıştığı düşünülmeseydi, oldukça kısaltılabilirdi. Gerçekte, benim kurallar ile ilkeler arasında ayırım yapmamın bir nedeni, tam da kuralların bu biçimde birbiriyle yarışan ilkeler arasında çoğunlukla nasıl bir uzlaşmayı temsil ettiklerini göstermekti, ve eğer biz çok kayıtsızca kurallarla ilkelerin çatıştığından söz edersek, bu nokta kaybolabilir ya da örtülebilir.

Herhangi bir olayda, ben, bu fenomenin nasıl olup da kurallar ve ilkeler arasında çizmek istediğim ayırım hakkında kuşkular doğurduğunu anlayamıyorum. Raz onun, kuralların da ilkeler kadar ağırlığı bulunduğunu ortaya koyduğunu düşünür, çünkü kurallar ve ilkeler arsında bir çatışma söz konusu olduğunda, bunlardan hangisinin tercih edileceğine göre bir karar verilmesi gerektiğini ve bu kararın, kurala bir ağırlık yüklenip ardından ilkenin ağırlığı karşısına konularak verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Ancak, elbette bu tanımlama kurallar ve ilkeler arasındaki etkileşimi yanlış biçimde ortaya koymaktadır. Bir mahkemenin ihmalle yapılan yanlış beyanlardan dolayı hukuki sorumluluğun doğmayacağına ilişkin mevcut bir common law kuralını geçersiz kılmaya karar verdiğini ve bu kararı haklılaştırmak için bir kişinin başkasının hatasından zarar görmesinin haksız olduğu ilkesi de dahil birkaç ilkeye başvurduğunu düşünün. Mahkemenin yerleşik kuralı geçersiz kılarken, biraz önce değinilen adalet ilkesi de dahil başvurduğu bir dizi ilkenin, önceki kuralı desteklemek için başvurulan *stare decisis** ilkesi de dahil bir dizi ilkeden, bu koşullarda grup olarak daha ağırlıklı olduğuna karar verdiğini anlamak gerekir. Mahkeme, kuralı destekleyip desteklemeyeceğine karar verirken iki grup ilkeyi tartmaktadır; böylece mahkemenin kuralın kendisine karşı şu ya da bu ilke grubunu tarttığını söylemek yanıltıcı olacaktır. Elbette, Raz, hukuki ya da ahlaki bir kuralın tartımını betimlerken, gerçekte kuralın hizmet ettiği

* *Stare Decisis* (Emsal Karar İlkesi): Önceki mahkeme kararlarını, ilerideki benzer hukuki sorunların çözümünde zorunlu kaynak kabul eden, mahkemelerin yeni benzer sorunu, önceki kararda benimsenen çözümü esas alarak çözmesini öngören common law'ın temel ilkesi. (ç.n.)

ilkelerin ve politikaların tartışılmasından söz etmektedir, çünkü onun, kuralın ‘amacından’ söz ederken kastettiği bu olmalıdır.

Raz’ın makalesindeki başkaca ayrıntı noktalarına cevap veremeyeceğim ancak bazıları üzerinde kısaca düşüncemi söylemeliyim.

(1) Raz, kurallar ile ilkeler arsında benim yaptığımdan farklı bir ayrımı yapmayı uygun bulmaktadır.²⁵ O, ayrımını kuralların göreceli olarak belirli [*specific*] eylemleri düzenlediği, ilkelerin ise göreceli olarak belirli olmayan eylemleri düzenlediği noktasına dayandırmayı tercih etmektedir.²⁶ Raz, “eğer bir eylem farklı durumlarda, her bir durum içinde çok miktarda ayrı türden [*heterogeneous*] genel eylemlerin gerçekleştirimiyle yapılıyorsa, onun büyük oranda belirli olmayacağını” söyler.²⁷ Ancak, bu tatmin edici değildir, çünkü örnek vermek dışında, Raz, ‘genel eylemlerin’ türel farklılıklarına ilişkin ölçütü belirlemeyi başaramaz ve örnekleri aydınlatıcı olmaktan çok, kafa karıştırıcıdır. O, bir kimsenin sözünü tutması gerekir önermesinin bir kural olduğunu söyler ve bu önermeyi, bir kuralın diğeri ile çelişebileceği yolundaki tezini açıklamak için kullanır. Ancak, en değişik eylem türlerinin her biri farklı koşullarda sözünü tutma eylemleri olabilir, çünkü bir kişi yapabileceği herhangi bir şeyi yapmaya söz de verebilir. Diğer taraftan, Raz, ‘ifade özgürlüğünü’ korumalarını mahkemelere ve tüm kamu görevlilerine emreden bir yasa’nın bir ilke olabileceğini söyler. Ancak, bu ilkenin ışığında yetkililerin yapması gereken eylemler, emirler verme ve kanılarını belirtme eylemleri olacaktır, ve bunlar daha benzer [*homogeneous*] görünüyorlar, ve en azından, kesinlikle onların bireyler olarak sözlerini tutmak için yapmaları gereken eylemlerden daha az benzer değillerdir. Elbette, bütün söz-tutma eylemleri, söz tutma-eylemleri olarak birbirine benzerdir. Ancak, ifade özgürlüğünü koruyucu ve hatta eşitliği sağlayıcı eylemler de aynı biçimde benzerdir. Bir grup eylemin benzer olup olmadığı onların altında değerlendirildikleri tanıma bağlıdır, ve Raz genel geçer [*canonical*] bir tanım kuramı önerene dek, onun ayrımı bizim kullanamayacağımız bir ayrımdır.

(2) Raz, “Bizim hukukumuzun bir ilkesidir ki (...)” diye başlayan bazı ifadelerin, yalnızca diğer standartların özeti olarak anlaşılması gerektiği

25) Raz 838 ve devamı.

26) Raz 838.

27) A.g.e.

konusunda haklıdır.²⁸ Ancak, onun bir mahkemenin sözleşme özgürlüğü ilkesine yaptığı göndermenin, örneğin *Henningsen* davasında tartıştığım biçimde anlaşılması gerektiğini varsayması hatalıdır. Buna karşılık, bu göndermeler belirli hukuki hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesinde bir ilkenin gücünü kabul ederler, ve bu gücü değerlendirmeye ve kimi zaman da sınırlamaya çalışırlar.

(3) Raz, kurallarda ‘makul’ gibi sözcüklerin kullanımı hakkında belirttiğim noktayı yanlış anlar.²⁹ Ben, belirli ilkelerde somutlaşan genel düşüncelerin karşısında, bu gibisözcüklerin ‘hukuka bağımsızlık kazandırma’ işlevi olduğunu kastetmedim.³⁰ Ben daha çok, kuralları belli ilkelerin, ama yalnızca belli ilkelerin etkilerine açmanın, onların işlevi olduğunu kastetmiştim. Makul olmayan ticaret sınırlamalarının geçersiz olduğuna ilişkin kural, eğer makul olmayan her sınırlama geçersiz ise, hatta eğer onun dayatılmasına ilişkin bulunabilen başka nedenler onun makul olmayışını hafifletmiyorsa, bir kural olarak kalır. Raz’ın böyle bir kuralla ayakta duran bir ilke olarak gönderme yaptığı, mahkemelerin genellikle gayri adil sözleşmeleri dayatmayı reddedecekleri ilkesi, kendi terimleriyle bu anlamda farklıdır. Bu ilke, gayri adil sözleşmelerin* olağanüstü koşullar gerektiriyorsa, örneğin belki de iyi niyetli üçüncü kişileri korumanın başka yolu yoksa, dayatılabileceği anlamını taşır. Eğer kanun koyucu, gayri adil sözleşmelerin geçersiz ve dayatılamaz olduğu kuralını koymuşsa tersi de mümkün olabilecektir.

(4) Raz, ancak çok az sayıdaki geniş toplumun tutarlı ortak ahlaki inanç kodlarını paylaştığını sanmakta haklıdır, ancak o, toplumun ahlakına dayandıkları için zararlı bir faraziyeyi yaymakla suçladığı hâkimleri yanlış anlamaktadır.³¹ Toplumun ahlak standartlarına ilişkin iki kavramı birbirinden ayırmakta başarısızlığa uğrar. Bu deyim, bir Gallup anketiyle ortaya çıkabileceği gibi, toplumun belirli bir sorun hakkındaki inanç kon-

28) Raz. 828-9.

29) Raz 837-8.

30) Raz 837’ye bakınız.

* Hukukumuzda gabin, sözleşmelerde iki tarafın yüklendikleri edimler arasında, metindeki gibi, açık oransızlık bulunduğu kullanılan terimdir. Örneğin, 5.000 liralık (YTL) bir kolyenin 500 liraya (YTL) satılması için bir sözleşme yapılmışsa, durumu fark edip satmaktan vazgeçen kolye sahibi mahkemede bunu ileri sürüp sözleşmeyi ifa yükümünden kurtarılmasını isteyebilir. (ç.n.)

31) Raz 850-1.

sensüsüne [fikir birliği-oydaşım] ya da bu bölümün başında tartışılan türden doğru bir hukuk kuramında önemli rol oynayan o ilkeler anlamında, toplumun kurumları ve yasalarında içkin olan ahlaki ilkelere gönderme yapabilir. Bir ilkenin bu anlamda toplumun ilkesi olup olmadığı konusu, tipik olarak ilkenin varlığı değil de ağırlığı sorun olmasına rağmen, bir bildirim sorunu değil bir kanıtlama sorunu olacaktır. Raz'ın eleştirdiği hâkimler, bunu bazen birinciye uygun bir dille yapmakla birlikte, kavramı bu ikinci anlamda kullanırlar. Raz, onların bu karmaşık ayrımın farkına varmadaki başarısızlıklarını ikiye bölünmüşlük olarak nitelendirirken yanılmaktadır. Bu durumun, sosyal kural kuramına olan güvenini yansıtan bu ayrımı fark etmedeki kendi başarısızlığı olduğunu varsaymak çok mu zorlama olur? Eğer bu kuramın güçlü versiyonu doğru ise, bir kişi toplumun, genelde daha az önem taşıyan yeknesak sosyal uygulamalarında saptanan ahlakının dışında, onun geleneklerine ve kurumlarına dayanarak herhangi bir görevin ahlaki olduğunu ileri süremez. Bence, hukuk bilimi için sosyal kural teorisinin en önemli sonucu bu olduğu gibi, bu teorisinin yanlış olduğu üzerinde ısrar etmek için en geçerli neden de budur.

1. GİRİŞ

Hukuki pozitivizm bir zor davalar kuramı sunar. Belirli bir dava, önceden bir kurum tarafından konulmuş açık bir hukuk kuralına tabi kılınamazsa, o zaman bu kurama göre, hâkim davaya her iki şekilde karar verebilmede 'takdire' sahiptir. O, kararını bir tarafın ya da diğer tarafın davayı kazanmada önceden bir hakka sahip olduğunu varsayan bir dilde yazar, ancak bu düşünce yalnızca bir kurgudur. Gerçekte yeni hukuki haklar yaratmış [yasama faaliyeti yapmış] ve ardından onları geriye dönük olarak [geçmişe etkili olarak] eldeki davaya uygulamıştır. Son iki bölümde bu hükme varma [*adjudication*] kuramının tamamen yetersiz olduğunu ileri sürdüm; bu bölümde daha iyi bir kuramı ortaya koyacağım ve savunacağım.

Hiçbir mevcut kural davayı düzenlemediğinde bile bir tarafın yine de kazanmak için hakkı olduğunu ileri süreceğim. Zor davalarda dahi geriye dönük olarak haklar uydurmak değil, tarafların haklarının ne olduğunu bulmak hâkimlerin görevi olmaya devam eder. Bununla beraber, zor davalarda tarafların haklarının ne olduğunu gösteren mekanik bir prosedürün var olduğunu, bu kuramın bir parçası olmadığını hemen söylemeliyim. Aksine, argüman, makul avukatların ve hâkimlerin çoğunlukla, tıpkı va-

tandaşlar ve devlet adamlarının siyasi haklar hakkında anlaşılamaması gibi, hukuki haklar hakkında anlaşılamayacaklarını varsayar. Bu bölüm hâkimler ve avukatların kendilerine sormaları gereken soruları ortaya koyar ancak hepsinin bu sorulara aynı cevapları vereceğini garanti etmez.

Bazı okurlar, eğer ilkede bile zor davalarda tarafların hangi haklara sahip olduğunu göstermek için hiçbir prosedür yoksa, bundan hiçbir haklarının olmadığından çıkacağı itirazını ileri sürebilirler. Bu itiraz genel felsefenin, hiçbir önermenin, en azından ilkede doğru olduğu gösterilmeden doğru olamayacağı tartışmalı tezini [mantiken] varsayar. Bu tezi genel bir doğruluk kuramının parçası olarak kabul etmek için hiçbir neden yoktur ve hukuki haklara ilişkin önermelere özel uygulanmasını reddetmek için iyi bir neden vardır.¹

2. HAKLAR TEZİ

A. İlkeler ve politikalar

Hükme varma [*adjudication*] kuramları oldukça karmaşıklaştı, ancak en popüler kuramlar yargılamayı [*judging*] hâlâ yasamanın gölgesine koyuyor. Bu öykünün ana hatları tanıdıktır. Hâkimler diğer kurumların yaptığı hukuku uygulamalıdır ve yeni hukuk yapmamalıdır. İdeal olan budur ama farklı nedenlerden dolayı uygulamada tamamen gerçekleştirilemeyebilir. Yasalar ve common law kuralları sıklıkla bulanıktır ve yeni davalara uygulanmadan önce yorumlanmaları gerekir. Ayrıca, bazı davalar öyle yeni sorunlar ortaya çıkarırlar ki, bunlara var olan kuralları genişleterek ya da yeniden yorumlayarak bile karar verilemez. Böylece, hâkimler bazen, kapalı biçimde ya da açıkça, yeni kural yapmalıdırlar. Ancak bunu yaptıklarında, yasaı, yasa koyucunun sorunla karşılaştığında yasalaştıracağını varsaydıkları biçimde yaparak, hakiki yasa koyucunun vekili gibi hareket etmelidirler.

Bu oldukça tanıdık ama sıradan öyküde, her zaman fark edilmeyen ileri bir itaat seviyesi saklıdır. Hâkimler yasa yaptıkları zaman, yalnızca yasamaya yardımcı olarak değil, vekil yasa koyucu olarak hareket edecekleri beklentisi de oluşur. Onlar, daha üstün bir kurumun kendi başına hareket ettiğindeki gibi, aynı özellikteki kanıt ve argümanlara karşılık

1) Bkz. 13. Bölüm.

olarak yasa yapacaklar. Bu daha derin bir itaat seviyesidir çünkü hâkimlerin zor davalarda ne yaptığına ilişkin herhangi bir yaklaşımı, yasa koyucuların sürekli ne yaptığına ilişkin daha önceki bir yaklaşım üzerinde asalak durumuna getirir. Bu daha derin itaat, bu nedenle siyasi olduğu kadar kavramsaldır.

Bununla beraber, aslında hâkimler ne vekil yasa koyucular olmalıdırlar ne de öyledirler, ve başka biri tarafından çoktan verilmiş siyasi kararların ötesine geçtiklerinde yasa koyuculuk yaptıkları tanındık varsayımı yanlış yönlendiricidir. O, siyaset teorisinde şimdi kaba bir biçimde ortaya koyacağım temel bir ayrımın önemini gözden geçirir. Bu bir yandaki ilke argümanları ile diğer yandaki politika argümanları arasındaki ayrımdır.²

Politika argümanları siyasi bir kararı, kararın bütün olarak toplumun kolektif bir amacını ilerlettiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırırlar. Uçak üreticilerine sübvansiyon verilmesi lehine, sübvansiyonun ulusal savunmayı koruyacağı argümanı, bir politika argümanıdır. İlke argümanları siyasi bir kararı, kararın bireysel bir hakka ya da bir grup hakkına saygı gösterdiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırırlar. Ayrımcılığın önlenmesi yasaları lehine, bir azınlığın eşit saygı ve ilgiye hakkı olduğu argümanı, bir ilke argümanıdır. Bu iki argüman türü siyasi argümanı tüketmez. Örneğin, bazen, körlerin vergi muafiyeti için fazladan gelir vergisine izin verme kararı gibi siyasi bir karar, politika ya da ilke gerekçelerindense kamu cömertliği ya da erdemi olarak savunulabilir. Ancak ilke ve politika, siyasi haklılaştırma için ana zeminlerdir.

Karmaşık bir yasama programının haklılaştırması normal olarak her iki tür argümanı da gerektirecek. Önemli endüstriler için sübvansiyon programı gibi en başta bir politika sorunu olan bir program bile, belli tasarısını haklılaştırmak için ilke bağları gerektirebilir. Örneğin program, endüstri onlar olmadan daha verimli olacaksa bile, daha zayıf uçak üreticilerinin yönetimin müdahalesiyle işten uzaklaştırılmamaya hakkı olduğu varsayımıyla, farklı yetenekteki üreticiler için eşit para yardımı sağlıyor olabilir. Diğer taraftan, ırk ayrımını önleyen bir program gibi en başta ilkeye dayanan bir program, hakların mutlak olmadığı ve politika lehine sonuçlar çok ciddi olduğunda dayanamadıkları hissini uyandırabilir. Örneğin, program adil istihdam uygulaması kurallarının özellikle yıkıcı ya da

2) İlkeler ve politikalar arasındaki ayrımı 2. Bölüm'de tartıştım. Bu bölümdeki daha incelikli formüleleştirme bir gelişmedir: Diğer faydalarının yanı sıra, ayrımın önceki bölümde tanımlanan (sahte) varsayımlar altında yıkılmasını önler.

tehlikeli oldukları ortaya çıktığında uygulanmadıklarını gösterebilir. Para yardımı durumunda bahşedilen hakların politika tarafından üretildiğini ve ilke tarafından sınırlandırıldığını [*qualified*], ayrımcılığın önlenmesi durumunda ise ilke tarafından üretildiğini ve politika tarafından sınırlandırıldığını söyleyebiliriz.

Yasa koyucunun politika argümanlarını izlemesi ve bu tür argümanlarla oluşturulan programları benimsemesi oldukça yeterlidir. Eğer mahkemeler vekil yasa koyucularsa, o zaman aynısını yapmak onlar için yeterli olmalıdır. Yalnızca, açıkça geçerli bir yasanın net terimlerini uygulayan sıradan adli kararlar, yasanın kendisi politikayla oluşturulmuş olsa bile, elbette her zaman ilke argümanlarıyla haklılaştırılırlar. Bir uçak üreticisinin yasanın sağladığı sübvansiyonu tahsil etmek için dava açtığını varsayın. Sübvansiyon hakkını savunuyor; argümanı bir ilke argümanıdır. Ona sübvansiyon verilmesiyle ulusal savunmanın gelişeceğini ileri sürmüyor; hatta kabul edildiğinde yasanın politik gerekçelerinin yanlış olduğunu ya da politika gerekçelerle çoktan ilga edilmiş olması gerektiğini bile itiraf edebilir. Yasa bunu bir ilke sorunu yaptığından, sübvansiyon hakkı artık herhangi bir politika argümanına dayanmaz.

Ancak, eldeki dava zor bir davaysa, hiçbir belirli kural herhangi bir yönde bir karar emretmiyorsa, o zaman uygun bir karar ya politika ya da ilkeyle oluşturulabilir gibi görünebilir. Örneğin, yakın zamandaki *Spartan Steel* davası sorununu düşünün.³ Davalının çalışanları, davacıya elektrik sağlayan bir enerji şirketine ait elektrik kabloğunu koparmıştı ve davacının fabrikası kablo tamir edilirken kapatılmıştı. Mahkemenin, bir başkasının mülküne ihmalen zarar verilmesinden doğan ekonomik kayıp için, davacının tazminine olanak tanıyıp tanımamaya karar vermesi gerekliydi. Ya bir ilke sorunu olan davacının konumundaki bir şirketin tazminata hakkı olup olmadığını ya da bir politika sorunu olan kazalardan doğan sorumluluğu davacının önerdiği şekilde dağıtmanın ekonomik olarak akıllıca olup olmadığını sorarak kararına ilerleyebilirdi.

Eğer hâkimler vekil yasa koyucularsa, o zaman mahkeme önceki argüman kadar sonraki argümanı da izlemeye ve eğer bu argüman bunu öneriyorsa davacı lehine karar vermeye hazır olmalıdır. Sanırım bu, bir mahkemenin *Spartan Steel* gibi yeni bir davaya politik gerekçelerle karar vermekte özgür olması gerektiği popüler fikriyle kastedilen şeydir; ve gerçekten de Lord Denning bu davada kendi fikrini tam da bu şekilde

3) *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, [1973] 1 Q.B. 27.

açıkladı.⁴ Onun, bir ilke argümanını bir politika argümanından benim yaptığım teknik biçimde ayırt etmeyi kastettiğini sanmıyorum, ama o her durumda bu teknik anlamdaki politika argümanını dışarıda bırakmayı kastetmedi.

Özel Hukuk davalarında, *Spartan Steel* gibi zor davalarda bile, adli kararların karakteristik olarak politikadan değil ilkeden üretildiği ve üretilmesi gerektiği tezini öne sürüyorum. Bu tezin çok işlenmeye gereksinimi olduğu açık, ama siyaset kuramının ve hukuk biliminin belli argümanlarının, soyut biçiminde bile tezi desteklediklerini fark edebiliriz. Bu argümanlar kesin değildir, ancak tezin önemini ortaya koymak ve daha özenli bir formülleştirme için gerek duyulacak dikkati haklılaştırmak için yeterince güçlüdür.

B. İlkeler ve demokrasi

Hükme varmanın, yasamaya göre ikincil olması gerektiği bildik öyküsü, adli özgünlüğe karşı iki itirazla desteklenir. İlk olarak, bir toplumun çoğunluk tarafından seçilen ve ona karşı sorumlu olan kadınlar ve erkekler tarafından yönetilmesi gerektiğini ileri sürer. Genelde hâkimler seçilmediğinden ve uygulamada seçmene karşı yasa koyucu gibi sorumlu olmadıklarından, hâkimler yasa yaptıklarında bu önermeden ödün veriliyormuş gibi gözükabilir. İkincisi, eğer bir hâkim yeni yasa yaparsa ve onu geçmişe etkili olarak önündeki davaya uygularsa, o zaman kaybeden taraf sahip olduğu bir görevi değil, ancak olaydan sonra oluşturulan yeni bir görevi ihlal ettiğinden cezalandırılmış olacaktır.

Bu iki argüman hükme varmanın mümkün olduğunca özgün olmaması geleneksel idealini desteklemek için birleştirilirler. Ancak onlar, politika tarafından üretilen adli kararlara, ilke tarafından üretilenlerden daha güçlü itirazlar getirirler. Hukukun seçilmiş ve sorumlu görevlilerce yapılması gerektiği yönündeki birinci itiraz, hukuku politika diye, yani, bütün olarak toplumun refahını arayan bireysel hedefler ve amaçlar arasında bir uzlaşma diye düşündüğümüzde, olağan görünüyor. Bu tür uzlaşmaların nesnel olarak yapılabileceği kişiler arası yarar ya da tercih karşılaştırmalarının teoride bile anlamlı olabileceği açık olmaktan uzaktır; ancak her durumda, pratikte hiçbir uygun hesaplama mevcut değildir. Bu nedenle politika kararları, hesaba katılması gereken farklı çıkarların doğru bir

4) A.g.e., 36.

ifadesini üretmek için tasarlanan siyasi bir sürecin işlemesiyle verilmelidir. Temsili demokrasinin siyasi sistemi yalnızca bu konuya kayıtsızlıkla işleyebilir, ama o, posta çantası, lobicileri ya da baskı grupları olmayan seçimle gelmemiş hâkimlerin, çekişen çıkarları odalarında uzlaştırmalarına izin veren bir sistemden daha iyi işler.

İkinci itiraz da politika tarafından oluşturulan bir karara karşı ikna edicidir. Hepimiz masum bir adamın haklarını olaydan sonra oluşturulan yeni bir görev adına feda etmenin yanlış olacağına inanırız; bu nedenle yalnızca toplam ekonomik verimliliği artırmak için mülkü bir bireyden alıp bir diğere vermek yanlış görünür. Ama *Spartan Steel*'deki bir kararı haklılaştırmak için gerekli olacak politika argümanının biçimi budur. Eğer davacının tazminat hakkı ve davalının bunu önermek görevi olmasaydı, mahkemenin, davalının mülkünü davacı için alması, yalnızca mantıklı ekonomik politika yararı zemininde haklılaştırılabilirdi.

Ancak, diğer taraftan, bir hâkimin *Spartan Steel* gibi zor bir davada kararı politika değil de ilke gerekçeleriyle başarılı bir şekilde haklılaştırdığını varsayın. Yani davacının zararının tazmin edilmesine bir hakkı olduğunu gösterebildiğini varsayın. Bu durumda, az önce tanımlanan iki argüman karara çok daha az itiraz getirecekti. Bir mahkeme, ilkeyle yargıladığında argümanlardan birincisi daha az ilgilidir, çünkü bir ilke argümanı sıklıkla toplumda dağıtılan farklı talep ve ilgilerin doğası ve yoğunluğu hakkında varsayımlara dayanmaz. Aksine, bir ilke argümanı tanımladığı hakkın yandaşı tarafından sunulan bir çıkarı, ona karşı olabilecek herhangi bir politika argümanının ince ayrımlarını ilgisiz kılacak nitelikte bir çıkarı seçer. Siyasi çoğunluğun, hakkın [üzerlerinde] koz olabileceği taleplerinden yalıtılan bir hâkim, bu nedenle argümanı değerlendirmek için daha iyi bir durumdadır.

Adli özgünlüğe ikinci itirazın, bir ilke argümanına karşı hiçbir etkisi yoktur. Eğer davacının davalıya karşı bir hakkı varsa, o zaman davalının bunun karşılığı olan bir görevi vardır, ve bu, mahkemede yaratılan yeni bir görev değil, ödülü davalıya karşı haklılaştıran bir görevdir. Görev ona önceki yasamayla açıkça yüklenmese de, ama bu farktan dolayı, görevi dayatmakta yüklenmesi durumunda olduğundan fazla bir adaletsizlik yoktur.

Eğer görev bir yasa tarafından yaratılmış olsaydı, davalının bu göreve çok daha net bir özen gösterecek olması ve kendi işlerini onun sonuçlarını sağlamak için ayarlamasının daha makul olarak beklenebilecek olması, elbette bir farktır. Ancak bir ilke argümanı, davalının onu şaşırtmanın adil olmadığı iddiasına farklı bir ışıktaki bakmamızı sağlar. Eğer davacının

gerçekten de lehine adli bir karara hakkı varsa, o zaman bu hakka güvenme hakkı da vardır. Eğer bu hakka sahip olduğu açıksa ve tartışmasızsa, davalı sadece hak bir yasada yayınlanmaktan başka bir biçimde ortaya çıktı diye adaletsiz şaşırtmayı ileri sürecek bir konumda değildir. Diğer yandan, eğer davacının talebi şüpheliyse, o zaman mahkeme bir yere kadar tarafların birini ya da diğerini şaşırtmalıdır; ve eğer mahkeme her şeyi hesaba katarak davacının argümanının daha güçlü olduğuna karar verirse, o takdirde davacının her şeyi hesaba katarak beklentilerinde daha fazla haklı olduğuna da karar verecektir. Mahkeme elbette bu sonuçta hata yapmış olabilir, ancak bu ihtimal argümanının özgünlüğünün bir sonucu değildir çünkü kararlarının özgün olmaması gereğince engellenen bir mahkemenin, engellenmeyen bir mahkemeden daha az ilke hatası yapacağını varsaymak için hiçbir neden yoktur.

C. Hukuk Bilimi [*Hukuk Felsefesi*]

Dolayısıyla, bu siyasi değerlendirmelerde, adli argümanların zor davalarda bile ilke tarafından üretilen argümanlar olarak anlaşılıp anlaşılamayacağını daha özenli değerlendirmek için güçlü bir nedenimiz bulunmaktadır. Tanıdık bir hukuk bilimi sorununda ek bir nedenimiz de vardır. Avukatlar, hâkimler hukuk yarattıkları zaman, kararlarının hukuki teamüller [*legal traditions*] tarafından kısıtlandığına ancak yine de kişisel ve özgün olduklarına inanırlar. Yeni kararların bir hâkimin kendi siyasi ahlakını yansıttığı ancak aynı zamanda common law'ın teamüllerde gömülü olan, farklı da olabilecek, ahlakı yansıttığı söylenir. Bu, elbette, yalnızca hukuk fakültesi retoriğidir, ama yine de zor bir davanın kararında, bu farklı katkılarının nasıl tanımlanacağı ve uzlaştırılacağı sorununu ortaya koyar.

Popüler bir çözüm mekâna ilişkin bir imaja dayanır; o, common law'ın teamüllerinin, bir hâkimin takdir alanını tümüyle ortadan kaldırmayıp, onun kişisel ahlakına yüklediğini bildirir. Ancak bu cevap iki nedenden dolayı tatmin edici değildir. Birincisi, en iyi durumda kışkırtıcı bir metafor olanı, bir ahlakın diğer hâkimlerin geçmişte verdiği belli kararlar yığnında gömülü bulunduğunu, aydınlatmaz. İkincisi, adli kararın açıkça yetersiz fenomenolojik bir anlatımını ileri sürer. Hâkimler zor davalara, birincisi kurumsal kısıtlamaların nerede bittiğini denetleyerek, ve ardından kendilerince ilerlemek için kitapları bir yana bırakarak, iki aşamada karar vermez. Hissettikleri kurumsal kısıtlamalar yaygındır ve kararın kendisine dek varlıklarını sürdürürler. Bu nedenle, kişisel ve kurumsal

ahlakın daha az metaforik ve bu yaygın etkileşimi daha başarılı açıklayan bir etkileşim açıklamasına gereksinimimiz var.

Adli kararların var olan siyasi kararları uyguladığı yönündeki haklar tezi, iki hususta daha başarılı olan bir açıklama ileri sürer. Eğer tez benimserse, o zaman kurumsal tarih hâkimlerin siyasi hükmü üzerinde bir kısıtlama olarak değil, ancak bu hükmün bir malzemesi olarak rol oynar, çünkü kurumsal tarih, bireyin hakları hakkındaki herhangi bir ikna edici hükmün yer vermesi gereken arka planın bir parçasıdır. Siyasi haklar, tarih ve ahlakın ortak yaratisıdır: Bir bireyin sivil toplumda neye sahip olmaya hakkı olduğu, siyasi kurumlarının uygulaması ile adaletinin her ikisine de bağlıdır. Böylece, adli özgünlük ve kurumsal tarih arasında bulunduğu varsayılan gerginlik ortadan kaldırılır: Hâkimler önlerine gelen tarafların haklarına ilişkin yeni hükümlere varmalıdırlar, ancak bu siyasi haklar geçmişin siyasi kararlarına karşı çıkmaktan çok onları yansıtır. Bir hâkim emsal kararda belirlenen bir kural ile daha adil olduğu düşünülen yeni bir kural arasında seçim yaptığında, tarih ve adalet arasında bir seçim yapmaz. Daha çok, siyasi bir hakkın herhangi bir hesaplamasında genellikle birleşen –ancak burada çatışan– değerlendirmeler arasında uzlaşma gerektiren bir hüküm kurar.

Haklar tezi, bu nedenle, hâkimlerin zor davalarda emsal kararı nasıl kullandığının, politikaya daha önemli bir yer veren herhangi bir kuram tarafından sağlanan açıklamadan, daha tatmin edici bir açıklamasını temin eder. Hâkimler, her siyasi görevli gibi, siyasi sorumluluk doktrinine tabidirler. Bu doktrin en genel biçiminde siyasi görevlilerin, yalnızca vermeyi düşündükleri diğer kararları da haklılaştıran bir siyasi kuram içinde haklılaştırabilecekleri türde siyasi kararlar vermeleri gerektiğini ifade eder. Doktrin bu genel biçimde zararsız görünüyor; ancak bu biçimde bile Rawls'ı izleyerek, sezgici [*intuitionistic*] denebilecek bir siyasi idare tarzını kınıyor.⁵ Yalıtıldığında doğru görünen, ancak aynı zamanda doğru olduğu düşünülen diğer kararlarla tutarlı, kapsamlı bir genel ilkeler ve politikalar kuramının içine getirilemeyen, kararlar verme uygulamasını kınıyor. Bir kongre üyesinin hangi biçimde olursa olsun insan hayatının kutsal olduğu gerekçesiyle kürtajı yasaklamak için oy verdiğini ancak sonra da sakat doğmuş bebeklerin ebeveynlerine, böyle bebekleri canlı tutacak tıbbi tedaviyi engelleme olanağı vermek için oy kullandığını varsayın. Bir fark olduğunu hissettiğini söyleyebilir ancak sorumluluk ilkesi kesin uygulan-

5) Bkz. 10. Bölüm.

diğında, eğer farkı samimiyetle inandığı genel bir siyasi kuram içine dahil edemezse, ona bu iki oy iznini vermeyecektir.

Doktrinin açık tutarlılığı [*articulate consistency*] talep ettiğini söyleyebiliriz. Ancak bu talep, politikalar rol oynadığında nispeten zayıftır. Politikalar siyasi kararlar üzerindeki etkilerinde bütüncüldür ve bunun bireylere benzer davranılması gerektiği kolektif amacına ulaşmaktan sorumlu bir stratejinin parçası olması gerekmez. Dolayısıyla, sorumluluk doktrininden, yasa koyucunun bir ay bir uçak üreticisini sübvansiyonla ödüllendirdiğinde gelecek ay da diğerini sübvansiyonla ödüllendirmesi gerektiği çıkmaz. Bununla birlikte, ilkeler söz konusu olduğunda doktrin, dağıtımın bir durumdan diğerine tutarlı olmasında diretir, çünkü söz konusu yararın eşitsiz dağıtımıyla daha iyi hizmet edilebilecek bir strateji kavramına izin vermez. Eğer bir yetkili, örneğin, bir tür cinsel özgürlüğün insanların hakkı olduğuna inanıyorsa, o zaman bu özgürlüğü, yararı, bu hakka sahip olduğunu varsaydıklarının sınıfına makul bir eşitlikle dağıtan bir biçimde korumalıdır. Eğer bir çiftin doğum kontrolü uygulamasına bu hakkın başka bir şekilde çiğneneceği gerekçesiyle izin veriyorsa, o zaman bu önceki kararı geri almadığı sürece, sonraki çifte de aynı özgürlüğü vermelidir. Birinci kararın topluma, tam gereksinimi olduğu kadar cinsel özgürlüğü sağladığını, böylece de ikinci için gereksinim bulunmadığını söyleyemez.

Adli kararlar, en azından geniş anlamda siyasi sorumluluk doktrinini ilgilendiren siyasi kararlardır. Eğer haklar tezi benimsenirse, o zaman az önce yapılan ayırım, en azından çok genel bir biçimde, hâkimlerin emsal kararların ve varsayımsal örneklerin her ikisine gösterdiği özel ilgiyi açıklayabilecektir. Bir ilke argümanı, yalnızca, eğer alıntılanan ilkenin geri alınmayan önceki kararlarla ve kurumun varsayımsal koşullarda vermeye hazırlandığı kararlarla tutarlı olduğu gösterilebilirse, belli bir karar için sorumluluk doktrini altında bir haklılaştırma sağlayabilir. Bu pek de şaşırtıcı değildir ancak argüman, eğer hâkimler kararlarını politika argümanlarına dayandırılırsa, işe yaramazdı. Bir politikaya istisna edilen duruma hizmet ederek, örneğin ne önceki kararların ne de varsayımsal gelecek kararlar aynı politikaya hizmet eder biçimde anlaşılması gerekmektedir, yalnızca zor durumdaki bir endüstriye sübvansiyon hakkı sağlayarak yeterince hizmet edilebileceğini söylemekte serbest olurlardı.

Burada tutarlılık, elbette, yalnızca bu ilke adına açıklanan belli kuralın uygulamasında değil, dayanan ilkenin uygulamasında tutarlılık anlamına geliyor. Örneğin, eğer hiç kimsenin kendi ihmalinden kaynaklanan uzak ya da beklenilmeyen kayıpları giderme görevi olmadığı ilkesine *Spartan*

Steel'deki davalı lehine bir kararı haklılaştırmak için dayanılıyorsa, o zaman ihmalen yanlış beyanlarda tazminata izin veren diğer davalarda bildirilmiş kuralın, yalnızca ihmalen yanlış beyan hakkındaki kuralın *Spartan Steel*'dekinden farklı bir kural olduğu değil, ilkeyle tutarlı olduğu gösterilmelidir.

D. Üç sorun

Dolayısıyla, bu siyaset kuramı ve hukuk bilimi argümanlarında haklar tezinin soyut biçimi lehine bir destek buluruz. Bununla birlikte, daha ileri bir savunma daha kesin bir ifadeyi beklemelidir. Tez üç yönde gelişim gerektirir. Birincisi, bireysel haklar ve toplumsal amaçlar arasında genel bir ayrıma dayanır ve bu ayrım sadece örneklerle sağlanandan daha açıklıkla ifade edilmelidir. Buna ek olarak, ayrım sıradaki soruna cevap verecek şekilde ifade edilmelidir. Siyasetçiler bireysel haklara başvurduklarında akıllarında özgürlük, eşitlik ya da saygı hakkı gibi çok soyut ve temel çıkarlar hakkında büyük önermeler vardır. Bu büyük haklar belki de anayasa hukuku dışında, hukukta zor davaların kararına uygun görünmezler; ve uygun olduklarında bile çok tartışma gücüne sahip olamayacak kadar soyut görünürler. Eğer bu haklar tezi başarılı olacaksa, ilke ve politika argümanları arasındaki genel ayrımın, hukuki argümanda kesinlikle rol oynayan karakter ve ayrıntı argümanı arasında nasıl sürdürülebileceğini göstermelidir. Bu bölümün 3. Alt Başlığında soyut ve somut haklar arasındaki, uygun biçimde incelikle işlenen ayrımın, bu amaç için yeterli olduğunu göstermeye çalışacağım.

Tez, ikinci olarak, zor davaların kararında emsal kararın ve kurumsal tarihin rolünü gösteren bir kuram sağlar. Bu kuramı geçen alt başlığın sonunda özetledim ancak bizim hâkimlerin davalara gerçekte nasıl karar verdiği deneyimimiz karşısında sınanabilmesi için genişletilmesi ve örneklandırılması gerekiyor. Dahası, sıradaki soruna bir göz atarak genişletilmelidir. Hiç kimse olduğu şekliyle hukukun adil olduğunu düşünmez. Bir emsal karar çizgisinin, vatandaşların siyasi bir hakkını hukuki bir hak olarak uygulamayı reddettiğinden, aslında adil olmadığını varsayın. Bir zor davaya karar veren hâkim bu emsal kararları, bu neden yüzünden onaylamasa bile açık tutarlılık [*articulate consistency*] doktrini yine de argümanının onlar tarafından etkilenmesine izin vermesini gerektirir. Argümanının bir ilke argümanı, yani tarafların siyasi haklarını saptamak için tasarlanan bir argüman olması mümkün görünmeyebilir, çünkü argüman

emsal kararlar ile, bu hakların ne olduğuna ilişkin yanlış bir kanı tarafından bozulmuştur. Eğer tez savunulacaksa bu ilk görünüşün neden yanlış olduğu gösterilmelidir. Argümanın bir ilke argümanı olabileceğini söylemek yeterli değildir çünkü davacıların hukuki haklarını siyasi haklarından ayrı olarak belirler. Haklar tezi bir davayı kazanma hakkının gerçek bir siyasi hak olduğunu varsayar, ve bu hak, bütün vatandaşların eşit olarak davranılma hakkı gibi, siyasi hakların diğer biçimlerinden açıkça farklı olsa da yalnızca bu farkı belirlemek, yukarıdaki hakkın [davayı kazanma hakkı] neden önceki yanlış yönlendirilmiş kararlarla değiştirilebileceğini açıklamaz. Hukuki argümanın bu özelliğini anlamak için, genel olarak kurumsal hakların özel nitelikleri (4. Alt Başlıkta değerlendirdim) ve kurumsal hakların bir türü olarak hukuki hakların belli nitelikleri (5. Alt Başlıkta değerlendirdim) üzerine düşünmek gereklidir.

Ancak yaptığım kurumsal ve hukuki haklar açıklaması, haklar tezi için üçüncü ve farklı bir sorunu açığa çıkarır. Bu açıklama, hâkimlerin bazen davacıların hukuki haklarının ne olduğuna karar vermek için siyasi ahlak yargıları oluşturmaları gerektiğini açıkça ortaya koyar. Dolayısıyla, tezin bu zeminde, daha önce söz ettiğim adli özgünlüğe birinci meydan okumaya açık olduğu düşünülebilir. Çoğunluğu, siyasi ahlak sorunlarına kendisi için karar verme hakkından alıkoyduğu için, tezin savunulamaz olduğu söylenebilir. Bu meydan okumayı 6. Alt Başlıkta değerlendireceğim.

O zaman bunlar, haklar tezinin herhangi bir tam bildiriminin yüzleşmek zorunda olduğu üç sorundur. Eğer bu tam bildirim, teze karşı bu itirazların yanlış tasarlanmış olduğunu gösterirse, o zaman tezin ilk önce görüldüğünden daha az radikal olduğunu da gösterecektir. Tez hâkimlerin ne yaptığı hakkında yeni bir bilgiyi değil ancak yaptıklarını bildiğimiz şeyi tanımlamanın yeni bir yolunu sunar ve bu yeni tanımlamanın üstünlükleri ampirik değil, siyasi ve felsefidir.

3. HAKLAR VE AMAÇLAR

A. Hakların türleri

İlke argümanları bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanan argümanlardır; politika argümanları kolektif bir amacı saptamak için tasarlanan argümanlardır. İlkeler hakları tanımlayan önermelerdir; politikalar amaçları tanımlayan önermelerdir. Ancak haklar ve amaçlar nelerdir ve ayırım

nedir? Sorunu ispatlanmış varsaymayan bir tanımlama temin etmek zordur. Örneğin, konuşma özgürlüğünün bir amaç değil bir hak olduğunu söylemek doğal görünür çünkü vatandaşların bir siyasi ahlak sorunu olarak bu özgürlüğe hakları vardır, ve cephane üretiminin artması bir hak değil bir amaçtır çünkü kolektif refaha katkıda bulunur, ancak hiçbir belli üreticinin bir hükümet sözleşmesine hakkı yoktur. Bununla beraber, bu anlayışımızı geliştirmez çünkü hakkı olma [*entitlement*] kavramı, hak kavramını açıklamaktan çok, onu kullanır.

Bu bölümde hakları, amaçlardan, haklara ilişkin iddiaların dağıtım niteliğine ve bu iddiaların siyasi argümanda, farklı dağıtım niteliğinde yarışan iddialar karşısındaki gücüne karar vererek ayırt edeceğim. Erkeklerin ve kadınların fiilen hangi haklara sahip olduklarını, ya da kesinlikle herhangi bir hakka sahip olduklarını göstermeye çalışmayan biçimsel bir ayırım yapacağım. Bu daha çok belirli bir siyasi kuramın, erkeklerin ve kadınların hangi haklara sahip olduklarını varsaydığını keşfetmek için bir rehber hazırlar. Biçimsel ayırım, elbette, daha temel soruya bir yaklaşım önerir: Uygun dağıtım niteliğine sahip iddiaları haklılaştıracak argümanlar arayarak, kişilerin fiilen hangi haklara sahip olduklarını keşfetmemizi önerir. Ancak ayırımın kendisi böyle herhangi bir argüman getirmez.

Türel [*generic*] bir siyasi haklılaştırma olarak siyasi hedef [*aim*] düşüncesi ile başlıyorum. Bir siyaset kuramı belirli bir ilişkiler durumunu, eğer herhangi bir siyasi karar muhtemelen o ilişkiler durumunu ilerletecek ya da koruyacak ise kararı lehte sayıyor, ve eğer onu geciktirecek ya da tehlikeye sokacak ise kararı aleyhte sayıyorsa, siyasi bir hedef olarak alır. Bir siyasi hak bireyselleştirilmiş siyasi bir hedeftir. Bir bireyin, bir fırsata, kaynağa ya da özgürlüğe şu durumlarda hakkı vardır: Eğer kuram bir siyasi kararı, böylelikle başka hiçbir siyasi hedefe hizmet edilmese ve bir siyasi hedefe zarar verilse de, bireyin içinde o haktan yararlandığı bir ilişkiler durumunu muhtemelen ilerleten ya da koruyan kararı lehte, ve böylelikle diğer bir siyasi hedefe hizmet edilse de onu geciktirecek ya da tehlikeye sokacak kararı aleyhte sayıyorsa.⁶ Bir amaç [*goal*] bireyselleştirilmemiş siyasi bir hedeftir [*aim*], yani tayin edilmesi bu biçimde belirli bireyler için, belirli bir fırsat ya da kaynak ya da özgürlüğü gerektirmeyen bir ilişkiler durumudur.

6) Tüzel kişilerin de haklara sahip olabilmesi için, hukuki şahısları bireyler olarak sayıyorum; ırksal gruplar gibi özel grupları topluluk içinde kolektif varlıklar sayan bir siyasi kuram bundan dolayı grup haklarından söz edebilir.

Kolektif amaçlar, nimetlerin ve külfetlerin değiş tokuşlarını bütün olarak topluma genel bir yarar sağlamak için teşvik eder. Ekonomik verimlilik kolektif bir amaçtır: Bir biçimde tanımlanan en büyük toplam ekonomik yararı üretecek fırsat ve sorumluluk dağıtımını gerektirir. Bir eşitlik anlayışı, aynı zamanda kolektif bir amaç olarak da alınabilir; bir toplum hiçbir ırksal ya da etnik grubun diğer gruplardan çok kötü durumda olmaması için, maksimum refahın, minimum refahın iki katından daha fazla olması ile ya da farklı bir anlayışla, bir dağıtım hedefleyebilir. Elbette herhangi bir kolektif amaç belli olgular verildiğinde belli bir dağıtımı önerecektir. Bir amaç olarak ekonomik verimlilik, belli bir endüstriye bazı koşullarda sübvansiyon verilmesini ancak diğerlerinde cezalandırıcı vergilendirmeye gidilmesini önerecektir. Bir amaç olarak eşitlik bazı koşullarda acil ve tümüyle yeniden dağıtımı, diğerlerindeyse kısmi ve ayrımcı yeniden dağıtım önerecektir. Her durumda dağıtımcı ilkeler, toplam kolektif yarar anlayışına bağımlıdır; öyle ki, bir kişiye daha az yarar arz etmek sadece bunun genel olarak daha çok yarara yol açacağını göstererek haklılaştırılabilir.

Kolektif amaçlar, olmaları gerekmesede, mutlak olabilirler. Toplum aynı zamanda farklı amaçların peşinden koşabilir ve biri uğruna diğer amacından fedakârlık da edebilir. Örneğin, ekonomik verimlilik ve askeri gücü aynı anda izleyebilir. Bu takdirde ileri sürülen dağılım iki politikanın toplamıyla belirlenecektir ve bu mümkün değiş tokuşların değişimlerini ve birleşimlerini artıracaktır. Her durumda bu değişimler ve birleşimler, her bir amaca ve birleşmede her iki amaca da hizmet etmek için birçok yarışan strateji önerecektir. Ekonomik verimliliğe, bütün çiftçilere sübvansiyon vererek, ve hiçbir üreticiye vermeyerek de iyi hizmet edilebilir, ve bazı çiftçilere sübvansiyonun iki katı verilerek ve diğerlerine hiç verilmeyerek de daha iyi hizmet edilebilir. Herhangi bir kolektif amacı izlemenin değişik stratejileri olacaktır ve özellikle amaçların sayısı arttıkça, herhangi bir amaç serisine en iyi hizmet eden dağıtımı parça parça ya da olay olay biçiminde belirlemek imkânsız olacaktır. Bazı çiftçilere iki kat sübvansiyon verip diğerlerine hiç vermemenin iyi politika olup olmadığı, bu belli kararın uyması gereken çok genel stratejilerin izlenmesinde verilecek çok sayıda diğer siyasi kararlara bağılı olacaktır.

Haklar da mutlak olabilir: Konuşma özgürlüğünü mutlak olarak alan siyasi bir kuram her birey için talep ettiği özgürlüğü güvence altına almaya yönelik hiçbir nedeni, yani olanaksızlıktan başka hiçbir nedeni kabul etmeyecektir. Haklar mutlakten az da olabilir; bir ilke bir diğerine ya da belli olgularda yarıştığı acil bir politikaya bile boyun eğebilir. Bir hakkın

ağırlığını, mutlak olmadığını varsayarak, böyle bir yarışmaya dayanma gücü olarak tanımlayabiliriz. Bir hak tanımından, onun tüm toplumsal amaçlara daha ağır gelemeyeceği çıkar. Sadelik açısından, herhangi bir siyasi amacı hak olarak adlandırmamayı şu durumlarda şart koşabiliriz: Eğer genel olarak kolektif amaçlara karşı kesin bir sınır [*threshold*] ağırlığına sahip değilse ve eğer, örneğin, siyasi yönetimin herhangi sıradan bir amacına başvurmakla değil de, yalnızca özel aciliyeti olan bir amaçla saf dışı edilebilirse. Bir kişinin, konuşma özgürlüğü hakkını tanıdığını söylediğini ancak özgür konuşmanın uygulaması toplumu rahatsız ettiği zaman geri çekilmesi gerektiğini, eklediğini varsayın. Ben, onun kolektif refah yaygın amacını ve yalnızca belirli koşullarda kolektif amaç tarafından önerildiği biçimde konuşma özgürlüğünün dağıtımını kabul etmeyi kastettiğini anlıyorum. Onun siyasi konumu kolektif amaçla tüketiliyor; beklenen hak [*putative right*] hiçbir şey katmaz ve onu bir hak olarak tanımanın bir anlamı da yoktur.

Bu tanımlar ve ayrımlar siyasi bir amacın niteliğinin –bir hak ya da hedef olarak duruşunun– tek bir siyasi kuramın içindeki yeri ve işlevine bağlı olduğunu açıkça ortaya koyar. Aynı deyim bir kuram içindeki bir hakkı ve diğerinin içindeki hedefi, veya bir kuram içinde mutlak ya da güçlü ancak diğerinde nispeten zayıf olan bir hakkı tanımlayabilir. Eğer bir kamu görevlisi vardıysa belli kararları haklılaştırmak için tutarlı bir siyasi kuram benzeri bir şeye –sezgisel olarak bile– sahipse, o zaman bu kuram, her birine kabaca görece ağırlık tahsis etme yoluyla düzenlenen, çok farklı türde hakları tanıyacaktır.

Örneğin, herhangi bir yeterli kuram, soyutta toplumun siyasi kararları için haklılaştırma sağlayan arka plan haklar ile belli ve açıkça belirtilen bir siyasi kurumun bir karar için haklılaştırma sağlayan kurumsal haklar arasında ayrım yapacaktır. Siyaset kuramının her kişiye, eğer ona daha fazla ihtiyacı varsa diğerinin mülkünde hak sağladığını varsayın. Yine de, aynı sonucu doğuran yasal [*legislative*] bir hakkı olmadığını kabul edebilirim; yani onun, mevcut yasa koyucunun böyle bir yasanın muhtemelen yapacağı gibi, Anayasayı ihlal edecek yasama yapmasına kurumsal bir hakkı olmadığını kabul edebilirim. Aynı zamanda hırsızlığı hoş gören adli bir karara hiçbir kurumsal hakkı olmadığını da kabul edebilirim. Bu tavizleri vermiş olsam bile, önceki arka plan iddiamı, Anayasayı mülkiyeti kaldırmak için değiştirmekte ve belki de mevcut yönetim şekline isyan etmekte ve tamamen yıkmakta halkın toptan haklılaştırılabileceğini ileri sürerek koruyabilirim. Bu kurumlar şimdi anayasal olduğundan, onun belirli kurumsal kararlara hakkı olmadığını kabul etsem de, her bireyin

bu fiilleri haklılaştıracak ya da gerektirecek bir artık arka plan hakkı olduğunu iddia ederdim.

Herhangi bir yeterli kuram aynı zamanda soyut ve somut haklar arasındaki ve bu nedenle soyut ve somut ilkeler arasındaki bir ayrımı da kullanacaktır. Bu bir derece ayrıımıdır, ancak tasarladığı tartının iki ucundaki nispeten açık örnekleri tartışacağım ve bu nedenle bunu bir tür ayrımı olarak ele alacağım. Soyut bir hak ifadesi genel amacın belli koşullarda diğer genel amaçlara karşı nasıl tartılacağına ya da uzlaşacağına işaret etmeyen bir genel siyasi amaçtır. Siyasi retoriğin genel hakları bu şekilde soyuttur. Siyasetçiler, bu hakların mutlak olduğuna dokunmadan, özgür konuşma, saygınlık ya da eşitlik hakkından ancak belli karmaşık toplumsal durumlardaki etkilerini ima edecek çaba olmaksızın bahsederler.

Diğer taraftan, somut haklar, belli durumlarda diğer siyasi amaçlara karşı sahip oldukları ağırlığı daha kesin ifade etsinler diye daha kesin tanımlanan siyasi amaçlardır. Sadece insanların özgür konuşma hakkı olduğunu değil, aynı zamanda bir gazetenin de gizli olarak sınıflandırılmış savunma planlarını yayınlamaya hakkı olduğunu –yayının askeri birlikler için yakın fiziksel bir tehlike oluşturmaması şartıyla– söylediğimi varsayın. İlkem bir taraftan soyut özgür konuşma hakkı ve diğer taraftan askerlerin çekışmeli güvenlik hakları ya da acil savunma ihtiyaçları arasında kabul ettiği çekışmenin belli bir çözümünü bildirir. Bu şekilde, soyut haklar somut haklar için argümanlar temin eder, ancak somut bir hak iddiası onu destekleyen herhangi bir soyut hak iddiasından daha kesindir.⁷

7) Tam bir siyasi kuramın aynı zamanda bu bölümde üstü kapalı kullandığım diğer iki ayrımı da tanıması gerekir. Birincisi, devlete karşı haklar ve yurttaşlara karşı haklar arasındaki ayrımdır. Önceki hareket etmek için devletin bir vasıtasını gerektiren siyasi bir hakkı haklılaştırır; sonrakiyse belli bireyleri mecbur etmek için bir karar haklılaştırır. Minimum iskân eğer ki kabul edilirse, devlete karşı bir hak olarak kabul edilir. Bir sözleşme ihlali için zarar tazmin etme ya da kurtarıcının minimum riskiyle büyük tehlikeden kurtarılmaya hakkı yurttaşlara karşı bir haktır. Özgür konuşma hakkı genellikle her ikisidir. Vatandaşların birbirlerine karşı sahip oldukları hakları siyasi haklar olarak tanımlamak ilginç görünüyor; ancak şimdi bu tür haklarla sadece farklı türde siyasi kararları haklılaştırdıkları kadar ilgiliiyiz. Mevcut ayrım arka plan ve kurumsal haklar arasındaki ayrımı keser; sonraki, siyasi bir karar vermek zorunda olan kişiler ya da kurumları ayırt eder; önceki, bu kararın hareket etmeye ya da sakınmaya yönelttiği kişiler ya da kurumları ayırt eder. Bu makalenin baş konusu olan hukuktaki sıradan sivil davalar yurttaşlara karşı hakları barındırır; ancak aynı zamanda anayasal ve cezai kanunun belli konularını da tartışıyorum ve böylece devlete karşı olan haklara da dokunuyorum.

İkinci ayrım evrensel ve özel haklar arasındaki ayrımdır; yani siyasi bir kuramın, yetersizlik ya da ceza fenomenleri gibi istisnalarla, toplumdaki bütün bireyler için temin ettiği haklar ve toplumun sadece bir kısmına ya da muhtemelen bir üyesine temin ettiği haklar arasındaki ayrım. Bu makalede bütün siyasi hakların evrensel olduğunu varsayacağım.

B. İlkeler ve yarar

Haklar ve amaçlar arasındaki ayrım popüler ahlaki antropolojinin bir parçası olan bir tezi reddetmez. Bu tezin sağladığı gibi belli bir toplumun üyelerinin ikna edici bulduğu ilkelerin bu toplumun kolektif amaçları tarafından dikkat etmeden belirlenmiş olacağını düşünmek tamamen mantıklı olabilir. Eğer bir toplumdaki birçok insan her bireyin diğerlerinin nazarında minimal ilgiye hakkı olduğuna inanıyorsa, o zaman bu gerçek, bir kültürel tarih sorunu olarak, kolektif refahlarının bu inançla geliştirildiği ileri gerçeğiyle açıklanabilir. Eğer hakların yeni bir düzenlemesi kolektif refahlarına daha iyi hizmet edecekse, o zaman bu teze göre gereken zamanda ahlaki kanaatlerinin bu yeni düzenleme lehine değişmesini beklemeliyiz.

Bu antropolojik kuramın kendi toplumumuzda ya da herhangi bir toplumda ne kadar tutacağını bilmiyorum. Onu ortaya koyduğum basit biçimde kesinlikle sınanabilir değil ve hakların psikolojik ya da kültürel olarak amaçlar tarafından belirlendiği iddiasının karşıt iddiadan a priori daha makul olduğunu anlamıyorum. Belki de erkekler ve kadınlar kolektif amaçları, hakları kolektif amaçlara göre tasarlamaktansa, bireysel hakların öncelikli bir anlamına yer vermek için seçerler. Bununla beraber, her iki durumda da, herhangi bir zamanda birçok insan en azından belli durumlarda haklar ve amaçlar arasında bu iki tür siyasi amacın arasındaki genel ayrımın varsaydığı çekişmeyi tanısin diye, önemli bir zaman farkı olmalıdır.

Ayrım siyasi bir kuramdaki belli bir hakkın gücü ve kuramın neden bu hakkı sağladığının gelişigüzel açıklaması arasında ileri bir ayrımı varsayar. Bu, durumu ortaya koymanın daha biçimsel bir yoludur ve sadece, şimdi varsaydığım gibi, belli bir siyasi kuramı tanımlayabildiğimizde ve böylece nasıl olup da sağlayabildiği tarihi sorusundan neyi sağladığı analitik sorusunu ayırt ettiğimizde uygundur. Bu nedenle, aklımızda toplum ahlakının birçok farklı kavramından hangisinin olduğunu belirginleştirmeden bir *toplumun* ahlakından bahsettiğimizde, ayrım belirsizleşir. Daha ileri bir belirginleştirme olmadan herhangi bir zamanda toplumun kuramı olarak hiçbir belirsiz ya da soyut siyasi bir kuram bile oluşturamayız ve böylece ilke ve politika kavramalarını anlamak için analitik olarak gereken nedenler ve güç arasındaki ayrımı yapamayız. Bu nedenle antropolojik tezin ikisi arasındaki ayrımı yıktığı argümanına av oluruz; sanki toplumun ahlaki olarak aklımızda bütünlüklü bir kuram varmış gibi konuşuyoruz; ancak ilkeyi, sadece aklımızda hiçbir belli kuram olmadığından makul görünen bir argümana dayanarak, politikadan ayırt ettiğini reddediyoruz.

Bir kez bir toplumun ahlakına bir göndermeyle neye niyet ettiğimizi ortaya koyar ve kabaca bile olsa bu ahlakın ilkeleri olarak neyi aldığımızı tanım-lamaya geçerse, antropolojik argüman uysallaştırılır.

Bununla beraber, hakları ve amaçları gelişigüzel değil, bir hakkın etkisi-ni gücünün üzerine bir hak olarak kolektif bir amacı yükseltmek için ba-ğımlı yaparak birleştiren siyasi kuramlar vardır. Aklımda kural faydacılığı adı verilen etik kuramın çeşitli biçimleri var. Örneğin, bu kuramın popüler bir biçimi, eğer bu hakkı gerektiren bir kanunun genel kabulü toplumun üyelerinin ortalama refahını artıracaksa, bir fiilin haklı olduğuna inanır.⁸ Siyasi bir kuram, örneğin, özgür konuşma hakkına, bu hakkın mahkeme-lerce ya da diğer siyasi kurumlarca genel kabulünün uzun vadede halkın en yüksek ortalama yararını yükselteceği varsayımıyla hazırlıklı olabilir.

Ancak, yine de böyle bir kuramda en azından kurumsal hakları ko-lektif amaçlardan ayırabiliriz. Eğer kuram belli bir kurumun görevlisinin siyasi bir karar vermekte haklılaştırıldığını, ancak, kararın kolektif amaçlar üzerindeki etkisine bakılmaksızın, bu karar herhangi bir bireyin konuşma özgürlüğünü korumak için her gerektiğinde bunu yapmayı reddetmekte haklılaştırılmadığını temin ederse, bu kuram özgür konuşmayı bir hak olarak temin eder. Kuramın, bu hakkı, bütün siyasi kurumlar hakkı bu şekilde uygularsa önemli bir kolektif amacın aslında yükseltileceği varsa-yımına dayanarak şart koşması önemli değildir. Önemli olan, belli durum-larda kesin olan hakka başvuran bir hükümet planına bağlılıktır.

Böylece, ne antropolojik tez ne de kural faydacılığı ilke ve politika argümanları arasındaki ayrıma bir itiraz önerir. Dikkat bolluğundan bu ayrıma muhtemel bir ileri itirazdan da bahsetmeliyim. Farklı ilke ve poli-tika argümanları sıklıkla aynı siyasi karar lehine oluşturulabilir. Bir görev-linin kamusal alanda ırksal ayrımcılığı savunmayı dilediğini varsayın. Irk-ları karıştırmanın memnuniyet yerine daha fazla genel rahatsızlık verdiği bir politika argümanını önerebilir. Ya da, ayrımın olmamasının yaratacağı kargaşalıklarda öldürülebilecek ya da sakatlayabileceklerinin haklarına başvuran bir ilke argümanı önerebilir. Bu argümanların vekâlet edilirligi-nin ilke argümanları ve politika argümanları arasındaki ayrımı sıradaki nedenden dolayı yendiği ya da her durumda ayrımı daha az yararlı yaptığı düşünülebilir. Irklar arasındaki eşitlik hakkının en acil politika argümanı dışında hepsinin üstünde galip gelmeye yetecek kadar güçlü olduğunun

8) Bkz. Brandt, "Toward a Credible Form of Utilitarianism", H. Castenada ve G. Nakhnikian (yay. haz.), *Morality and Language of Conduct* (1963) 107.

ve sadece çekişen ilke argümanları tarafından gerektirdiği şekliyle uzlaştığının kabul edildiğini varsayın. Bu, eğer ilke argümanlarının her zaman aksi takdirde yapılabilecek bir politika argümanının yerini aldıkları fark edilirse, boş bir kabul olurdu.

Ancak, bir ilke argümanı her zaman bir politika argümanının yerine geçtiğinden uygun politika argümanının olacağı kadar inandırıcı ya da güçlü olacağını varsaymak bir yanılsamadır. Eğer bir azınlığın ayrımcılığın önlenmesi bir yasa talebinin kendisi politikaya dayalıysa ve bu nedenle toplam genel refaha ya da yarara bir başvuruya yenilebilirse, o zaman çoğunluğun rahatsızlığı ya da kızgınlığını alıntılamanın bir argümanı da yeterince güçlü olabilir. Ancak iddia çekişen bir ilke argümanı ile eşlenmezse, galip gelmesi gereken bir eşitlik hakkını alıntılarsa, bu tür tek mevcut argüman, buradaki gibi, sadece çok zayıf olabilir. Olağandışı durumlar hariç herhangi bir belli adamın hayatına gelebilecek ayrımcılığın olmamasından kaynaklanan tehlike yeterince idare edildiğinde ve güvenliği sağlandığında çok az olacak. Bu nedenle, çekişmeli yaşan hakkının burada eşitlik hakkına karşı gelen bir argüman sunduğunu kabul edebiliriz ve yine de bu argümanın yeterince ihmal edilebilir olduğu fikrini sürdürüyoruz; belki de ayrımcılığın olmama hızını yavaşlatacak kadar güçlü fakat çok yavaşlatmaya yetecek kadar değil.

C. Ekonomi ve ilke

Tanımlayıcı bakımdan haklar tezi zor davalardaki adli kararların karakteristik olarak politika tarafından değil, ilke tarafından oluşturulduğuna inanır. Ekonomik kuram ve genel hukuk arasındaki bağlantılarla ilgili son araştırmaların bunun karşıtını ileri sürdüğü düşünülebilir: Hâkimler hemen her zaman ilkedense politika gerekçeleriyle karar verir. Bununla beraber, bu araştırmayla belirlendiği söylenen iki önerme arasında ayırım yapmakta dikkatli olmalıyız. Birincisi, hâkimler tarafından haksız fiil, sözleşme ve mülk gibi çok farklı alanlarda geliştirilen neredeyse her kuralın kaynak tahsisini daha verimli yapma kolektif amacına hizmet ettiğinin gösterilebileceği ileri sürülüyor.⁹ İkincisi, belli durumlarda hâkimlerin kararlarını açıkça ekonomik politikaya dayandırdıkları ileri sürülüyor.¹⁰ Bu iki iddianın her ikisi de haklar tezini yıkmaz.

9) Bkz. örneğin, R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972) 10-104.

10) Bkz. örneğin, Coase, "The Problem of Social Cost", 3 J. Law & Econ, 1, 19-28 (1960).

Birinci iddia ekonomik verimliliği geliştiren kuralları belirleyen davalara karar veren hâkimlerin niyetine hiçbir gönderme yapmaz. Bu hâkimlerin kurallarının ekonomik değerinden haberdar olduğunu ya da bu değeri kararları lehine bir argüman olarak onaylamış olacaklarını varsaymaz. Kanıt, çoğunlukla, tersini ileri sürüyor. Örneğin, talihsiz arkadaş-uşak doktrinini besleyen mahkemeler kanunun yarar tarafından değil, adilanelik tarafından talep edildiğini düşündüler ve kanun kaldırıldığında, bunun nedeni, yarar kaynaklı argüman değil, adilanelik kaynaklı argüman farklı kuşaktan avukatlar tarafından yetersiz bulunmasıydı.¹¹

Eğer bu birinci iddia sağlamsa, bu bazılarına son kısımda tanımlanan antropolojik tez için önemli bir kanıt parçası olarak gözükebilir. Hâkimler ve avukatların, zamanlarının genel ahlaki tavırlarını düşünerek, tüzel kişiler ve bireylerin sadece açık bir kural faydacılığının genel refaha hizmet etmek için koyacağı haklara sahip olduklarını düşündüklerini ileri sürdüğünü düşünecekler. Ancak birinci iddia, eşit olarak bahsettiğim, şimdiki genel refah fikirlerimizin bireysel hak fikirlerimizi yansıttığı karşıt sonucunu ileri sürebilir. Örneğin, Profesör Posner bu iddiayı verimli kaynak tahsisinin belli bir kavramını varsayarak savunur. Kıt bir kaynağın belli bir birey için değeri, toplum refahı her kaynak ona sahip olmak için başka herkesten daha fazla ödeyecek birinin ellerinde olduğunda maksimize olsun diye, bunun için ödemeye istekli olduğu parayla ölçülür.¹² Ancak bu, değer in hiç de kendinden belli ya da tarafsız bir kavramı değildir. Yarışmaya değer veren siyasi bir kurama uygundur ancak daha eşitlikçi bir kurama çok daha az uygundur, çünkü harcamak için daha azına sahip olduklarından daha az harcamaya istekli olan fakirlerin taleplerini alçaltır. Bu nedenle, Posner'ın değer kavramı bir bireysel haklar kuramının nedeni kadar sonucu olarak da görünüyor. Bununla beraber, her durumda birinci iddianın antropolojik tezi haklar tezine hiçbir tehdit oluşturmaz. Bir hâkimin haklar kuramının, başka şekildense içgüdüsel bir ekonomik değer anlayışıyla belirlendiğini kabul etsek bile, hâlâ zor davalarda kararları haklılaştırmak için ekonomik analize değil, bu kurama güvendiğini ileri sürebiliriz.

Bununla beraber, ayırt ettiğimiz ikinci iddia daha ciddi bir meydan okuma sunuyor görünebilir. Eğer hâkimler bazı davalarda açıkça ekonomik politikaya gönderme yapıyorlarsa, o zaman bu davalar sadece antropolojik

11) Bkz. Posner, "A Theory of Negligence", 1 J. Legal Stud. (1972) 29, 71.

12) Posner, *Economic Analysis*, 4.

tez lehine kanıt olarak anlaşılamaz. Learned Hand'in ihmalkârlık kuramı iktisada bu açık göndermenin en tanınmış örneğidir. Kabaca savunmanın fiilinin mantıksız ve bu nedenle dava edilebilir olup olmadığını sınamanın, savunmanın kazayı kendisine gelebilecek, kazanın muhtemel olmamasıyla hesaba katılmayan, eğer kaza meydana gelmiş olsaydı kazayı davacının uğramasının muhtemel olduğu zarardan daha az zararla engelleyip engelleyemeyeceğini soran ekonomik sınama olduğunu söyledi.¹³ Bu ekonomik sınamanın bir ilke argümanındansa politika argümanı sağladığı söylenebilir, çünkü karar, kazanın meydana gelmesine izin vermekle ya da önlemek için ne gerekiyorsa onu harcamakla kolektif refahın daha fazla geliştirilip geliştirilemeyeceğinde döner. Eğer böyleyse, o zaman Hand'inki gibi bir testin açık olarak kullanıldığı davalar, ne kadar az olurlarsa olsunlar, haklar tezine karşı örnekler olarak duracaklardır.

Ancak herhangi bir tür ekonomik hesaplamanın soyut ve somut haklar arasındaki ayrımı göz ardı ettiği varsayımı bir politika argümanı olmalıdır. Siyasi konularda konuşma hakkı gibi soyut haklar, çekişmeli hakları hesaba katmaz; diğer taraftan, somut haklar böyle bir çekişmenin etkisini yansıtır. Belli dava türlerinde çekişmeli soyut ilkelere somut bir hakka argüman, iktisat dilinde oluşturulabilir. Toplumun her üyesinin, diğer her üyenin kendisine türdeş insana yakışan saygıyla davranmasına hakkı olduğu ilkesini düşünün.¹⁴ Bu çok soyut bir ilkedir: Belli durumlarda korunması gerekenlerin çıkarları ve ilkenin ifade edilmemiş seviyede bir ilgi ve saygı talep ettiklerinin özgürlüğü arasında bir denge talep eder. Uygun dengeyi, özellikle de ekonomik sözlük kullanımda, farklı şartlar altındaki bu iki tarafın yararlarının toplamını karşılaştırarak tanımlamak doğaldır. Eğer bir adam diğerine zarar vereceğini önceden görecektir şekilde hareket ediyorsa, öyle ki davranışıyla ikilinin kolektif refahı oldukça azalacaktır, gerekli özen ve ilgiyi göstermiyordur. Eğer zarara karşı, örneğin, diğerinin yapacağından çok daha ucuz ve etkili biçimde koruyabilir ya da sigorta edebilirse, o zaman bu önlemleri almadığı ya da bu sigortayı düzenlemediği takdirde özen ve ilgi göstermiyordur.

13) *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Coase 22-3, çoğunlukla davacının mülkünü kullanmasına 'makul' bir karışmanın müdahale olmadığı doktrininin yorumlayan –ve çoğu müdahale içeren– davalardan başka örnekler veriyor.

14) Daha incelikli bir ilke argümanı Hand'in testi için bu basit ilkeninkinden daha iyi bir haklılaştırma sağlayabilir. Northwestern Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1975 yılı Mart ayında verilen Rosenthal Dersleri'nin bir serisinde daha incelikli bir argümanı tanımladım. Bununla beraber, bu basit ilke mevcut amaç için yeterince iyi bir haklılaştırma sağlar.

Argümanın karakteri, belki de ekonomik elbisesi olsa da, katiyen yeni değildir. Felsefeciler uzun süre bir toplumun üyelerinin birbirlerine borçlu olduğu ilgi seviyesini test eden varsayımsal durumlar tartıştılar. Örneğin, eğer bir adam boğuluyorsa ve diğeri minimal riskle onu kurtarabilirse, o zaman birincinin ikinci tarafından kurtarılmaya ahlaki bir hakkı vardır. Bu önerme kolayca ekonomik biçime sokulabilir: Eğer ikilinin kolektif yararı bir kurtarmayla oldukça arttıysa, o zaman boğulan adamın bu kurtarmaya bir hakkı ve kurtarıcının da bunu yapma görevi vardır. Paralel yasal önerme elbette bundan çok daha fazla karmaşık olabilir. Can alıcı soru, ikilinin kolektif yararının oldukça geliştirilip geliştirilemeyeceği sorusu değil, sadece marjinal olarak geliştirilip geliştirilmeyeceği sorusudur. Örneğin, bir adamın olumlu davranışı, hareket etme başarısızlığından ayrı olarak, bir kişiye ya da başkasının mülküne doğrudan ve önceden görülebilir fiziksel zarar verdiğinde sonraki soruyu ortaya koyabilir. Eğer haklar tezi sağlamsa, elbette o zaman hiçbir hâkim, eğer minimal saygı ilkesinin soyut bir yasal hakkı ifade ettiğine inanmıyorsa, bu yasal önermeye başvuramaz; ancak eğer inanıyorsa, o zaman argümanını, bu nedenle karakterini ilkedan politikaya değiştirmeden ekonomik biçimde oluşturabilir.

Hand'in testi ve boğulan bir adamı kurtarma hakkındaki paralel argüman çekişmeli hakları uzlaştırmamanın yolları olduğundan sadece soyut hakları tehlikede olanların refahını düşünüyorlar. Hakları söz konusu olanların refahlarının yansıtıldığı şekli hariç genel olarak toplum için giderler ya da yararlar için yer hazırlamazlar. Bu kısıtlamaları kabul etmeyen bir argümanı kolayca hayal edebiliriz. Birisinin, minimal riskte kurtarmayı gerektiren ilkeli kararın, kurbanın ve kurtarıcının kolektif yararlarının bir işlevinde değil de, kurtarıcı sadece kendisinin ve kurbanın göreceli risklerini değil ancak ikisinin göreceli toplumsal önemini hesaba katsın diye bütün olarak topluma marjinal bir yararın üzerinde verilmesini sağlayacak şekilde iyileştirilmesini savunduğunu varsayın. Bundan, önemsiz bir adamın bir banka başkanını korumak için hayatını riske atması gerektiği ancak bir banka başkanının hiç kimseyi korumak için kendisini yormasına gerek olmadığı çıkabilir. Argüman artık bir ilke argümanı değildir çünkü kurbanın hiçbir şeye değil ancak genel yarar altındaki beklentilerine hakkı olduğunu varsayar. Hand'in formülü ve daha karmaşık çeşitleri bu nitelikte argümanlar değildir; bireysel bir hakkı kolektif bir amaca ikincil tutmazlar ancak çekişmeli soyut hak iddialarını uzlaştırmak için bir mekanizma temin ederler.

İhmal davaları hâkimlerin somut hakları tanımlarken soyut olanları feda ettikleri tek dava değildir. Eğer bir hâkim, örneğin, soyut bir hakkı sınırlandırma gerekçesi olarak kamusal güvenliğe ya da hayati bir kaynağın kıtlığına başvurursa, o zaman başvurusu güvenliği feda edilecek ya da eğer soyut hak somut hale getirilirse adil kaynak payları tehdit edileceklerin çekişmeli haklarına bir başvuru olarak anlaşılabilir. Argümanı eğer bu tür argümanların dağılımsal gereksinimlerine saygı gösterirse ve eğer son kısımda bahsedilen kısıtlamaya uyarsa, bir ilke argümanıdır: Çekişmeli bir ilkenin ağırlığı uygun paralel politikanın ağırlığından daha az olabilir. Böyle yapmakla mahkemeler dava 'hücumuna' uğrayacağından, belli türde davalara izin verilmemesi gerektiği tanıdık argümanında farklı türde bir örnek buluruz. Mahkeme, eğer bu tür bir davaya izin verecek olursa, birlikte alındığında bu nedenle menetmeyi önerdiği haklardan daha önemli hakları haklı çıkarmayı amaçlayan diğer çabaları yeterince hızlı ele alacak süreden yoksun olacağını varsayar.

Bu, haklar tezinin belli bir sınırlamasını fark etmek için uygun bir noktadır. Hâkimin taraflardan birinin kazanmaya hakkı olduğunu varsaydığı standart sivil davalarda tutar, ancak bu varsayım yapılmadığında, sadece asimetrik olarak tutar. Cezai bir davada suçlananın, eğer suçsuzsa, kendi lehine bir karara hakkı vardır, ancak eğer suçluysa, devletin mahkûm etmeye paralel bir hakkı yoktur. Bu nedenle, mahkeme, örneğin kanıt kurallarını suçlananın beraat edilmeye bir hakkı olduğunu varsaymayan bir politika argümanına dayanarak test eden zor bir davada suçlanan lehine karar verebilir. Yüksek Mahkeme, *Linkletter-Walker Davası*'nda,¹⁵ *Mapp-Ohio Davası*'nda¹⁶ verdiği önceki kararının böyle bir karar olduğunu söyledi. Mahkeme, yasal olmayan şekilde ele geçirilen kanıtı izin veren kuralları, Bayan Mapp'ın eğer başka şekilde kabul edilebilirse böyle bir kanıtın kullanılmamasına bir hakkı olduğundan değil, polisleri gelecekte böyle deliller toplamaktan vazgeçirmek için değiştirdiğini söyledi. Bu gerekçelerde anayasal bir kararın uygun olduğunu ya da Mahkeme'nin önceki kararının sonraki tanımlamasının uygun olduğunu bile kastetmiyorum. Sadece, birbirine karşı karşıt hakların saptanmadığı bir adli dava biçiminin, haklar tezinin simetrik biçimde durduğu standart bir sivil davadan nasıl ayrıldığına işaret etmek istiyorum.

15) 381 U. S. 618 (1965).

16) 367 U. S. 643 (1961).

4. KURUMSAL HAKLAR

Haklar tezi, hâkimlerin zor davalara somut hakları onaylayarak ya da reddederek karar vermesini sağlar. Ancak hâkimlerin güvindikleri somut hakların başka iki ayırıcı niteliği daha olması gerekir. Arka plan haklardan kurumsal olmaları gerekir ve kurumsal hakların başka bir çeşidindense yasal olmaları gerekir. Bu nedenle, tezi bu ayrımların daha da ayrıntılı hale getirilmesi olmadan sınamayız.

Kurumsal haklar çok farklı nitelikte kurumlarda bulunabilir. Bir satranç oyuncusunun, eğer bir rakibi şah mat ederse, bir turnuvada sayıya 'satranç' hakkı vardır. Bir demokraside bir vatandaşın özgür konuşmasını korumak için gerekli olan yasaların kanunlaştırılmasına yasamacı bir hakkı vardır. Satranç durumunda, kurumsal haklar belirgin olarak oyuna ya da bir turnuvaya ait olan anayasal ve düzenleyici kurallarla belirlenirler. Bu anlamda satranç özerk bir kurumdur; katılımcıları arasında hiç kimsenin genel ahlaka doğrudan bir başvuruyla kurumsal hak iddiasında bulunamayacağını anlaşıldığını kastediyorum. Örneğin, hiç kimse genel erdemi sayesinde kazanan olarak ilan edilme hakkını kazandığını öne süremez. Ancak, yasama bu anlamda sadece kısmen özerktir. Bir yasama meclisinin ne olduğunu, kime ait olduğunu, nasıl oy verdiğini bir din kuramayacağını tanımlayan özel anayasal ve düzenleyici kuralları vardır. Ancak belirgin olarak mevzuata ait olan bu kuralları bir vatandaşın belli bir yasanın kanunlaştırılmasına hakkı olup olmadığını belirlemede nadiren yeterlidirler; örneğin minimum haftalık mevzuatına hakkı olup olmadığına karar vermezler. Vatandaşların, bu tür hakları savunduklarında, siyasi ahlakın genel hususlarına ilerlemeleri beklenir.

Bazı kurumların tamamen ve diğerlerinin kısmen özerk olduğu gerçeğinin daha önce bahsedilen bir sonucu vardır: Siyasi bir kuramın tanıdığı kurumsal haklar, sağladığı arka plan haklardan ayrılabilir. Kurumsal haklar yine de gerçek haklardır. Fakirlerin zenginlerden alınan para üzerinde soyut bir arka plan hakkı olduğunu varsaysak bile, bir satranç turnuvasında hakemlerin ödül parasını puanı en çok olan yarışmacıdan en fakir olanına vermesi sadece beklenmedik değil, aynı zamanda yanlış da olurdu. Turnuva haklarının sadece turnuvayı bir satranç turnuvası olarak adlandırmak için gerekli şartları tanımladığından hâkimin hareketinin, ödülü verirken 'satranç' sözcüğünü kullanmadığı sürece, haklılaştırıldığını söylemek bir bahane sağlamaz. Katılımcılar turnuvaya satranç kurallarının işleyeceği anlayışıyla katıldılar; bu kuralların uygulanmasına ve diğer hiçbirinin uygulanmamasına gerçek hakları var.

Kurumsal özerklik bir görevlinin görevini arka plan siyasi ahlakın büyük bir kısmından ayrı tutar. Ancak bu ayrı tutmanın etkisi nereye kadar uzar? Satranç gibi tamamıyla ayrı tutulmuş bir kurumun durumunda bile, bazı kurallar, bir görevli onları belli şartlarda uygulamadan önce, yorumlama ve detaylı hale getirilmeyi gerektirir. Bir satranç turnuvasının bir kuralının, hâkime, eğer bir oyuncu oyun sırasında rakibini 'mantıksız' bir şekilde kızdırırsa, oyuncuyu yenik ilan etme hakkı sağladığını varsayın. Kuralın dili neyin 'mantıksız' kızdırma olarak sayıldığını tanımlamaz; örneğin, Rus usta Tal'in bir kez Fischer'e yaptığı gibi, kızdırmak için rakibine sürekli gülümseyen bir oyuncunun onu mantıksız olarak kızdırıp kızdırmadığına karar vermez.

Hâkim zor davalara karar verirken kendi arka plan kanaatlerini uygulamakta özgür değildir. Bir siyasi kuram sorunu olarak bireylerin, entelektüel yeteneklere bakılmaksızın, eşit refaha hakkı olduğuna inanabilir. Zor davalara yenilme kuralıyla karar verirken bu kanaate güvenmesi yine de yanlış olurdu. Örneğin, kızdırıcı davranışın, oyunu kimin kazanacağına karar verirken entelektüel yeteneğin önemini azaltma etkisine sahip olduğu sürece, mantıklı olduğunu söyleyemez. Katılımcılar ve ilgilenen genel toplum görevinin tam tersi olduğunu söyleyecektir. Satranç entelektüel bir oyun olduğundan, yenilme kuralını yarışmada zekânın rolünü tehlikeye atmaktansa koruyacak bir şekilde uygulaması gerekir.

O zaman satranç hakeminin durumunda kurumsal haklar hakkındaki kararlarının, bu kısıtlamaların etkisi açık olmasa bile, kurumsal kısıtlamalar tarafından yönetildiğinin anlaşıldığı bir görevli örneğimiz var. 'Açık dokulu' belirsiz kuralların içine, dokular arası yasa koymakta serbest olduğunu düşünmüyoruz.¹⁷ Eğer yenilme kuralının bir yorumu oyunun karakterini koruyacak ve diğeri korumayacaksa, o zaman katılımcıların ilk yoruma hakkı vardır. Bu nispeten basit durumda zor davalarda kurumsal hakların hukukta zor bir davada bir hâkimin kararıyla ilgili olacak genel bir özelliğini bulmayı umut edebiliriz.

Satranç oyununun hakemin kararlarının saygı duyması gereken bir karakteri olduğunu söyledim. Bu ne anlama gelir? Bir hakem satrancın bir şans oyunu ya da bir dijital balet gösterisinden entelektüel bir oyun olduğunu nasıl bilir? Herkesin bildiği şeyle başlayabilir. Her kurum katılımcıları tarafından çok kaba bir kurum kategorisine konur; dini bir tören, bir uygulama biçimi ya da siyasi bir süreçtense bir oyun olarak alınır. Bu

17) Bkz. genel olarak H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 121-32.

nedenle, dijital yetenekte bir egzersizden çok bir oyun olan satrancın tanımlayıcısıdır. Tavırlarda, davranışlarda ve tarihte sergilenen bu gelenekler kesindir. Eğer herkes satranç, böylece bir yer *en prise* alındığında, başka bir şeye değil de şanslarına lanet etsinler diye bir şans oyunu olarak alırsa, o zaman satranç, çok kötü de olsa, bir şans oyunudur.

Ancak bu gelenekler eskiyecek ve hakem Tal'in gülüşünü karar vermek için yeterli bulana kadar bunlar eskiyebilecek. Bununla birlikte geleneklerin belli bir şekilde eskidiğini görmek önemlidir. Son sayfası kayıp olan bir kitap gibi eksik değildir, ancak, bütün etkisi farklı kavramlarına imkân veren bir kavramda yakalanabilsin diye, soyuttur; yani *karşı çıkılan* bir kavramda.¹⁸ Hakemin, bu kavramların birini ya da diğerini, geleneğe katkıda bulunmak için değil onu uygulamak için seçmesi gerekir. Oyunun karakterini kendisine farklı soru serileri sorarak *oluşturması* gerekir. Satrancın entelektüel bir oyun olduğu göz önünde tutulursa, poker gibi psikolojik gözdağı verme yeteneğini içeren bir anlamda entelektüel midir? Ya da matematik gibi yeteneği içermeyen bir şekilde entelektüel midir? Bu birinci seri soru, ondan oyuna daha yakından bakmasını, özelliklerinin bu zekâ kavramlarının diğeri yerine birini destekleyip desteklemediğini belirlemesini ister. Ancak, aynı zamanda farklı bir seri soru da sormalıdır. Satrancın entelektüel bir tür oyun olduğu dikkate alınırsa, bir satranç oyununda mantıklı davranış hakkında ne çıkar? Psikolojik gözdağı verme yeteneği ya da böyle bir gözdağına direnme yeteneği gerçekten entelektüel bir nitelik midir? Bu sorular ondan zekâ kavramının kendisine daha yakından bakmasını ister.

Hakemin hesaplamaları, eğer kendi durumunu ölçebilen nitelikteyse, sıradaki safhada sorulacak soruları giderek daha da daraltarak bu iki seri soru arasında gidip gelecek. Önce, kavram üzerinde düşünerek, zekânın farklı kavramlarını tanımlayabilir. Örneğin, bu birinci safhada baleden varılan türde fiziksel zarafetin zekânın bir türü olduğunu varsayabilir. Ancak sonra bu farklı kavramları oyunun kuralları ve uygulamalarına karşı sınaması gerekir. Bu sınama zekânın herhangi bir fiziksel kavramını dışarıda bırakacaktır. Ancak psikolojik gözdağını içeren bir kavram ya da reddeden bir kavram arasında bir ayırım yapmayabilir, çünkü bu kavramların hiçbirisi herhangi bir genel açıklama kuralına göre kurallar ve uygulamaların, diğeri tarafından sağlanan anlatıma açıkça daha üstün olmayan bir anlatımını

18) Bkz. Gallie "Essentially Contested Concept", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1965) 167, 167-168. Aynı zamanda 10.Bölüm'e bakınız.

temin edemez. O zaman kendisine bu iki anlatımın hangisinin zekânın gerçekten ne olduğunun daha derin ve daha başarılı bir anlatımını sunduğunu sorması gerekir. Bu şekilde oluşturulan hesaplamaları, akıl felsefesini ve karakterini ayrı tutması gereken kurum gerçekleri arasında gidip gelir.

Bu elbette hiçbir zaman gerçekleşmeyecek bir hesaplamanın sadece hayali bir yeniden yapılanmasıdır; herhangi bir görevlinin oyun anlayışı kariyeri süresince gelişmiş olacak ve yargılarında bu anlayışı göstermek-tense uygulayacak. Ancak, yeniden yapılandırma oyunun karakteri kavramına özel bir kurumsal sorun için nasıl biçim verilmiş olduğunu görme-mize imkân verir. Katılımcılarının farklı kuralların geçerli olduğu kurum-sal haklara sahip oldukları özerk bir kurum kurulduğu zaman, durumun özünde, cevabı olduğu varsayılması gereken zor davalar ortaya çıkabilir. Eğer Tal'in oyunun sürdürülmesine hakkı yoksa, bu, uygun olarak anlaşıldığında, yenilme kuralının hakemin müdahalesini haklılaştırması nede-niyle öyle olmalıdır; eğer öyleyse, o zaman Fischer'ın doğrudan kazanma hakkı vardır. Eğer takdir yetkisinin zayıf bir biçimi kastedildiyse, o zaman söz yardımcı değildir; eğer Tal'in artık kazanmaya hakkı olmadığı türünde güçlü bir anlam kastedildiyse, o zaman bu, tekrar, uygun olarak anlaşılan kuralın başka bir şekilde sahip olacağı kararı yaktığından böyle olmalıdır.¹⁹ Böyle bir durumda bütün tarafların hakemin en iyi yargısını kullanaca-ğını umut etme hakkı olduğunu söylediğimizi varsayın. Bu bir anlamda tamamen doğrudur çünkü hakemin yargısı yoluyla, en iyi yargısından daha iyisine sahip olamazlar. Ancak, yine de, oyun şartlarında hangi davranışın mantıksız olduğu hakkında hakemin en iyi yargısına hakları vardır; haklarının ne olduğu hakkında hakemin en iyi yargısına hakları vardır. Bu soruya 'doğru' bir cevabın olduğu önermesi satranç kurallarının ayrıntılı ve belirsiz olmadığı anlamına gelmez; daha çok görevlileri ve katılımcıla-rının sorumlulukları hakkında karmaşık bir ifadedir.

Ancak zor bir davadaki kararın tarafların hakları hakkında bir karar olması gerekiyorsa, o zaman bir görevlinin bu yargı için nedeni, bir hakkı tanımayı ya da reddetmeyi haklılaştıran bir tür neden olmalıdır. Kararına, kendi kurumu durumunda, neden kuralların herhangi bir kuralı yaratması ya da yıkması gerektiğinin genel bir kuramını getirmelidir ve bu genel ku-ramın zor bir davada hangi kararı gerektirdiğini göstermelidir. Bir satranç turnuvasına girerek belli ve sadece o kuralların uygulanmasına razı olurlar ve herhangi bir kurumsal hakka sahip olduklarını varsaymak için herhangi

19) Bkz. 2. Bölüm.

bir diğer gerekçe hayal etmek zordur. Ancak, eğer böyleyse ve eğer zor bir davadaki karar aslında hangi haklara sahip oldukları hakkında bir kararsa, o zaman karar lehine argüman bu genel gerekçeyi zor davaya uygulamalıdır.

Zor davanın bir siyasi kuram sorusu ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. Oyuncuların yenilme kuralına razı olurken ne yaptıklarını varsaymanın adil olduğunu sorar. Bir oyunun karakteri kavramı bu soruyu çerçevelendirmek için kavramsal bir araçtır. Kurumun genel haklılaştırmasını –kurumun kendi içindeki ayrımlarda elde edilebilir yapmak için– içselleştiren tartışmalı bir kavramdır. Bir oyuncunun sadece bir seri kurala değil ancak kendi karakterine sahip olduğu söylenebilecek bir girişime razı olduğunu varsayar; böylece soru ortaya konduğunda (Buna razı olarak neye razı oldu?) cevap, girişimi sadece kurallar olarak değil bir bütün olarak inceleyebilir.

5. HUKUKİ HAKLAR

A. Yasama

Zor davalarda yasal argüman doğası ve işlevi bir oyunun karakteri kavramına çok benzeyen karşı çıkılan kavramlar üzerinde döner. Bunlar hukukun ifade edildiği, bir sözleşme ya da mülk kavramı gibi, bağımsız kavramların birden fazlasını içerir. Ancak, aynı zamanda mevcut argümanla çok daha fazla alakası olan iki kavramı da içerirler. Birincisi, belli bir yasanın ya da yasa maddesinin ‘niyeti’ ya da ‘amacı’ kavramıdır. Bu kavram yasaların haklar yarattığı genel fikrin siyasi haklılaştırması ve belli bir yasanın hangi hakları yarattığını soran zor davalar arasında bir köprü oluşturur. İkincisi, hukukun pozitif kurallarının ‘altında yatan’ ya da ‘[onlara] gömülü olan’ ilkeler kavramıdır. Bu kavram benzer davalara aynı şekilde karar verilmesi doktrininin siyasi haklılaştırması ve bu genel doktrinin ne gerektirdiğinin açık olmadığı zor davalar arasında bir köprü oluşturur. Bu kavramlar birlikte yasal hakları siyasi hakların, çok özel bir işlev olsa da, bir işlevi olarak tanımlar. Eğer bir hâkim yasal sistemini belirlenmiş uygulamalarını kabul ederse –eğer ayrı yasal ve düzenleyici kuralları tarafından sağlanan özerkliği kabul ederse– o zaman siyasi sorumluluk doktrinine göre bu uygulamaları haklılaştıran genel bir siyasi kuramı kabul etmesi gerekir. Yasamacı amacın kavramları ve genel hukuk ilkeleri bu genel siyasi kuramı yasal haklar hakkındaki tartışmalı konulara uygulamak için araçlardır.

Bu nedenle felsefi bir hâkimin, uygun davalarda, yasama amacının ve yasal ilkelerin gerektirdiği şeyi nasıl geliştirebileceğini düşünmekle iyi yaparız. Bu kuramları oyunun karakterinde felsefi bir hakemin oluşturduğu şekilde oluşturacağını göreceğiz. Bu amaç için Herkül adını vereceğim insanüstü beceri, öğrenme, sabır ve dirayete sahip bir avukat uydurdum. Herkül'ün, temsili bir Amerikan yargı dairesinde bir hâkim olduğunu varsayıyorum. Yargı dairesinde temel tartışmasız anayasal ve düzenleyici kuralları kabul ettiğini varsayıyorum. Yani yasaların yasal haklar oluşturma ve kaldırma genel gücü olduğunu ve hâkimlerin mahkemelerinin ya da, avukatların dediği gibi, mantığı mahkemedeki davaya ulaşan, daha yüksek mahkemelerin önceki kararlarını izleme genel görevi olduğunu kabul ediyor.

1. *Anayasa.* Herkül'ün yargı dairesinde eğer bir din kurarsa hiçbir kanunun geçerli olmayacağını sağlayan yazılı bir anayasanın olduğunu varsayın. Yasama meclisi bir kilise topluluğuna ait okullardaki çocukların otobüsle bedava taşınmasını bağışlamayı iddia eden bir kanun çıkarıyor. Bağış bir din mi kurar?²⁰ Anayasal şartın sözcükleri her iki görüşü de destekleyebilir. Herkül'ün yine de önünde beliren çocuğun otobüsle seyahate hakkı olup olmadığına karar vermesi gerekiyor.

Anayasanın neden hak oluşturma ya da kaldırma gücü olduğunu sorarak başlayabilir. Eğer vatandaşların, birçok insanın olduğuna inandığı gibi, kurulmuş bir kilise yoluyla kurtuluşa hakları varsa, o zaman bu önemli bir hak olmalıdır. Bir grup adamın birkaç yüzyıl önce başka bir şekilde oy verdiği gerçeği bu arka plan hakkın da yasal bir hak olmasını neden önlesin? Cevabı bu tür bir biçim almalı. Anayasa adilanelik nedenleriyle belirlenmiş olarak alınmaya yetecek kadar adil olan genel bir siyasi plan hazırlar. Vatandaşlar kurumları bu planla uyumlu olarak düzenlenen ve yönetilen bir toplumda yaşamının yararını görürler ve aynı zamanda, en azından ya farklı düzeltme ya da genel devrimle yeni bir plan işleme konana kadar, yükleri de çekmeleri gerekir. Ancak Herkül'ün o zaman hangi ilke planının belirlenmiş olduğunu sorması gerekir. Anayasal bir kuram oluşturmaları gerekir; o Herkül olduğuna göre anayasayı bütünüyle haklılaştıran tam bir siyasi kuram geliştirebileceğini varsayabiliriz. Elbette, bu anayasanın belli kurallarına uyan bir plan olması gerekir. Kurulmuş bir kiliseye güçlü bir arka plan hakkı içeremez. Ancak birden fazla tamamıyla belirlenmiş kuram din hakkındaki belli şartta yeterince iyi uyabilir.

20) Bkz. *Everson v. Board of Educ.*, 330 A.B.D. I (1947).

Bir kuram, örneğin, hükümetin büyük toplumsal gerginlik ya da düzensizliğe neden olacak herhangi bir yasayı kanunlaştırmasının yanlış olduğunu sağlayabilir; öyle ki, bir kilisenin kurulması bu etkiyi yapacağından yasama meclisine kuracak gücü vermek yanlıştır. Diğer bir kuram dini özgürlüğe bir arka plan hak temin edecektir ve bu nedenle kurulmuş bir kilisenin, toplumsal olarak yıkıcı olacağından değil, ancak bu arka plan hakkı ihlal ettiğinden yanlış olduğunu ileri sürecektir. Bu durumda, Herkül'ün bu iki kuramdan hangisinin bütün olarak anayasal planla daha düzgün bir uyum sağladığını görmek için, bu kuralların altındaki geriye kalan anayasal kurallar ve belirli uygulamalara dönmesi gerekir.

Ancak bu sınamada daha üstün olan kuram yine de bazı davalara karar vermek için yeterince somut olacak. Herkül'ün kurulma hazırlığının herhangi bir toplumsal düzen amacındansa dini özgürlük hakkıyla haklılaştırıldığına karar verdiğini varsayın. Geriye daha kesin olarak dini özgürlüğün ne olduğunu sormak kalır. Bir dini özgürlük hakkı birinin vergisinin bir dinin sürmesini sağlayacak herhangi bir amaçta kullanılmaması hakkını içerir mi? Eğer öncekiyse, o zaman bedava ulaşım yasası bu hakkı ihlal eder, ancak eğer sonrakiyse ihlal etmez. Kurallar ve uygulamanın kurumsal yapısı dini özgürlüğün bu iki kavramın her ikisini de dışarıda bırakmak ya da birini bu yapının açıkça daha üstün bir haklılaştırması yapmak için yeterince detaylandırılmamış olabilir. Bu nedenle, kariyerinin bir noktasında Herkül soruyu sadece bir kuram ve kurumun kuralları arasında bir uyum konusu olarak değil, aynı zamanda bir siyasi felsefe konusu olarak gözden geçirmelidir. Hangi kavramın dini özgürlük genel fikrinin daha memnun edici bir detaylandırılması olduğuna karar vermesi gerekir. Bu soruya karar vermelidir çünkü başka türlü başladığı projeyi yeterince uzağa taşıyamaz. Anayasanın hangi siyasi planı belirlediği sorusuna yeterli ayrıntıda cevap veremez.

Böylece, Herkül bu projeye çekingen satranç hakeminin sürecine oldukça benzeyen bir mantık yürütme sürecine zorlanır. Tıpkı satranç hake-minin oyununun karakteri hakkında bir kuram geliştirmeye zorlanması gibi, bu hükümet planını haklılaştıran karmaşık bir seri ilkeler ve politikalar kılığında, bir anayasa kuramı geliştirmesi gerekiyor. Bu kuramı sırayla siyasi felsefeye ve kurumsal detaya gönderme yaparak geliştirmesi gerekir. Planın farklı yönlerini haklılaştıran muhtemel kuramlar oluşturması ve kuramları daha geniş kuruma karşı test etmesi gerekir. Bu testin ayırt edici gücü tüketildiğinde, başarılı kuramın yer verdiği rakip kavramları detaylı hale getirmesi gerekir.

2. *Yasalar*. Herkül'ün yargı dairesindeki bir yasa birisinin bilerek eyaletler arası ticarete 'yasal olmayan şekilde ele geçirilmiş, kapatılmış, kandırılmış, tuzağa düşürülmüş, rehin alınmış, kaçırılmış, ya da herhangi bir şekilde götürülmüş bir kişiyi' taşımasının federal bir suç olduğu şartını koyuyor. Herkül'ün bu yasanın, dini evlilik dediği şeyi tamamlamak için onunla kaçması dini görevi olan genç bir kızı ikna etmiş olmasının bir mahkeme kararını ihlal etmekle bir adamı federal bir suçlu yapıp yapmadığına karar vermesi isteniyor.²¹ Yasa, federal otoritelerin kaçırılanların kovalanmasına katılmaları için, ünlü bir rehin alma olayından sonra kabul edilmişti. Ancak, sözcükleri bu duruma uygulamak için yeterince geniş ve yasa kaydında ya da ona eşlik eden komite raporlarında böyle olmadıklarını söyleyen hiçbir şey yok.

Uygulanırlar mı? Herkül'ün kendisi kutsal evliliği küçümseyebilir, reşit olmayanların evlenmesinden tiksinebilir ya da çocukların ebeveynlerine boyun eğmelerini övebilir. Yine de, eğer uygun olarak anlaşılan yasa onu bu haktan alıkoymuyorsa, damadın özgürlüğü hakkı vardır; bu, hâkimlerin davranışı önce olanı kapsayacak şekilde suça it davranış yaratmaya güçleri olduğu yönünde herhangi bir makul anayasa kuramıyla tutarlı değildir. Yasa onu bu haktan mahrum mu bırakır? Herkül herhangi bir yasanın neden yasal hakları değiştirme hakkı olduğunu sormakla başlamalıdır. Cevabı anayasa kuramında bulacak: Bu, örneğin, demokratik olarak seçilmiş bir yasama meclisinin suça it davranış hakkında kolektif kararlar alacak uygun gövde olduğunu sağlayabilir. Ancak, bu aynı anayasal kuram yasama meclisine belli sorumluluklar empoze edecektir: Sadece bireysel hakları yansıtan kısıtlamalar değil, aynı zamanda kamusal refahı tanımlayan kolektif amaçların peşinden koşma genel görevini de empoze edecektir. Bu gerçek, bu zor davada Herkül için yararlı bir test sağlar. Hangi yorumun yasama meclisinin anayasal sorumluluklarına kullandığı dili daha başarılı olarak bağladığını sorabilir. Yani, hakemin bir oyunun karakteri hakkındaki sorusu gibi. Belli yasa koyucuların akli durumları hakkında bir varsayımın oluşturulmasını değil de, bu yasayı, yasama meclisinin daha genel sorumluluklarının ışığında, herhangi bir alternatif kuramdan daha iyi haklılaştıran özel bir siyasi kuramın oluşturulmasını ister.²²

21) Bkz. *Chatwin v. United States*, 326 A.B.D. 455 (1946).

22) Yasa yorumlarında politikanın kullanımının önceki bir örneği anayasanın bu biçimini örnekendirir. *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 24 Mass. (7 Pick.) 344 (1830) *aff'd*, 36 A.B.D. (II Pet.) 420 (1837); mahkemenin, Charles Nehri'ne bir köprü inşa edecek bir imtiyazın, hiçbir ileri imtiyaz bağışlanmasın diye, özel olarak alınıp alınmamasına karar vermesi ge-

Hangi ilke ve politika argümanları uygun olarak yasa koyucuyu sadece bu yasayı kanunlaştırmaya ikna etmiş olabilir? Anayasal olarak her olası durumda, eyalet cezai uygulamasını federal uygulamayla değiştirmeyi tasarlayan bir politikayı koalamış olmamalıydı. Bu, Herkül'ün anayasal kuramının bir parçası olması gereken federalizm ilkesine gereksiz bir müdahaleyi temsil ederdi. Bununla beraber, sorumlu olarak eyalet uygulaması için bütün suçları öyle bir eyaletler arası karakterde seçme politikası izlemiş olabilirdi ki, eyalet uygulaması engellenmiş olurdu. Ya da sorumlu olarak sadece özellikle tehlikeli ya da yaygın karakterde olan suçları seçmiş olabilirdi. Bu iki sorumlu politikanın hangisi gerçekte taslağı hazırlanan yasanın daha iyi bir haklılaştırmasını sunar? Eğer yasa tarafından sağlanan cezalar genişse ve bu nedenle önceki politikaya değil de sonrakine uygunsa, sonraki politika tercih edilmelidir. Yasanın dil tarafından izin verilen hangi farklı yorumları bu politikaya daha iyi hizmet eder? Açıkça durum tarafından sunulan türde bir aldatmaca yasa tarafından federal bir suç yapılmaz.

Yasa yorumlamanın basit ve belki de temsili olmayan bir sorununu tanımladım çünkü şimdi herhangi bir detaylı yasa yorumlama kuramı geliştiremem. Sadece, hâkimlerin yasaların amaçları hakkında yaptıkları hesaplamaların siyasi haklar hakkında hesaplamalar olduğu, genel iddiasının nasıl savunulabileceğini önermek istiyorum. Bununla beraber, bu basit örnekte bile fark edilmesi gereken iki nokta var. Birincisi, Herkül'ün yasama meclisinin yasayı kanunlaştırırken yaptığına ilave ettiğini ya da eğer dava tarafından sunulan sorundan haberdar olmuş olsaydı ne yapmış olacağını belirlemeye çalıştığını söylemek doğru olmaz. Bir yasama meclisinin hareketi, buradaki tanımların ileri sürdüğü gibi, belli bir noktada bittiğini söylemek için etkisini bir şekilde ölçebileceğimiz bir olay değildir; daha çok içeriği bir oyunu oynamayı kabul etmenin itiraz edildiği şekilde

rekti. Yüksek Adalet Mahkemesi'nden [Supreme Judicial Court] Yargıç Morton, bağışın özel olarak alınmayacağına karar verdi ve şu yorumu destekledi:

Eğer durumlar eyaletin gelişmesi ve zenginleşmesiyle tutarlı olmayan sonuçlar, bağışlanan imtiyazların liberal ve genişletilmiş inşasından kaynaklanıyorsa, eğer kullanılan sözcükler buna imkan sağlarsa, böyle bir ihtiyatsızlığı yasama meclisine atfetmektense çok daha sınırlı ve kısıtlı birini benimsemeliyiz. (...)

[Bağışı özel olarak yorumlamak] esasen bir sözleşmeye varmak demek olurdu; davacının imtiyazı sırasında, seyahat ve ulaşım olanaklarında, ulusumuzun önemli bir kısmı *statüko* içinde kalmalıdır. Karşı konulamaz biçimde, bu inşanın ne sağlam mantıkla ne de özgür kurumlarımızın ilkeleriyle ahenkli olduğu sonucuna vardım.

itiraz edilen bir olaydır. Herkül siyasi kuramını, bu durumda, yasa koyucunun ne yaptığı hakkında bir kuram olarak oluşturur. Karşıt argüman, aslında söylediğini yapmadığı, sağduyunun gerçekçi bir parçası değildir ancak bu tartışmalı olayın gerçek içeriği hakkında rakip bir iddiadır.

İkincisi, gerçek yasanın kanuni terimlerinin tanımlanan süreçte nasıl büyük bir rol oynadığını fark etmek önemlidir. Durumun doğasında başka bir şekilde sınırsız olması gereken bir şey için bir sınır sağlarlar. Herkül'ün yasayı yorumlamak için geliştirdiği, tehlikeli suçlar için bir federal uygulama sağlama politikasını vurgulayan siyasi kuram, yasama meclisinin, dilin herhangi bir yorumunda, yapmadığı birçok kararı haklılaştırır. Örneğin, bir katilin suç eyaletini terk etmesini federal bir suç yapan bir yasayı haklılaştırır. Yasama meclisinin herhangi bir belli politikanın hatlarını izleme genel görevi yoktur ve Herkül'ün yasama meclisinin bir anlamda bu ileri yasayı kanunlaştırdığını varsayması açıkça yanlış olurdu. Kanunlaştırdıkları yasanın sözcükleri bu yorumlama sürecinin saçmalık olmadan işlemesine imkan sağlar; Herkül'ün yasama meclisinin bir politikayı, aynı zamanda bu politikayı belirsiz bir ileri noktaya ittiğini varsaymadan, kullandığı dilin sınırlarına ittiğini söylemesine izin verir.

B. Common law

1. *Emsal Karar*. Bir gün avukatlar Herkül'e herhangi bir yasa üzerinde dönmeyen zor bir dava sunacaklar; Herkül'ün mahkemesinin önceki genel hukuk kararlarının, uygun olarak anlaşıldığında, bir tarafa kendi lehine bir karar için hak sağlayıp sağlamadığını tartışacaklar. *Spartan Steel* böyle bir davaydı. Davacı herhangi bir kanunun ekonomik zararını tazmin etmesini sağladığını ileri sürmedi; bunun yerine başka türde zararlar için tazminat hükmeden belli önceki adli kararlara işaret etti ve bu davalar ardındaki ilkenin onun için de bir karar gerektirdiğini ileri sürdü.

Herkül neden bu tür argümanların, ilkede bile, sağlam olduğunu sormakla başlamalıdır. Hiçbir çabuk ya da açık cevabı olmadığının farkına varacaktır. Kendisine yasama hakkında paralel soruyu sorduğunda, genel demokratik kuramda, hazır bir cevap buldu. Ancak şimdi haklılaştırması gereken emsal uygulamalarının detayları nispeten daha basit olan her kurama direnmelidir.

Bununla beraber, bu cevap onu teşvik etmiş olabilir. Hâkimler, genel hukukta belli davalara karar verdiklerinde, topluma bir şekilde yaran olması düşünülen genel kurallar koyarlar. Daha sonraki davlara karar veren

diğer hâkimler, bu nedenle, bu kuralları yarara ulaşılabilsin diye uygulamalıdır. Eğer konunun bu anlatımı emsal uygulamalarının yeterli bir haklılaştırması olsaydı, o zaman Herkül bu zor genel hukuk davalarına, yasa yorumu için bulduğu teknikleri kullanarak, sanki önceki kararlar yasaymış gibi karar verebilirdi. Ancak bu kuramı çok fazla izlerse hayati zorluklarla karşılaşacak. Neden olduğunu detaylıca düşünmek bize karşılığını verecek çünkü kuramdaki hatalar daha başarılı bir kurama rehber olacak.

Az önce farkına vardığımız gibi, yasal yorumlama, ne kadar belirsiz ve belirtilmemiş olsa da, sözcüklerin yasanın yapmış olarak alınabileceği siyasi kararlara sınırlar koyan meşru bir biçiminin mevcudiyetine bağlıdır. Herkül davacıların emsal olarak alıntı yaptığı fikirlerin çoğunun davanın ortaya koyduğu kuralın meşru bir biçimi olarak alınan hiçbir özel önerme içermediğini keşfedecektir. Bundan sonra, bir kişi, örneğin *Rylands-Fletcher*²³ davasındaki kurala gönderme yapabilsin diye, bu tür meşru ifadelerde bulunmanın, on dokuzuncu yüzyılın son kısmı ve bu yüzyılın ilk kısmı boyunca, Anglo-Amerikan adli tarzının bir parçası olduğu doğrudur. Ancak, bu dönemde bile, avukatlar ve ders kitabı yazarları ünlü fikirlerin hangi kısımlarının bu karaktere sahip olarak alınması gerektiği konusunda anlaşmazlığa düştüler. Bugün, her durumda, önemli fikirler bile nadiren bu yasamacı tür teknik ressamlığa kalkışıyor. Bir kararı haklılaştırmak için emsaller ve ilkeler biçiminde gerekçeler alınıyorlar, ancak bu emsal ve ilkeleri haklılaştırmak için yeni ve ifade edilen bir hukuk kuralını değil, kararı alınıyorlar. Bazen bir hâkim karar verdiği davaların tam etkisini belirlemenin sonraki davalarda yattığını açıkça kabul eder.

Herkül elbette daha önceki bir davada sözcüklerin meşru bir biçimini bulursa, yasa yorumlama tekniklerini bu sözcüklerden oluşan kanunun yeni bir durumu kucaklayıp kucaklamadığına karar vermek için kullanacak.²⁴ Emsalin kanunlaştırma gücü adı verilebilecek şeyi kabul edebilir. Yine de, bir emsalin kanunlaştırma gücü olduğunda sonraki davalardaki etkisinin bu güçle sınırlı olmadığını fark edecektir. Hâkimler ve avukatlar

23) [1866] L.R. I Ex. 265, *aff'd*, (1868) L.R. 3 H.L. 330.

24) Ancak, Herkül haklar tezini kabul etmeye yöneltileceğinden, adli kanunlaştırmaları 'yorumlaması' yasaları yorumlamasından önemli bir açıdan farklı olacak. Yasaları yorumladığında, bir yasa diline, gördüğümüz gibi, yasa koyucunun sorumlulukları ışığında bu dilin en iyi haklılaştırmasını sağlayan ilke ya da politika argümanları tutturur. Argümanı bir ilke argümanı olarak kalır; politikayı yasa koyucunun çoktan ne yarattığını belirlemek için kullanır. Ancak, adli kanunları 'yorumladığında', alakalı dile sadece ilke argümanlarını tutturacaktır, çünkü haklar tezi sadece bu tür argümanların 'kanunlaştırıcı' mahkeme sorumluluğunu temize çıkar-dığını ileri sürer.

bir emsalin etkisinin belli bir sözcük grubunun dilsel sınırlarıyla, bir yasa gibi, tükeneyeğini düşünmüyorlar. Eğer *Spartan Steel* bir New York davası olsaydı, davacının avukatı Cordazo'nun, bir kadının ihmalli üretilmiş bir otomobil tarafından uğradığı zarar için tazminat aldığı, *MacPherson-Buick*²⁵ davasındaki önceki kararının, önceki kararın bu hakkın kanunlaştırması olarak yorumlanabilecek herhangi bir dili içermediği gerçeğine rağmen, müşterisinin tazminat hakkı lehine önemli olduğunu varsayardı. Önceki kararın sonraki karar üzerinde, sonraki kararlar onun özel yürüncesinin dışında olsa bile, yerçekimsel bir güç uyguladığında ısrar ederdi.

Bu yerçekimsel güç, Herkül'ün genel emsal kuramının yakalaması gereken uygulamasının bir parçasıdır. Bu önemli açıdan, adli uygulama diğer kurumlardaki görevlilerin uygulamalarından ayrılır. Satrançta görevliler tam kurumsal özerklik varsayan şekilde belirlenmiş kurallara uyarlar. Orijinalliği, sadece, yenilme kuralı gibi, seyrek bir kuralın bu orijinalliği talep ettiği gerçeği tarafından istenen boyutta uygulanır. Bu nedenle, bir satranç hakeminin her kararının belirlenmiş bir satranç kuralı tarafından, bu kararların bazıları sadece açık ve kaçınılmaz anlamdan çok bu kuramın bir yorumuna dayalı olsa da, doğrudan talep edildiği ya da haklılaştırıldığı söylenebilir.

Bazı hukuk felsefecileri, yasal kuralların muhtemelen satranç kurallarından çok daha fazla yorumlama gerektirmesi dışında, genel hukukun hüküm vermesi hakkında, sanki bu şekilde satranç gibiymiş gibi yazarlar. Bu, örneğin, Profesör Hart'ın zor davaların sadece hukuk kuralları 'açık dokulu' olduğu için ortaya çıktığı argümanının ruhudur.²⁶ Aslında, hâkimler sıklıkla sadece bir kural ya da ilkenin nasıl yorumlanması gerektiği hakkında değil, bir hâkimin alıntı yaptığı kural ya da ilkenin bir kural ya da ilke olarak tanınıp tanınmaması gerektiği hakkında da anlaşmazlığa düşerler. Bazı davalarda hem çoğunluk hem de muhalif fikirler aynı önceki davaları alakalı olarak tanır, ancak bu emsalin hangi kural ya da ilkeyi belirlediğinin anlaşılması konusunda anlaşmazlığa düşerler. Satrancın tersine, hüküm vermede belli bir kural *lehine* argüman bu kuraldan [çıkan] belli bir davaya argümandan daha önemli olabilir; ve davaya hiç kimsenin daha önce duymadığı bir kurala başvurarak karar veren satranç hakeminin kovulacağı ya da belge verileceği, muhtemelken böyle yapan bir hâkimin hukuk okulu derslerinde övüleceği muhtemeldir.

25) *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, III N.E. 1050 (1916).

26) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 121-32.

Yine de, hâkimler önceki kararların yorumlama dışında başka bir yolla yeni ve tartışmalı kuralların formüle edilmesine katkıda bulunduğunda hemfikir görünüyorlar; önceki kararların, bu etkinin ne olduğu hakkında anlaşılamaması da, yerçekimsel gücü olduğunda hemfikirdirler. Yasa koyucu, çok sıklıkla, bir konu ya da oyunu nasıl vereceğine karar verirken, kendini sadece arka plan ahlak ya da politika konularıyla meşgul edebilir. Oyunun yasama meclisindeki meslektaşlarının ya da geçmiş yasa koyucuların oylarıyla tutarlı olduğunu göstermesi gerekmez. Ancak, hâkim nadi-ren bu karakterde bir bağımsızlığı varsayar. Her zaman orijinal bir karar için sağladığı haklılaştırmayı diğer hâkim ya da görevlilerin geçmişte aldıkları kararlarla bağdaştırmaya çalışacaktır.

Aslında, iyi hâkimler genel bir şekilde nasıl çalıştıklarını açıklamaya çalıştıklarında, yeni kanun oluşturdıklarını varsaydıklarında bile hissettikleri kısıtlamaları –eğer yasa koyucu olsalardı uygun olmayacak kısıtlamaları– tanımlamak için benzetmeler ararlar. Örneğin, bir bütün olarak hukukta içkin olan yeni kurallar bulduklarını, politikadansa, daha çok felsefeye ait olan bir metot yoluyla hukukun içsel bir mantığını uyguladıklarını, hukukun kendisini saf işlettiği araçlar yoluyla ya da hukukun, bu mantıktan çok tecrübeye ait olsa da, kendi hayatı olduğunu söylerler. Herkül'ün bu ünlü metaforlar ve kişileştirmelerle memnun olmaması gerekir; ancak, aynı zamanda adli sürecin en iyi avukatlara başvurmalarını göz ardı eden herhangi bir tanımlamasıyla da memnun olmamalıdır.

Emsalin yerçekimsel gücü, emsalin tam gücünü bir yasama parçası olarak kanunlaştırma gücünden aldığı şeklinde gören herhangi bir kuramla yakalanamaz. Ancak bu yaklaşımın yetersizliği daha üstün bir kuram ileri sürer. Bir emsalin yerçekimsel gücü, kanunları uygulama bilgeliğine değil, benzer davaları aynı şekilde ele alma bilgeliğine başvurmayla açıklanabilir. Bir emsal önceki bir siyasi kararın raporudur; bir siyasi tarih parçası olarak bu kararın gerçekliği gelecekte diğer davalara benzer bir şekilde karar vermek için bir neden sağlar. Emsalin yerçekimsel gücünün bu genel açıklaması, bir emsalin gücünün kendi fikrinin dilinden kaçtığı, kanun kuramını yenen özelliğin hesabını verir. Eğer bir toplumun hükümeti kusurlu motorlu araba üreticisini, kusur nedeniyle yaralanan bir kadına tazminat ödemeye zorladıysa, o zaman bu tarihsel gerçek en azından aynı hükümetin neden bu kaybı kazanca dönüştürmek için çalışanlarının kusurlu işi yoluyla ekonomik zarara yol açan bir sözleşmeci istediğine dair bir neden sunmalıdır. Bu nedenin ağırlığını, uygun olarak yorumlandığında önceki kararın dilinin sözleşmecinin zararı ödemesini gerektirip ge-

rektirmediğini sorarak değil, hükümetin, birinci davada yaptığı gibi, müdahale etmiş olarak, ikincisinde yardımını reddetmesinin adil olup olmadığını farklı sorusunu sorarak sınavabiliriz.

Herkül bu hakkaniyet doktrininin emsalin tam uygulamasının tek yeterli anlatımını sunduğu sonucunu çıkaracak. Zor davalara karar verirken kendi sorumlulukları hakkında belli ileri sonuçlar çıkaracak. Bunların en önemlisi, önceki kararların yerçekimsel gücünü bu kararları haklılaştırmak için gerekli olan ilke argümanlarının uzantısında sınırlandırması gerektiğidir. Eğer önceki bir karar bir politika argümanı ile tamamen haklılaştırılmış olarak alınsaydı, hiçbir yerçekimsel gücü olmazdı. Bir emsal olarak değeri kanunlaştırma gücüyle, yani fikrin belli sözcükleriyle yakalanan ileri davalarla sınırlandırılırdı. Kolektif bir amacın dağılımsal gücü, daha önce farkına vardığımız gibi, bir bağımlı gerçek ve genel yasamacı strateji konusudur. Eğer hükümet, müdahalesine herhangi bir hakkı olduğundan değil fakat usta strateji ekonomik verimlilik gibi kolektif bir amacın peşinden koşma anlamına geldiğini ileri sürdüğünden, Bayan MacPherson adına müdahale ettiyse, bu nedenle *Spartan Steel* davasında davacı lehine müdahale etmesi gerektiği yönünde verimli bir hakkaniyet argümanı olamaz.

Neden böyle olduğunu anlamak için kendimize, tutarlılık adına, kararlar politika argümanlarıyla oluşturulduğunda, yasama meclisine yaptığımız cüzi istekleri hatırlatmalıyız.²⁷ Yasama meclisinin ekonomiyi, ya iskâna mali destek vererek ya da yeni yollar için doğrudan hükümet masrafını artırarak, kabaca aynı verimlilikle canlandırmak istediğini ve bunu yapabileceğini varsayın. Yol yapım şirketlerinin, yasama meclisinin yol yapımını seçmesine hakkı yoktur; eğer varsa, o zaman ev yapım şirketlerinin, herhangi bir tutarlılık ilkesine dayanarak, yasama meclisinin iskâna da mali

27) *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 A.B.D. 483 (1955) davasında, yargıç Douglas politika tarafından oluşturulan yasamanın bütün ya da tutarlı olmasının gerekmediğini ileri sürdü: Yasamacı sınıflandırma hiçbir doktrinel tanımlamaya imkân vermeyen daimi bir sınıflandırmadır. Aynı alandaki kötülükler farklı çareler gerektiren farklı boyut ve büyüklüklerde olabilir. Ya da yasama meclisi böyle düşünebilir. Ya da reform, kendisini yasamacı zihne en keskin görünen sorun evresine hitap ederek, dikkatli bir adım atabilir. Yasama meclisi bir alanın bir evresini seçebilir ve diğerlerini ihmal ederek orada bir çare uygulayabilir. Eşit Korunma Maddesinin yasaklanması haksız ayırmadan daha ileri gitmez.

A.g.e., 489 (alıntılar silinmiş).

Elbette, burada, tutarlılık taleplerinin ilke ve politika durumlarında farklı oldukları argümanının ortaya koyduğu nokta, eşit korunma maddesinin yakın tarihinin anlaşılmasının çok önemli olduğudur. 'Eski'yi 'yeni' eşit korunma maddesinden ya da 'şüpheli' sınıflandırmaları belirlemek için ayırt etme çabalarının ardındaki noktadır ve bu çabaların verdiğinden daha doğru ve anlaşılır bir ayrımdır.

destek vermesine hakkı yoktur. Yasama meclisi yol yapım programının ekonomiyi yeterince canlandırdığına ve daha ileri bir programa gerek duyulmadığına karar verebilir. Şimdi iskâna mali destek vermenin baştan daha etkili bir karar olmuş olacağını kabul etse bile, buna karar verebilir. Ya da ekonominin daha fazla canlandırılmasına gerek duyulduğunu kabul edebilir, ancak mali desteklerin verimli bir canlandırma sağlayıp sağlamadığını görmek için daha fazla kanıt –belki de yol programının başarısı hakkında kanıt– beklemek istediğine karar verebilir. Şimdi zamanının ve enerjisinin çoğunu ekonomik politikaya vermek istemediğini bile söyleyebilir. Belki de yasama meclislerinin kolektif amaçların peşinde yapabileceği ayrımların tesadüfiliğinin de bir sınırı vardır. Güney California’daki bütün tersanelerin inşa edilmesi verimli olsa bile, bunu yapmanın siyasi olarak akıllıca olmamasının yanı sıra adil olmadığı da düşünülebilir. Ancak, çok fazla adaletsiz olan dağılımları yasaklayan bu zayıf talepler, diğerlerinden alıkonulan bir gruba oldukça büyük artısal yararlar sağlamakla açıkça bağdaşmıştır.

Bu nedenle, kolektif bir amaca bir durumda bir şekilde hizmet eden bir hükümetin, paralel bir fırsat her oluştuğunda, ona bu şekilde hizmet etmesi ya da aynı amaca bile hizmet etmesi gerektiğine dair hiçbir genel hakkaniyet argümanı olamaz. Sadece bir hükümetin fikrini değiştirebileceğini ve önceki kararının ne amacından ne de aracından hayıflanmasını kastetmiyorum. Sorumlu bir hükümetin, pişman olmasa ancak belli bir amaca hizmet etmek için tasarlanan bir kuralı uygulamaya devam etse bile aynı amaca yeterince hizmet edebilecek diğer kuralları reddedebilirsin diye, farklı amaçlara parça parça ve ara sıra hizmet edebileceğini kastediyorum. Örneğin, üreticilerin arabalarındaki kusurlardan kaynaklanan zararlardan sorumlu olduklarını yasalaştırabilir ve yine de aynı kuralı, Spartan Steel’deki zarar gibi ekonomik zarara neden olan müteahhitleri bir tarafa bırakın, çamaşır makinesi üreticileri için koymayı uygun olarak reddedebilir. Hükümet elbette mantıklı ve adil olmalıdır; kolektif amaçların haklılaştırılabilir bir karışımına genel olarak hizmet eden kararlar almalıdır ve yine de vatandaşlarının sahip olduklarına saygı duymalıdır. Ancak bu genel talep Bayan MacPherson lehine adli kararın aslında sahip olduğu düşünülen yerçekimsel güç gibi bir şeyi desteklemezdi.

Böylece, Herkül belli bir emsalin yerçekimsel gücünü tanımladığında, sadece bu emsali haklılaştıran ilke argümanlarını hesaba katmalıdır. Eğer Bayan MacPherson lehine karar tazminata hakkı olduğunu –ve sadece lehine bir kararın kolektif bir kuralı desteklediğini değil– varsayarsa, o

zaman emsal uygulamasının üzerinde durduğu adilanelik argümanı etkili olur. Elbette bundan diğerinin ihmaliyle herhangi bir şekilde yaralanan herhangi bir kişinin tazminata onun sahip olduğu aynı somut hakkı olduğu çıkmaz. Çekişmeli haklar sonraki durumda onun durumunda gerektirdikleri bir uzlaşma gerektirebilirler. Ancak sonraki durumdaki davacının aynı soyut hakkı olduğu çıkabilir ve eğer öyleyse o zaman çekişmeli haklardan alıntı yapan özel bir argüman sonraki durumdaki karşıt bir kararın adil olacağını göstermek için gerekecektir.

2. *Dikişsiz Ağ*. Herkül'ün, bir öncülün yerçekimsel gücünün o öncülü destekleyen bir prensibin argümanlarıyla betimlendiği yönündeki sonucu ikinci bir sonuç daha önerir. Toplumundaki adli uygulama önceki durumların *genel* bir yerçekimsel gücü olduğunu varsaydığından, adli uygulamayı sadece haklar tezinin kendi toplumunda işe yaradığını varsayarak haklılaştırabilir. Emsalin hizmet ettiği amaca şimdi yeterince hizmet edildiği ya da muhtemelen emsalin başka bir durumda hizmet ettiği amaca dönerek mahkemelerin nispeten ihmal edilen başka bir amaca hizmet etmekle şimdi daha çok meşgul olacakları hiçbir zaman bir emsalin yerçekimsel gücüne karşı tatmin edici bir argüman olarak alınmaz. Emsal uygulamaları adli kararları öneren gerekçelere bu şekilde parça parça hizmet edileceğini varsaymaz. Eğer belli bir emsalin belli bir nedenle haklılaştırıldığı kabul edilirse; eğer bu neden aynı zamanda mahkemedeki davada da belli bir sonuç önerirse; eğer önceki karardan cayılmadıysa ya da başka bir şekilde bir kurumsal pişmanlık sorunu olarak alınmadıysa; o zaman bu karara sonraki bir davada varılmalıdır.

Herkül toplumunda, belki de açık olarak tanınmasa da, adli kararların politika argümanlarındansa ilke argümanları tarafından haklılaştırılmış olarak alındığının anlaşıldığını varsaymalıdır. Şimdi hâkimler tarafından emsalden kendi mantık yürütmelerini haklılaştırmak için kullanılan tanıdık kavramın, genel hukukun altında yatan ya da gömülü olan belli ilke kavramı, kendisinin haklar tezinin sadece metaforik bir ifadesi olduğunu anlıyor. Buradan hareketle bu kavramı zor genel hukuk davaları kararlarında kullanabilir. Böyle davalara karar vermek için satranç hakeminin bir oyunun karakteri ve kendisinin yasamacı amaç kavramı gibi genel bir test sağlar. Adilanelik olan emsal pratiğinin genel haklılaştırması ve bu genel haklılaştırmanın belli bir zor davada ne gerektirdiği hakkındaki kendi kararı arasında bir köprü oluşturan bir soru (Emsalleri hangi ilke serisi en iyi haklılaştırır?) temin eder.

Herkül'ün şimdi genel hukukun altında yatan ilke kavramını ilgili emsallerin her birine bu emsalin kararını haklılaştıran bir ilke planı tahsis ederek geliştirmesi gerekir. Şimdi bu kavram ve yasa yorumlamasında kullandığı yasa amacı kavramı arasında ileri bir önemli fark keşfedecek. Yasaların durumunda söz konusu belli bir yasanın amacı hakkında, yasama meclisinin diğer fiillerine sadece yasaya hemen hemen eşit olarak iyi uyan kuramlar arasından seçmesine yardım edecekleri kadar bakarak, bir kuram seçmeyi gerekli buldu. Ancak emsalin yerçekimsel gücü adilaneliğin hakların tutarlı uygulamasını gerektirdiği fikrine dayanıyorsa, o zaman Herkül, sadece belli bir davacının dikkatini yönelttiği belli emsale değil de bunların politikadansa ilke tarafından oluşturulduğunun görülmesinin gerektiği kadar, genel yargı dairesindeki bütün diğer adli kararlara ve aslında eğer yapabilirse yasalara da uyan ilkeler keşfetmelidir. Eğer alıntı yaptığı belirlenmiş ilkelerin kendileri kendi mahkemesinin aynı zamanda desteklemeyi önerdiği diğer kararlarla tutarlı değilse, kararının belirlenmiş ilkelerle tutarlı ve bu nedenle de adil olduğunu göstermek görevini tatmin etmez.

Örneğin Cardozo'nun Bayan MacPherson lehine kararını, bir kaza meydana geldiğinde hareketleri kazaya katkıda bulunmuş olabilecek çeşitli kişilerden en zengininin kaybı taşıması gerektiğini ileri süren, soyut bir eşitlik kararından alıntı yaparak haklılaştırmabileceğini varsayın. Yine de bu ilkeye diğer kaza davalarında saygı duyulduğunu gösteremez ya da gösterebilse bile hukukun, eğer tanınsaydı etkisinin büyük olacağı, sözleşme gibi diğer alanlarında saygı gördüğünü gösteremez. Eğer savunmadan daha zengin olan gelecek bir kaza davacısına karşı, davacının uygun olarak kararın hükümetin diğer davalardaki davranışıyla tutarsız olduğundan şikayetçi olabileceği bu sözde eşitlik hakkına başvurarak karar verirse... Bu kanun dikişsiz bir ağ olmayabilir; ancak davacının Herkül'den öyleymiş gibi ele almasını istemeye hakkı vardır.

Şimdi neden hâkimimize Herkül dediğimi göreceksiniz. Bütün genel hukuk emsalleri için bütünlüklü bir haklılaştırma sağlayan bir soyut ve somut ilke planı ve bunların ilkeyle haklılaştırılacağı kadar anayasal ve kanuni bir hazırlık da oluşturması gerekir. Bu girişimin önemini, Herkül'ün haklılaştırması gereken geniş yasal kararlar malzemesi içinde, dikey ve yatay bir sıralanmayı ayırt ederek anlayabiliriz. Dikey sıralanma otoritelerin ayırt edici katmanlarıyla sağlanır; yani resmi kararların daha alt katmanlarda yapılan kararları kontrol ediyor olarak alınabildiği katmanlar. Birleşik Devletler'de dikey sıralanmanın sert karakteri açıktır. Anaya-

sal yapı en üst katmanı, Yüksek Mahkeme'nin ve belki de diğer mahkemelerin bu yapıyı yorumladıkları kararları sonrasını ve çeşitli mahkemelerin genel hukuku geliştiren kararları bunun altında farklı katmanları meşgul eder. Herkül bu katmanların her birinde, haklılaştırma yüksek katmanların haklılaştırmasını sağlamak için alınan ilkelerle tutarlı olsun diye, ilkenin haklılaştırmasını düzenlemelidir. Yatay sıralanma sadece bir katmandaki bir kararı haklılaştırmak için alınan ilkelerin aynı zamanda bu katmandaki diğer kararlar için önerilen haklılaştırmayla da tutarlı olmasını gerektirir.

Alışılmadık becerilerinin avantajını alan Herkül'ün bu bütün planı, herhangi bir kararı haklılaştırmak için gerekli olursa, davacıları bütün bir hukuk kuramıyla karşılamaya hazır olsun diye önceden çözmeyi önerdiğini varsayın. Dikey sıralanmayı erteleyerek çoktan kullandığı anayasal kuramı belirleyerek ve incelterek başladılar. Bu anayasal kuram başka bir hâkimin geliştireceği kuramdan az ya da çok farklı olurdu çünkü anayasal bir kuram, siyasi ve ahlaki felsefe hakkında yargılar kadar, kurumsal uyumun karmaşık konuları hakkında yargılar gerektirir ve Herkül'ün yargıları kaçınılmaz olarak diğer hâkimlerin yapacaklarından farklı olacaktır. Dikey sıralanma katmanındaki bu farklılıklar her hâkimin alt katmanlarda uygulayacağı plan üzerinde çok güç kullanacaktır. Herkül, örneğin, yasamacı güç üzerindeki belli sabit anayasal kısıtlamaların en iyi soyut bir mahremiyet hakkını devlete karşı kanıtı olmadan varsaymakla haklılaştırıldığını düşünebilir, çünkü bu tür bir hakkın anayasanın garanti ettiği daha soyut bir özgürlük hakkının bile bir sonucu olduğuna inanıyor. Eğer öyleyse, haksız fiil kanununun yurttaşlarına karşı, somut bir şekilde, paralel bir soyut mahremiyet hakkını tanıma başarısızlığını, bir tutarsızlık olarak görürdü. Eğer diğer bir hâkim onun mahremiyet ve özgürlük arasındaki bağlantı hakkındaki inançlarını paylaşmadıysa ve böylece anayasal yorumlamayı ikna edici olarak kabul etmediyse bu hâkim aynı zamanda haksız fiilin uygun gelişimi hakkında da anlaşmazlığa düşerdi.

Böylece Herkül'ün kendi yargılarının etkisi, bazıları tartışmalı olaksa da, yaygın olacak. Ancak hesaplamalarını oluşturduğu kuramın farklı kısımlarını, haklılaştırması gereken hukuk gövdesinden bağımsız kanaatlerine atfedilebilecek bir şekilde sokmayacaklar. Daha önce bahsettiğim, bir hâkimin bunların açık idaresi sona erene kadar, sonrasında kendi başına işe koyulmakta serbest olduğu, yasaları ve emsali izlediğini varsayan, klasik hüküm verme kuramlarını izlemeyecek. Kuramı daha çok yasa ya da emsalin kendisinin ne gerektirdiği hakkında bir kuram ve elbette bu yargıyı

oluştururken kendi entelektüel ve felsefi kanaatlerini yansıtacak olsa da, bu, bu kanaatlerin sadece onun oldukları için argümanında bağımsız bir gücü olduğunu varsaymaktan çok daha farklı bir konudur.

3. *Hatalar*. Şimdi Herkül'ün hukuk kuramını daha detaylı olarak geliştirmeye çalışmayacağım. Bununla beraber, karşılaşacağı iki sorundan bahsedeceğim. Birincisi, bir seri emsal için bir haklılaştırma planı oluştururken bu davalara karar veren hâkimlerin kararlarına ilâştirdikleri argümanlara ne kadar ağırlık vereceğine karar vermesi gerekir. Bu fikirlerde her zaman, sonra yorumlayabileceği bir yasa olarak hizmet edecek kadar kesin bir önerme bulmayacak. Ancak fikirler, hâkimin kararına önermek için aldığı önermeler şeklinde hemen hemen her zaman bir argüman içerecekler. Herkül bunları haklılaştırma planında sadece baştaki ya da *prima facie* bir yere atamaya karar verecek. Bu planın amacı bazılarının sahip olduğunu varsaydığı hakları hükümetin herkese yayması gerektiği talebini tatmin etmektir. Hükümetin bir görevlisinin kararının gerekçesi olarak belli bir ilkeyi sunması hükümetin bu ilkeye bu kadar çok güvendiğini *prima facie* belirlediği alınabilir.

Ancak altta yatan adilanelik argümanının ana gücü geriye değil ileriye dönüktür. Bayan MacPherson'ın davasının yerçekimsel gücü sadece Buick'i için tazminat aldığı gerçeğine değil ancak aynı zamanda hükümetin gelecekte tazminat almaları için diğerlerinin tam onun konumunda olmasına izin vermeyi önerdiği gerçeğine de dayanır. Eğer mahkemeler kararı iptal etmeyi önerdiyse, davadaki gerçek kararı belirleyen hiçbir daimi adilanelik argümanı *Spartan Steel*'deki davacının lehine süremez. Eğer bu nedenle Cardozo'nun alıntı yaptığı ilkeden başka bir ilkenin MacPherson'ı haklılaştırdığı bulunamaz ve eğer bu diğer ilke de aynı zamanda Cardozo'nun haklılaştırmadığı çok sayıda ilkeyi haklılaştırırsa ya da dikey sıralanmadaki daha yüksek bir derecedeki kararları haklılaştırmak için alınan argümanlarla daha düzgün bir uyum sağlarsa, o zaman bu yeni ilke daha ileri kararlar için daha memnun edici bir temeldir. Elbette Cardozo'nun ilkesini kopya etmeme ilkesi, eğer yeni ilke daha soyutsa ve eğer Cardozo'nun ilkesi bu daha soyut ilkenin somut bir biçimi olarak görülebilirse, gereksizdir. Bu durumda Herkül Cardozo'nun onun kararının izahatını reddetmektenense dahil eder. Aslında, Cardazo fikri, güvendiği *Thomas Winchester'a Karşı*²⁸ önceki davasında tam da bu şekilde kullandı. Bununla birlikte,

yeni ilke, böylece bir emsali ya da bir seri emsali fikirlerinin önerdiğinden çok farklı gerekçelerle haklılaştırsın diye, farklı bir çizgide işe koyulabilir. Brandeis ve Warren'ın mahremiyet hakkı²⁹ hakkındaki ünlü argümanı etkileyici bir örnektir: Bu hakkın hukukta bilinmez olmadığını, tersine, bu davalara karar veren hâkimlerin böyle bir haktan bahsetmedikleri gerçeğine rağmen, çok çeşitli kararlarda gösterildiğini ileri sürdüler. Bu şekilde oluşturulan argümanları başarılı olmayabilir ve onların yerinde Herkül farklı bir sonuca ulaşmış olabilir. Yine de Herkül'ün kuramı, bazen bir çeşit çok zeki hile olarak alınan, argümanın neden en azından hırsında sağlam olduğunu gösterir.

Herkül'ün aynı zamanda farklı ve daha büyük bir sorunla karşılaşması gerekiyor. Eğer mahkemesinin tarihi karmaşıksa uygulamada kabul ettiği toplam tutarlılık gereksiniminin, eğer onu bu gereksinimi uygulayarak kurumsal tarihin bir kısmını bir hata olarak göz ardı edebileceği fikrini içermek için daha fazla geliştirmezse, çok güçlü olduğunun tespit edileceğinin farkına varacak. Muhteşem hayal gücüyle bile bütün sabit ilke ve emsalleri uzlaştıran herhangi bir ilke seti bulamayacak. Bu pek de şaşırtıcı değildir: Geçmişin yasa koyucuları ve hâkimlerinin hepsi Herkül'ün yeteneği ve kavrayışına sahip değildi ya da hepsi aynı zihin ve fikirde olan kadınlar ve erkekler değillerdi. Elbette herhangi bir seri yasa ya da karar tarihsel, psikolojik ya da sosyolojik olarak açıklanabilir, ancak tutarlılık açıklama değil haklılaştırma gerektirir ve haklılaştırma taklit değil makul olmalıdır. Eğer oluşturduğu haklılaştırma tesadüfi ayrımlar yaparsa ve çekici olmayan ilkeler yerleştirirse, o zaman hiç de bir haklılaştırma olarak sayılamaz.

Herkül'ün yargı dairesindeki ihmalkârlık ve kaza kuralının sıradaki basitleştirilmiş ve hayali şekilde geliştiğini varsayın. Bu, kusurlu üretilen çok tehlikeli araçların neden olduğu fiziksel yaralanma için tazminat hakkını tanıyan belli genel hukuk kararlarıyla başlar. O zaman, bu davalar, MacPherson'da olduğu gibi, bir dönüm noktası kararında her bir insanın hareketleri kendisine ya da mülküne zarar verebilecek olan diğerlerinin mantıklı özenine çok soyut hakkı tarafından haklılaştırılmış olarak, yeniden yorumlanır. O zaman bu ilke hem farklı yönlerde genişletilmiş hem de [ilkeden] çalınmıştır. Örneğin, mahkemeler mali hesap özetlerinin hazırlanmasında ihmalkâr olan bir muhasebeciye karşı hiçbir somut hakkın olmadığını karar verir. Aynı zamanda haktan belli davalarda

29) Warren & Brandeis, "The Right of Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193.

vazgeçilmediğine de karar verirler; örneğin otomobil alımının standart bir sözleşme biçiminde. Yasa koyucu belli endüstriyel kaza davalarında, eğer savunma olumlu olarak davacının tamamen suçlu olduğunu belirlemezse, tazminata izin verileceğini sağlayan bir yasa ekler. Ancak, aynı zamanda, uçak kazaları gibi diğer davalarda tazminatın gerçek zarardan çok daha az olabilecek şart koşulan bir meblağla sınırlandırılacağını da belirler; ve daha sonra bir otomobildeki misafirin araba sahibini, araba sahibi arabayı ihmalli kullansa ve misafir yaralansa bile, dava edemeyeceğini ekler. Şimdi, bu arka plana karşı, Herkül'ün *Spartan Steel*'de karar vermeye çağrıldığını varsayın.

Bu tarihi adilaneliği gerektirdiği gibi haklılaştıran bütünlüklü bir seri ilke bulabilir mi? Bireylerin, eğer kasten verilmediyse, zarar tazminatına hakları olmadığı önermesini deneyebilir. İhmal davalarının tazminatına sadece, böyle bir zarara herhangi bir soyut hakkın herhangi bir tanınmasıyla değil, politika gerekçeleriyle izin verildiğini ileri sürecektir ve mesuliyeti kısıtlayan yasalardan ve muhasebecilere karşı mesuliyeti dışarıda bırakan davalardan, politika diğer şekilde savunduğunda tazminatın reddedildiğine kanıt olarak, hava yollarını ve sigorta şirketlerini korumak için alıntı yapacaktır. Ancak kurumsal tarihin bu analizinin genel hukuk kararlarıyla, özellikle de ihmalde tazminata genel bir hakkı tanıyan dönüm noktası kararıyla bağdaşabilir olduğunu kabul etmelidir. Eğer haklar tezi yoluyla mahkemelerin mesuliyeti politika argümanına değil de sadece ilke argümanına bir cevap olarak yayabileceğine inanıyorsa, kuramının geri kalanıyla uyumlu olarak bu kararların kendilerinin politika gerekçeleriyle haklılaştırılması gerektiğini söyleyemez. Böylece bu kararları hata olarak bir kenara bırakmalıdır.

Başka bir strateji deneyebilir. Bireylerin tam olarak hakları olduğuna karar veren belli davaların koşullarında tazminata hakkı olduğunu ancak tazminata genel bir hakkı olmadığını söyleyen bir ilke önerebilir. Örneğin, davacının sahip olduğu bir otomobil içinde uğranan zarar için tazminat hakkını bağışlayan yasal bir ilkeyi kabul edebilir, ancak diğer zarara uzanabilecek bir ilkeyi reddedebilir. Ancak bu şekilde kurumsal tarih haklılaştırmasını bu tarihe tam olarak uymak için uydurabilse de bu haklılaştırmanın tesadüfi olan ayrımlara dayandığının farkına varırdı. Siyasi kuramında, eğer birisi kendi otomobilini kullanırken yaralanırsa ancak misafirse ya da bir uçak kazasında yaralanmışsa bunu reddederse, soyut bir hakkı kabul eden bir kuram için hiçbir yer bulamaz. Herhangi bir şeyin bütünlüklü haklılaştırması olarak duramayacak bir seri argüman sağlamıştır.

Bu nedenle ihmalin tazmini için genel bir soyut hak varsaymanın haricinde kurumsal tarihe hiçbir anlam veremediğini kabul edebilir: Ancak bunun nispeten zayıf bir hak olduğunu ve böylece nispeten daha küçük güçte politika değerlendirmelerine boyun eğeceğini ileri sürebilir. Hakkın zayıf bir hak olduğu görüşünü destekleyen sınırlandırıcı yasalar ve davalardan alıntı yapacak. Ancak o zaman, uçak kazalarındaki mesuliyet yasası hiç iptal edilmemiş olsa da, eğer havayolları yeterince güvenliyse ve havayollarına mevcut olan sigorta mekanizmaları, yasayı iptal etme başarısızlığının, sadece soyut hak zayıf politika argümanlarının bile onu yenmek için yeterli olabileceği kadar zayıf olarak alınırsa, haklılaştırılabildiği kadar verimliyse ve pahalı değilse, bir zorlukla karşılaşacak. Eğer Herkül hakkı bu kadar zayıf olarak alırsa, o zaman hakkı somut bir hak olarak destekleyen çeşitli genel hukuk kuraklarını havayollarının şimdi zorlayabildiklerinden çok daha güçlü politika argümanlarına karşı haklılaştıramaz. Böylece, ya havayolu kazası sınırlandırma yasasını ya da hakka çok daha fazla değer veren genel hukuk kararlarını iptal etme başarısızlığını hata olarak almayı seçmesi gerekir.

Bu nedenle, her durumda Herkül, kuramını kurumsal tarihin haklılaştırmasının bu tarihin bir kısmını hatalı olarak gösterebileceği fikrini içermek için yaymalıdır. Ancak bu aracı saygısızca kullanamaz, çünkü, eğer kurumsal tarihin herhangi bir uyuşmaz parçasını genel kuramı için hiçbir ileri sonuç olmadan bir hata olarak almakta serbest olsaydı, o zaman tutarlılık isteği hiç de gerçek bir istek olmazdı. Bir kurumsal hatalar kuramı geliştirmeli ve bu hatalar kuramının iki bölümü olmalı. Bir kurumsal olayı hatalı olarak almanın daha ileri argümanları için sonuçlar göstermelidir; ve bu şekilde elden çıkarılabilecek olayların sayısını ve niteliğini sınırlandırmalıdır.

Bu hata kuramının ilk bölümünü iki seri ayırım yoluyla oluşturacak. İlk olarak, herhangi bir kurumsal olayın kurumsal bir kanun olarak sadece tanımladığı belli kurumsal sonuçları etkileme gücü olan belli otoritesi ve yerçekimsel gücü arasında ayırım yapacak. Eğer bir olayı hata olarak sınıflandırır, o zaman belli otoritesini reddetmez ancak yerçekimsel gücünü reddeder ve bu güce diğer argümanlarda tutarlı olarak gönderme yapamaz. Aynı zamanda yerleşik ve düzeltilebilir hatalar arasında da bir ayırım yapar; yerleşik hatalar belli otoritesi, onların yerçekimsel güç kaybindan sağlam çıksın diye, sabitlenmiş olanlardır; düzeltilebilir hatalar belli otoritesi bu kaybı atlatamayacak şekilde yerçekimsel güce bağlı olan hatalardır.

Kuramının anayasal düzeyi hangi hataların gömülü olduğunu belirle-yecektir. Örneğin, yasamacı üstünlük kuramı hata olarak ele aldığı hiç-bir kanunun kendi yerçekimsel güçlerini kaybedeceklerini ancak belli otoritelerini kaybetmeyeceklerini güvenceye alacaktır. Eğer uçak mesu-liyeti sınırlandırma yasasının yerçekimsel gücünü reddederse yasa bu ne-denle iptal edilmez; hata belli otorite devam etsin diye gömülüdür. Yasa-nın mesuliyete empoze ettiği kısıtlamalara saygı göstermeye devam etme-lidir, ancak bunu diğer bir davada daha zayıf bir hakkı savunmak için kullanmayacaktır. Eğer katı bir emsal doktrinini kabul ederse ve bir mu-hasebeciye karşı bir hakkı ihmalde reddeden karar gibi adli bir karara bir hata olarak işaret ederse, o zaman katı doktrin bu kararın kendi kanun-laştırma gücüyle sınırlandırılabilir belli otoritesini koruyabilir, ancak karar yerçekimsel gücünü kaybedecek; Yargıç Frankfurter'in sözcükleriy-le, yasal denizde yüzen ve karaya vuran enkazın bir parçası olacak. Han-gisi olduğuna karar vermek gerekmeyecek.

Bu oldukça açıktır, ancak Herkül'ün hata kuramının ikinci kısmıyla daha fazla uğraşması gerekecek. Genel emsal uygulamasına tutturduğu haklılaştırma tarafından bütün yasa ve genel hukuk kuralları gövdesi için bir ilke planı kılığında daha detaylı bir haklılaştırma oluşturması isteni-yor. Ancak haklılaştırılması gereken şeyin bir kısmını yanlış belirten şeyin bir haklılaştırması belirtilmeyenden *prima facie* daha zayıftır. Hata kura-mının ikinci kısmının hiçbir hatayı tanımayan ya da farklı bir hata serisini tanıyan herhangi bir alternatiften yine de daha güçlü bir kuram oldu-ğunu göstermesi gerekir. Bu gösterim kuram oluşturmanın basit kuralların-dan bir çıkarım olamaz, ancak Herkül daha önce emsal ve hakkaniyet arasında belirlediği bağlantıyı aklında tutarsa bu bağlantı hata kuramı için tavsiye verirdi. İlk olarak hakkaniyet, sadece bir tarih olarak değil ancak hükümetin gelecekte de sürdürmeyi önerdiği siyasi bir program olarak kurumsal tarihi kararlaştırır; yani emsalin geriye dönük değil ile-riye dönük imalarını yakalar. Eğer Herkül önceki bir karardan –bir yasa ya da adli bir karar– mesleğin ilgili branşında şimdi yaygın olarak pişman olunduğunu keşfederse, bu gerçek kendi içinde bu kararı kolayca incine-bilir olarak ayırt eder. İkincisi, hakkaniyetten çıkan tutarlılık talep eden argümanın genel olarak hükümetin ya da özel olarak hâkimlerin cevap vermesi gereken hakkaniyetten çıkan tek argüman olmadığını hatırlama-lıdır. Eğer, herhangi bir tutarlılık argümanından çok ayrı olarak, belli bir yasa ya da kararın toplumun kendi hakkaniyet kararında adil olmadığı için hatalı olduğuna inanıyorsa, o zaman bu inanış kararı ayırt etmek ve

onu kolayca incinebilir yapmak için yeterlidir. Elbette tavsiyeleri, daha alt katmandaki kararlar daha yukarılardakinden daha kolay incinebilir olsun diye, genel haklılaştırmasının dikey yapısının bir anlayışıyla uygulamalıdır.

Bu nedenle Herkül hata kuramının ikinci bölümünde en azından iki davranış kuralını uygulayacak. Eğer, tarih argümanları ya da yasal toplumun bir anlamına başvuruyla, belli bir ilkenin bir zamanlar bir yasama meclisini ya da mahkemeyi yasal bir karara ikna etmeye yetecek kadar ilgi çekse de şimdi bu tür herhangi bir karar oluşturamayacak kadar az gücünün olduğunu gösterebilirse, o zaman hakkaniyetten çıkan bu ilkeyi destekleyen argümana ket vurulur. Eğer siyasi ahlak argümanlarıyla böyle bir ilkenin, popülerliğinin dışında, adaletsiz olduğunu gösterebilirse, o zaman bu ilkeyi destekleyen hakkaniyetten çıkan argüman bir yana itilmiştir. Herkül bu ayrımların diğer hâkimlerin uygulamasında tanıdık olduğunun farkına varmaktan memnun olacak. Kariyerinin hukuk ilmiyle alakalı önemi yenilikte değil, sadece şimdi yaratmış olduğu zor davalar kuramının tanıdık oluşunda yatar.

6. SİYASİ İTİRAZLAR

Haklar tezinin iki yönü vardır. Tanımlayıcı yönü hüküm verme kurumunun mevcut yapısını açıklar. Kuralcı yönü bu yapı için siyasi bir haklılaştırma sunar. Herkül'ün öyküsü tanıdık adli uygulamanın tezin genel bir kabulünden nasıl geliştirilebildiğini gösterir. Bu tezi hemen imalarını detaylıca göstererek açıklığa kavuşturur ve tanımlayıcı yönü için eğer özelse güçlü bir argüman önerir. Herkül hesaplamalarına, sadece diğer hâkimlerin yaptıklarını taklit etme değil ancak mahkemesine gelenlerin gerçek kurumsal haklarını uygulama niyetiyle başladı. Eğer adalet anlayışımızı memnun edecek kararlara varabiliyorsa, o zaman bu tezin siyasi değerini savunur.

Bununla beraber, şimdi karşıt argüman yoluyla Herkül'ün öyküsünün belli özelliklerinin tezinin kuralcı yönüne karşı olduğu söylenebilir. Bu bölümün giriş kısmında adli orijinalliğe benzer bir itirazdan bahsettim: Bu seçilmiş yasa koyucuların siyasi karar oluşturmak için daha üstün nitelikleri olduğu yönündeki demokrasiden çıkan argümandır. Bu argümanın ilke kararları durumunda zayıf olduğunu söyledim, ancak Herkül'ün öyküsü bu yüzden taze şüphelere yol açabilir. Öykü Herkül'ün yasal haklar

hakkındaki çoğu kararının farklı hâkimler ya da genel olarak toplum tarafından daha farklı oluşturabilecek siyasi kuram yargılarına bağlı olduğunu açıkça ortaya koyar. Bu itirazda kararın politikadansa bir ilke kararı olması fark etmez. Sadece kararın mantıklı insanların üzerinde anlaşılmadıkları bir siyasi kanaat olduğu önemlidir. Eğer Herkül bu tür argümanlara dayanarak karar verirse, o zaman kendi kanaatleri ve tercihlerine dayanarak karar verir ki bu da adaletsiz, demokrasiye ters ve hukuk kuralını ihlal edici görünür.

Bu, bu son bölümde değerlendireceğim itirazın genel biçimidir. Önemli bir yönden açıklığa kavuşturulması gerekir. İtiraz Herkül'ü siyasi ahlak konularında kendi kanaatlerine güvenmekle itham eder. Bu itham belirsizdir çünkü bir görevlinin böyle bir karar oluştururken kendi fikirlerine güvenebileceği iki yol vardır. Bunlardan biri, bir hâkime, yakışmaz ancak diğeri kaçınılmazdır.

Bazen bir görevli, kararı için bir neden olarak, bir kişi ya da grubun belli bir inanca ya da fikre sahip olduğu gerçeğini sunar. Bir yasa koyucu, kürtaj karşıtı bir yasaya oy verme nedeni olarak, öğelerinin kürtajın yanlış olduğuna inandığını ileri sürebilir. Bu bir otoriteye başvurma biçimidir: Bu başvuruyu yapan görevlinin kendisi başvurduğu inancın özünü garanti etmez ya da inancın sağlamlığını argümanının bir parçası olarak saymaz. Bir hâkimi, tam da bu şekilde, *kendisinin* belli bir siyasi seçimi olduğu gerçeğine başvurduğunu hayal edebiliriz. Siyasi ahlak konularında felsefi bir şüpheli olabilir. Bu tür durumlarda bir adamın fikrinin diğerinkinden daha değerli olmadığını söyleyebilir çünkü hiçbirinin nesnel bir duruşu yoktur ancak kendisi kürtajın tarafında olduğundan kürtaj karşıtı yasaların anayasal olmadığını düşünecektir.

Bu hâkim, kararı için bir haklılaştırma olan belli bir siyasi görüşe sahip olduğu çıplak gerçeğine güvenir. Ancak bir hâkim kendi görüşüne bu inancın gerçekliği ya da sağlamlığına güvendiği farklı anlamda da güvenebilir. Örneğin, Anayasa'nın ilgili korunma maddesinin, bir hukuk sorunu olarak, herhangi bir temel özgürlük kısıtlamasını geçersiz kıldığını ve kürtaj karşıtı yasaların temel bir özgürlüğü kısıtladığını varsayın. Bu kanaatlerin sağlamlığına –ancak diğerlerinin tersine, onlara sahip olduğu gerçeğine değil–güvenebilir. Bir hâkimin herhangi bir *belli* inancın sağlamlığına bu şekilde güvenmesi gerekmez. Meslektaşlarının çoğunun ya da ünlü bir hukuk dergisinin editörlerinin ya da bir referandumda oy veren toplumun çoğunluğunun kürtaj hakkında karşıt bir görüşe sahip olduğunu varsayın. Onların yargısını, onların görüşünün sağlam olmadığına inandığı

gerçeğine rağmen, kararı Anayasa'nın gerektirdiğine bırakmanın kendi görevi olduğuna karar verebilir. Ancak bu durumda kurumsal görevinin bu konuda kararı diğerlerinin yargısına bırakmak olduğu kendi kararına güvenir. Yani, bir noktada, herhangi bir yargı oluşturabilmek için kendi yargısının özüne güvenmelidir.

Herkül kendi kanaatine bu biçimlerin ilkinde güvenmez. Örneğin, bu kavramı geliştiren bir karar lehine bir argüman sağlıyor olarak kendisinin dini özgürlüğün belli bir kavramının tarafında olduğu gerçeğini hesaba katmaz. Eğer değerlendirdiğimiz itiraz alakalıysa bu nedenle kendi kanaatlerine ikinci şekilde güveniyor olmasına bir itiraz olmalıdır. Ancak bu durumda itiraz kendi kanaatlerinden herhangi birine güveniyor olmasına kapsamlı bir itiraz olamaz, çünkü kaçınılmaz olarak birine güvenmesi gerekir. Daha çok kendi kanaatlerinin belli olanların sağlamlığına güveniyor olmasına bir itirazdır; yargıları, düşündüğü gibi, yanlış olsa bile belli yargılarda kararı başkalarının yargısına bırakması gerektiğini savunur.

Bununla beraber, itirazın yargılarından *hangisinin* [onun] diğerlerinin tarihini erteleme gerektirdiğini varsaydığını anlamak zordur. Eğer Herkül tanıdık bir hüküm verme kuramını reddetmektense kabul etmiş olsaydı bu tür herhangi bir sorunumuz olmayacaktı. Klasik hukuk ilmi, daha önce söylediğim gibi, hâkimlerin davalara iki adımda karar verdiğini varsayar: açık kanunun gerektirdiği şeyin sınırını bulurlar ve sonra kanunun ulaşmadığı konular hakkında yasa koymak için bağımsız bir takdir yetkisi uygularlar. Yakın dönem kürtaj davalarında,³⁰ bu kurama göre, Yüksek Mahkeme Yargıçları önce ilgili yürütme maddesinin ve önceki Yüksek Mahkeme kararlarının dilinin herhangi bir yönde bir kararı zorla dikte ettirmediklerini belirledi. Sonra Anayasayı ve davaları, kendi fikirlerince bir eyaletin ilk üç ayda kürtajı yasaklamasının temel olarak adletsiz olup olmadığına karar vermek için bir kenara koydular.

Bu hüküm verme kuramını kabul eden ve kararlarında onu uygulamayı öneren Herbert adında başka bir hâkim hayal edelim. Herbert hem kadınların taşıdıkları fetüsleri aldırma arka plan hakları olduğuna hem de vatandaşların çoğunun öbür türlü düşündüğüne inanabilir. Mevcut itiraz bu karışıklığı, takdir yetkisini kürtaj davalarında uyguladığında yasaklayıcı yasalar lehine karar vermesi gereksin diye, demokrasi lehine çözmesi gerektiğini ileri sürer. Herbert aynı fikirde olabilir, ki bu durumda kendi ahlakını insanların ahlakı yararına bir kenara bıraktığını söylemeliyiz.

30) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

Bu aslında noktayı belirtmek için biraz yanlış yönlendirici bir yol. Kendi ahlakı insanların belli bir görüşe sahip olduğu geçeceğini kesinleştirdi; bu görüşün özü yararına geri çekilmedi. Diğer taraftan Herbert aynı fikirde olmayabilir. Arka plan hakların genel olarak, ya da özel olarak bu hakkın böylece yasamacı bir kararı uygularken yasaların anayasal olmadığını ilan etme görevi olsun diye, yasama meclisinde bile popüler görüşe karşı galip gelmesi gerektiğine inanabilir. Bu durumda mevcut itiraz hatalı olduğunu ileri sürer çünkü siyasi kuramında demokrasi ilkesini yetersiz olarak tartar.

Bununla beraber, her durumda Herbert için ayarlanmış görünen bu argümanlar Herkül'e karşı argümanlar kadar kafa karıştırıcıdır. Herkül öncelikle kanunun sınırlarını bulup sonra kendi siyasi kanaatlerini kanunun gerektirdiğini eklemek için konuşlandırmaz. Kendi yargısını önündeki taffraların hangi yasal haklara sahip olduklarını belirlemek için kullanır ve bu yargı oluşturulduğunda ya kendi ya da toplumun kanaatlerine teslim etmek için hiçbir şey kalmaz. Fark sadece yanı şeyleri tanımlama yollarında bir fark değildir: Dördüncü kısımda satranç hakeminin yenilme kuralı hakkındaki yargısı gibi, kurumsal bir hak yargısının kuralların açık metni tarafından sağlanan boşluklarda oluşturulan bağımsız bir siyasi ahlak yargısından çok farklı olduğunu gördük.

Herbert, tarafların yasal haklarını belirleyene kadar, popüler ahlaka danışıp danışmamayı değerlendirmedir. Ancak Herkül yasal hakları sabitlediğinde toplumu ahlaki geleneklerini, en azından bunların görevinin yorumlamak olduğu tam kurumsal kayıta tutulduğu şekliyle, çoktan hesaba katar. İlgili yürütme maddesini uygulayan önceki Yüksek Mahkeme kararları için iki ahenkli haklılaştırmanın verilebileceğini varsayın. Bir haklılaştırma eyaletlerin çoğunun cezai hukukuyla uzlaşamayacak bir aşırı özgürlük ilkesi barındırıyor ancak diğeri böyle bir şey barındırmıyor. Herkül önceki haklılaştırmaya, kendisi aşırı bir liberal olsa bile, kürtaj davalarına kürtaj lehine karar vermek için bir serbestlik olarak kabullenemez. Önceki davaların daha liberal haklılaştırmasından yana olan kendi kanaatleri düşmek zorundadır, çünkü haklılaştırmasının aynı zamanda açıklamak zorunda olduğu cezai hukuku şekillendiren popüler geleneklerle tutarlı değildir.

Elbette Herkül'ün teknikleri bazen popüler ahlaka bir konuda karşı çıkan bir karar gerektirebilir. Önceki anayasal davaların kürtaj yanlısı bir karar gerektirmeye yetecek kadar güçlü bir liberal ilke barındırmayan bir haklılaştırmasının verilemeyeceğini varsayın. O zaman Herkül, popüler

ahlak kürtaşı ne kadar güçlü kınarsa kınasın, bu karara varmalıdır. Bu durumda kendi kararlarını toplumunkilere karşı uygulamaz. Daha çok toplumun ahlakının bu konuda tutarlı olduğu yargısına varır: Oluşturulması için hâkimleri tarafından yorumlandığı şekilde verilmesi gereken haklılaştırmanın anayasal ahlakı, belli kürtaş konusunda ayrı yargısını kınar. Böyle çatışmalar bireysel ahlakta tanıdiktır; eğer toplum ahlakı kavramını siyasi kuramda kullanmayı istiyorsak bu ahlak içindeki çatışmaları da kabul etmeliyiz. Böyle bir tartışmanın asıl çözümleneceğine dair elbette bir soru yoktur. Bireylerin kurumlarının dayandığı ilkelerin tutarlı uygulamasın hakları vardır. Toplumun anayasal ahlakıyla tanımlandığı şekilde Herkül'ün ne kadar popüler olursa olsun herhangi bir tutarsız fikre karşı savunması gerektiği bu kurumsal haktır.

Bu varsayımsal durumlar Herbert için tasarlanan itirazların Herkül'e karşı bir itiraz olarak zayıfça yapıldığını gösteriyor. Herkül'ün hüküm verme kuramı hiçbir noktada kendi siyasi kanaatleri ve genel olarak toplumun siyasi kanaatleri olarak aldıkları arasında herhangi bir seçim için hazırlık yapmaz. Tersine, kuramı yasal konuları kesinleştirici olarak toplum ahlakının belli bir kavramını tanımlar; bu kavram toplum ahlakının toplumun kanunları ve kurumları tarafından varsayılan siyasi ahlak olduğuna inanır. Elbette bu ahlakın ilkelerinin ne olduğuna dair kendi yargısına güvenmelidir ancak bu şekil bir güvenme ayırt ettiğimiz, bazı katmalarda kaçınılmaz olan, ikinci şekildir.

Bazı durumlarda Herkül'ün toplum ahlakının içeriği hakkındaki kararının ve böylece yasal haklar hakkındaki kararının tartışmalı olacağı tamamen doğrudur. Bu kurumsal tarihin adilanelik, liberallik ya da eşitlik gibi tartışmalı bir siyasi kavrama başvuruyla her haklılaştırılması gerektiğinde böyle olacak, ancak bu kavramın farklı kavramsallaştırmaları arasında sadece biri tarafından haklılaştırılabilsin diye yeterince ayrıntılı değildir. Daha önce Herkül'ün bedava taşıma davası kararını böyle bir kararın bir örneği olarak önerdim; şimdi daha güncel bir örnek alabiliriz. Daha önceki ilgili yürütme maddesinin sadece insan saygınlığına önemli bir hak varsayarak haklılaştırılabileceğini ancak kendilerinin saygınlığın birinin rahminin tam kontrolünü gerektirip gerektirmediği konusunda bir ya da diğer şekilde hiçbir karar uygulamadığını varsayın. Eğer Herkül kürtaş davalarında oturuyorsa bu konuya karar vermelidir ve bunu yapabilmek için kendi saygınlık anlayışını uygulamalıdır.

Bunun siyasi bir karar olduğunu ya da farklı alt kültürlerden farklı hâkimlerin kararı farklı oluşturacaklarını reddetmek aptalca olurdu. Öyleyse

bile, yine de, her şey gözden geçirildiğinde, kadınların fetüslerini aldirmaya arka plan bir haklarının olup olmadığı kararından çok farklı bir karardır. Herkül saygınlığı önemli bir kavram olarak düşünebilir; eğer yeni bir anayasal toplantıya katılacak olsaydı ilgili yürütme maddesinin iptali için ya da en azından kapsamından herhangi bir saygınlık fikrini çıkarmak için düzeltilmesine oy verebilirdi. Yine de, uygun olarak anlaşıldığında, bu kavramın kürtaj konusunu kapsayıp kapsamadığına karar verebilir. Yeterneğe göre değerlendirmekten nefret eden satranç hakemini yerinde ancak yine de zekânın psikolojik gözdağı vermeyi içerip içermediğini değerlendirebilir.

Herkül'ün, bu kavramı yerse bile, saygınlık kavramının bir anlayışına sahip olması elbette gereklidir; ve bu anlayışı kavramın onlar için önemli olanlarca nasıl kullanıldığını fark ederek kazanacak. Eğer kavram anayasal kararlar serisinin haklılaştırmasında rol oynarsa, o zaman zamanın siyasi retoriği ve tartışmalarında ünlü olan bir kavram olmalıdır. Herkül kavram anlayışını, kavramın bu bağlamlardaki yaşamından toplayacak. Fikrin, çekici gelenlere, çekiciliğini anlamak için yapabileceğinin en iyisini yapacak. Yapabildiği kadar onlara bu çekiciliği açıklayan bir kavram tasarlayacak.

Bu yararlı olarak iki safhayı meşgul ettiği görülebilecek bir süreç. Herkül, sadece bir dilini anlamasorunu olarak, kavramın hüküm sürdüğü açık, belirlenmiş davaları fark edecek. Örneğin, eğer aslında bu adamın işvereni olmasa da bir adamın diğerine uşağıymış gibi davrandığı düşünülüyorsa, o zaman saygınlığını ihlal etmiş olduğu düşünülecektir. Sonra bu açık davalara onların gözleriyle bakmak için kendisini, yapabildiği kadar, kavrama değer verenlerin daha genel inanç ve tavır planına koymaya çalışacak. Örneğin, kişisel tatminin aciliyeti olduğu Aristotelesçi bir doktrine inandıklarını ya da kendine güveni çok büyük bir erdem olarak aldıklarını varsayın. Herkül'ün bu inanca sahip olanların ya da bu erdemi kabul edenlerin neden aynı zamanda saygınlığı öveceklerini açıklayan genel bir kavram kuramı oluşturması gereklidir; eğer kuramı aynı zamanda, inancı ya da erdemi kabul etmeyen, kendisini neden saygınlığı övmeyeceğini de açıklarsa o zaman kuram bu özelliğinden dolayı daha da başarılı olacak.

Herkül sonra saygınlık kuramını kurumsal tarihin açık bıraktığı sorulara cevap vermek için kullanacak. Saygınlık kuramı saygınlığı, birinin saygınlığı kendi isteğine karşı aktivitesinin önemli bir bölümünü diğerlerinin ilgisine adamaya zorlandığında meydana getirilsin diye, özgürlükle bağlayabilir. Bu durumda, kabul edilen anayasal haklarının bir yönü ola-

rak, kadınların anayasal kürtaj haklarının olduğu iddiasını açıkça destekleyebilir.

Bu, Herkül'ün değer vermediği bir kavramı bir arka plan ahlak sorunu olarak reddedeceği bir karara varmak için nasıl yorumlayabileceğidir. Bununla birlikte, Herkül'ün kendisini sıklıkla bu pozisyonda bulacağı pek muhtemel değildir; kendi toplumunun kurumlarının haklılaştırmasında rol oynayan kavramların çoğuna değer vereceği muhtemel. Bu durumda bu kavramları analizi sosyolojik soruşturmanın aynı çekingен havasını göstermeyecek. Dışarıdansa kavramı onaylayan değerler planının içinde başlayacak ve varsayımsal bir benliktense kendisine kavrama değer veren derin ahlak hakkında sorular sorabilecek. Arka plan ve kurumsal ahlak arasındaki keskin ayrım kurumsal ahlak kişisel kanaatler tarafından yerinden edildiğinden değil, kişisel kanaatler kurumsal ahlaka en güvenilir kılavuz haline geldiğinden tükenecek.

Elbette bundan, Herkül'ün o zaman bile, diğer herhangi bir hâkimin söz konusu kavram hakkındaki tartışmalarda varacağı, tamamen aynı sonuçlara varacağı çıkmaz. Tersine, o zaman toplumun adilanelik, eşitlik ya da özgürlüğün belli bir durumda neyi gerektirdiği hakkında tartışma yapmaya istekli herhangi bir düşünceli üyesi gibi olacak. Ancak şimdi düşünceli vatandaşların, böyle tartışmalarda, sadece kendi kanaatlerini başkalarının kanaatlerine karşı koyduklarını varsaymanın yanlış olduğunu görüyoruz. Onlar da genel olarak sahip olduklarını düşündükleri bir kavramın farklı kavramsallaştırmalarını yarıştıyorlar; bu kavramın farklı kuramlarından hangisinin kavramı sabitleyen belirlenmiş ya da açık davaları en iyi açıkladığını tartışıyorlar. Tartışmalarının bu karakteri tartıştıkları kavramlara değer verdikleri ve bu nedenle bir yabancıнын yapacağı kullanabileceği gibi daha sosyolojik bir biçimdense sezgisel ya da geriye dönük olarak mantık yürüttükleri gerçeğiyle belirsizleştiriliyor; ancak, iddialarını genel olarak sahip olunan iddialar olarak ortaya koydukları sürece, bu iddialar yabancıнынkilerle aynı yapıya sahip olacak. Bu önemli noktaları şu şekilde özetleyebiliriz: toplumun ahlakı, en azından bu konularda, üyelerinin çekişmeli iddialarının bir toplamı, karışımı ya da işlevi değildir; daha çok çekişmeli iddiaların her birinin olduğunu iddia ettiği şeydir. Herkül, güvenliğin ayırt ettiğimiz ikinci güven anlamında, kendi saygınlık kavramına güveniyorsa, hâlâ toplumun ahlakının sağladığı kendi anlayışına güveniyordur.

Bu nedenle, mevcut itirazın, eğer Herkül'e karşı bir silah olacaksa, yeniden oluşturulması gerektiği açıktır. Ancak çekiciliğini kaybetmeden

Herkül'e daha iyi uyacak şekilde yeniden oluşturulamaz. Herkül'ün kararı, toplumunun kurumsal ahlaki hakkındaki kendi yargısına değil, ancak bu ne olduğuyla ilgili toplumun birçok üyesinin yargısına bırakması gerektiğini söylediğimizi varsayın. Bu öneriye iki görünür itiraz vardır. Öncelikle bu popüler yargının ne olduğunu nasıl keşfedebileceği açık değildir. Sokaktaki adamın kürtaja onay vermediği ya da onu cezai yapmak için yasa koymayı desteklediği gerçeğinden, tutarlılıkla uygulanan, Anayasa tarafından sağlanan saygınlık kavramının siyasi konumunu destekleyip desteklemediğini değerlendirdiği çıkmaz. Bu diyalektik bir beceri gerektiren sofistike bir sorudur ve bu beceri, kendinden emin olarak konumunu savunan sıradan adam tarafından gösterilebilse de, gelişigüzel bir biçimde ya da oyda ifade edilen siyasi tercihlerinin bu biçimde bir incele-meye maruz kaldığı kesin olarak alınmamalıdır.

Ancak, Herkül sıradan adamın saygınlığın kürtaj hakkını gerektirmediğine karar vermesinden memnun olsa bile, Herkül'ün neden sıradan adamın bu konu üzerindeki fikrini kesinleştirici olarak alması gerektiği sorusu kalır. Herkül'ün sıradan adamın hatalı olduğunu düşündüğünü varsayın; toplumun kavramlarının neyi gerektirdiği hakkındaki felsefi fikirlerinde hatalı olduğunu. Eğer Herbert bu durumda olsaydı, kararı sıradan adamın yargılarına bırakmak için çok nedeni olurdu. Herbert, hukukun pozitif kuralları bulanık ya da belirsiz olduğunda, varabileceği herhangi bir karar taze bir yasama parçası olsun diye davacıların hiçbir kurumsal hakkı olmadığını düşünüyor. Karar verdiği hiçbir şey onları ellerinden almaya haklarının olduğu şeyden alıkoyamayacağından yasa yaptığında kendisini çoğunluğun vasıtası olarak görmesi gerektiği argümanı, en azından, makuldür. Ancak Herkül konunun bu görüşünü kabul edemez. Karar vermesi gereken sorunun tarafların kurumsal hakları sorusu olduğunu biliyor. Eğer, sıradan adamın kılavuzluğunu izlerse yapacağı gibi, yanlış karar verirse tarafları sahip olmaya haklarının olduğu şeyden kandırdığını biliyor. Ne Herkül ne de Herbert popüler fikre sıradan bir yasal soru sunabilir; Herkül tarafların kolay davalarda olduğu kadar zor davalarda da hakları olduğunu düşündüğünden, zor davalarda da popüler fikri sunmayacaktır.

Elbette herhangi bir hâkimin zor davalarda tarafların hakları hakkındaki yargısı yanlış olabilir ve itiraz, son bir çabayla, gerçeği kendi yararına kullanmayı deneyebilir.

1.

Richard Nixon başkanlık için yarışırken Yüksek Mahkeme'ye [*Supreme Court*] kendisinin sahip olduğu hukuk felsefesine sahip olan kişileri atayacağına dair söz vermişti. Bu onun 'sert kanun yorumcusu' [*strict constructionist*] olarak anılmasının nedenidir. Bununla birlikte, onun sonradan yaptığı ve hakkında konuştuğu atamalar, hukuk felsefesini aydınlığa kavuşturmadı. Hershell Friday ve Mildred Lilly'nin az kalsın aday gösterilmesi şöyle dursun, Haynesworth ve Carswell'in milletçe değerlendirilmesinde Hukuk bilimi çok küçük bir rol oynadı. Ancak Başkan, kendi hukuk teorisinin bir örneği olarak, Lewis Powell ve William Rehnquist'i başarılı tercihleri olarak sundu ve ulusal televizyon seyircilerine teorisini yaymak için fırsatlardan yararlandı. O, bu adamların hukuku olduğu gibi uygulayacaklarını ve kendi şahsi kanaatlerine uydurmak için, Nixon'un Warren Court'u yapmakla suçladığı gibi hukuku saptırmayacaklarını ve eğip bükmeyeceklerini söyledi.

Warren Court'un ırk ayrımını kaldıran kararlarının ve aldığı diğer kararların karşısında yer almasının, sırf sonuçlardan kişisel ve politik hoşnutsuzluktan kaynaklanmadığını iddia etmiştir. O, bu kararlarla Mahkeme'nin

bağlı kalması gereken hüküm verme ilkelerini [*standards of adjudication*] ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ona göre Mahkeme, Mahkeme'nin okul sistemlerini düzeltmeye çalıştığı çeşitli eyaletlerin kanun koyucuları da dahil olmak üzere, tamamen başka kurumlara ait olan yetkileri gasp ediyordu. Şüphesiz Nixon bu görüşlerinde yalnız değildi. Onu destekleyenler, Mahkeme hukuki yetkisini aştığı bazı zamanlarda genel tutucu tavırların bir bölümü oluyordu. Nixon, Ford ve birçok Kongre üyesi ve temsilcisi Mahkeme'nin yetkisini yasama yoluyla sınırlamanın yollarını gözden geçiriyorlardı. Örneğin Nixon, federal mahkemelere fiili [*de facto*] ırk ayrımcılığının belli şekillerine çare olarak otobüsle taşıma metotlarını [*busing orders**] kullanmaya ilişkin geniş yetkiler veren *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* kararlarını da içeren önemli kararları bozmaya delalet edecek bir Kongresel yasa istedi ve Senatör Jackson ve diğerleri benzer noktada bir anayasa değişikliği için kampanya düzenlediler.

Ne Mahkeme'nin verdiği herhangi bir ihtilaflı kararın doğruluğuyla ne de şimdiye kadar başarısız olan, onun yetkilerini bazı yasama veya değişiklikler ile kontrol altına almaya yönelik teşebbüslerin akıllılığıyla ilgileneyeceğim. Daha ziyade Mahkeme'ye muhalefet eden politikacıların kendilerinin sahip olduğunu varsaydıkları anayasal hüküm verme felsefesi ile ilgiliyim. Bu gibi politikacıların sürekli olarak başvurabilecekleri tutarlı bir felsefenin gerçekte olmadığını tartışacağım. 4. Bölüm'de tanımladığım ve savunduğum hüküm vermenin genel teorisinin, Warren Court'un belirli kararlarını değil, anayasal felsefesini nasıl desteklediğini de göstermeye çalışacağım.

Nixon artık başkan değil ve onun suçları o kadar ağırdı ki artık kimse onun hukuk felsefesinin detaylarını çok fazla merak etmediği muhtemeldir. Bununla birlikte, bundan sonra kullanacağım 'Nixon' ismi, Nixon'a değil, onun politik kampanyasında belli ettiği Yüksek Mahkeme'ye ilişkin tavırlara eğilim taşıyan herhangi bir politikacıya referans teşkil eder. Maalesef tek bir gerçek Nixon olmasına rağmen, özel bir anlamda bu ismi kullandığım çerçevede birçok Nixon vardır.

Nixon'ın Warren Court'un ihtilaflı kararlarına bu karmaşık karşı koyuşunun temeli ne olabilir? O, önceki hukukun ötesinde oldukları için bu kararları tamamen reddedemez veya Yüksek Mahkeme'nin asla mantığını değiştirmemesi gerektiğini de söyleyemez. Gerçekten, *Miranda* gibi Warren

* Okullardaki ırksal dengiyi sağlamak için bir yerden başka bir yere otobüslerle öğrenci taşıma anlamına geliyor. (ç.n.)

Court'un liberal kararlarını sınırlamada Burger Court dikkatli görünüyordu. Anayasanın 'hukukun eşit koruması' garantisi doğrudur, ama açıkça, 'ayrı ancak eşit' okul imkânlarının anayasal olmadığını belirlemez, yani bu ayırım o kadar adaletsiz olduğu içindir ki etkilerini kaldırmak için kahramanca önlemler gerektirir. Ancak bir anayasa hukuku meselesi olarak Mahkeme'nin bu sonuçlara ulaşmada yanlış olmasını da gerektirmez. Bu tür konularda hüküm verme Mahkeme'ye bırakılır, ve mesela Mahkeme North Carolina yasasını anayasaya aykırı saymayı reddetmiş olsaydı, tam tamına bunu yapmış olacaktı. Emsal olarak, eşit koruma hükmü bu kadar ileri götürülmeyerek hukuk yapılmış olacaktı.

Bu yüzden Nixon'ın pozisyonuna teorik bir temel bulmak için daha fazla araştırma yapmak zorundayız. Elbette, Nixon'ın bir hukuk bilimine sahip olduğunu varsaymak saçma olabilir. O muhafazakâr retoriğin tuzak ifadelerini bir araya getirmiş veya anayasal otoriteye karşı bireylerin haklarını genişletir görünen herhangi bir yargı kararından hoşnutsuzluğunu dile getirmiş olabilir. Ancak, sonunda Nixon bir hukukçudur ve herhangi bir olayda onun tutucu görüşleri birçok hukukçu ve güzide hukuk bilimcileri tarafından desteklenmiştir. Bu yüzden, sırf bir önyargı olarak değil bir prensip meselesi olarak nereye kadar savunulabildiğini anlamak önemlidir.

2.

Hükümetimizin dayandığı anayasal teori basit bir çoğunlukçu teori değildir. Anayasa, ve özellikle Haklar Bildirgesi [*the Bill of Rights*], bu çoğunluğun kamu yararına hareket ettiği durumlarda bile, birey olarak vatandaşları veya grupları [azınlığın], vatandaşların çoğunluğunun yapmak istediği belli kararlara karşı korumak için oluşturulmuştur. Bu anayasal sınırlamalardan bazıları kesin kurallar biçimindedir, ceza yargılamasında jüri ile yargılamayı gerektiren kural gibi, belki Ulusal Kongre'nin ifade özgürlüğünü sınırlamasını yasaklayan kural gibi. Ancak, başka sınırlamalar, örneğin idarenin (hükümetin) bir kişiden hukukun doğru uygulanması hakkını [*due process of law*] veya hukukun eşit korumasını [*equal protection of laws*] esirgeyemeyeceği hükmü gibi, sık sık 'belirsiz' standartlar olarak adlandırılan bir şekildedir.

Demokratik uygulama ile müdahale haklı bir neden gerektirir. Anayasayı hazırlayan kişiler bu sınırlamaların, bireylerin sahip olduğu ve hem

belirsiz hem de açık, anayasal hükümlerin tanıdığı ve koruduğu söylene-
bilecek ahlaki haklara başvurularak haklılaştırılabileceğini varsaydılar.

'Belirsiz' standartlar, onları tasarlayan ve kabul eden kişiler tarafından, kanunlaştırılabilecekleri daha spesifik ve sınırlı kurallar yerine belli bir maksatla seçilmiştir. Ancak oluşturdıkları bu dili (ifadeyi) kullanma kararları pek çok hukuki ve siyasi ihtilafa sebebiyet vermiştir. Çünkü doğru uygulanma [*due process*] kuralının veya eşit koruma hükmünün hukuka getirdiği ahlaki hakları incelikle işlemeye çalışan iyi niyetli, akli başında kişiler bile farklı fikirlere ayrılmaktadır. Irk ayrımı davalarının konusu olan eğitimsel uygulamalar gibi siyasi uygulamanın karışık sorunlarına bu hakları uygulamaya çalıştıkları zaman dahi farklı fikirlere ayrılmaktadırlar.

Uygulama, bu ihtilafların bir katı ve bir liberal yönüne başvurarak gelişmiştir. Onun için, Yüksek Mahkeme'nin liberal tarafta ve onu eleştirenlerin de katı tarafta yer aldığı söylenebilir. Nixon kendisini katı yorumcu [*strict constructionist*] olarak nitelediği zaman zihninde bu ayrımı taşıyordu. Ancak bu ayrım gerçekte kafa karıştırıcıdır. Birbirinden ayrılması gereken iki farklı meseleyi birlikte ele aldığı için bu ayrım gerçekte karışıyor. Belirsiz anayasal garantiler altında ortaya çıkan herhangi bir mesele-
nin iki soruya sebebiyet verdiği görülebilir: (1) Katı tutum hangi kararı gerektirir, Anayasa metnine bağlılığı mı yoksa onu kabul edenlerin niyetine bağlılığı mı? (2) Bireyin topluma karşı sahip olduğu ahlaki haklar açısından katı bir tutum takınan bir siyaset felsefesi hangi kararı gerektirmektedir? Bu sorular ayırt edildiğinde, farklı cevapları olabileceği aşikârdır. Örneğin, Anayasa'nın Birinci Değişikliği'nin metni Kongrenin ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hiçbir kanun yapamayacağını söyler. Ancak dar bir bireysel haklar anlayışı, iftira ve müstehcenlik mevzuatından [*libel and obscenity laws*] Smith Act'e kadar bu tür birçok kurala müsaade eder.

Bununla birlikte, doğru uygulanma [*due process*] ve eşit koruma gibi, 'belirsiz' hükümlerle ilgili meselelerde hukukçular iki soruyu birlikte ele alıyorlar, çünkü onlar, ekseriyetle farkına varmaksızın, şu şekilde açıklanabilecek bir anlam teorisine güveniyorlar: Eğer Anayasa'ya biçim verenler belirsiz bir dil kullansalardı, hukukun doğru uygulanmasının [*due process of law*] ihlallerini mahkûm ettikleri zaman yaptıkları gibi, o zaman onların söyledikleri veya kastettikleri şeyler, kafalarında ihlal olarak sahip oldukları resmi hareketlerle veya en azından eğer kafalarında bu durumlar var olsaydı ihlal olarak düşünmüş olacakları hallerle sınırlıdır. Eğer doğru uygulanma [*due process*] hükmünü Anayasa'ya eklemekle sorumlu olanlar farklı ırklar için bölünmüş eğitimi şart koşmanın esaslı olarak adaletsiz

olduğuna inansalardı veya bu sonuca yol açan adalet hakkındaki görüşleri ayrıntılı olarak anlatılmış olsaydı, o zaman ırk ayrımı kararları koymuş oldukları prensibe bir başvuru olarak savunulabilecekti. Aksi takdirde, onlar bu şekilde savunulamazdı, ama aksi, hâkimlerin anayasa koyucunun prensip olarak koymayı kastettiklerinin yerine kendi özel adalet fikirlerini koyduğunu gösterecektir.

Metnin katı bir yorumunu yapan bu teori, bu tür hakları tarihin sabit bir dönemimde bir grup sınırlı insan tarafından tanınanlarla sınırladığı için, anayasal haklara dar bir bakış açısı getirmiş oluyor. Bu, daha liberal hak grubuna taraftar olanları, katı bir hukuki otoriten ayrıldıklarını itiraf etmeye ve sadece ulaştıkları sonuçların arzu edilir olmasına başvurarak haklı göstermeye çalışmak zorunda oldukları bir ayrılışa zorlar.

Ancak bu argümanın dayandığı anlam teorisi oldukça hamdır ve felsefecilerin yaptığı ancak hukukçular tarafından henüz değerlendirilmemiş olan bir ayrımı görmezlikten gelir. Farz edelim, çocuklarıma onlardan başkalarına karşı haksız davranmamalarını beklediğimi basit bir şekilde söylüyorum. Kuşkusuz caydırıcı davranış örnekleri kafamda mevcut, ancak ben, iki sebeple kastettiğim ‘anlamın’ bu örneklerle sınırlanmasını kabul etmem. İlk neden, hakkında düşünmemiş veya düşünemeyecek olduğum durumlarda çocuklarımızdan benim talimatlarımı uygulamalarını isteyecektim. İkinci neden, konuştuğum zaman adil olduğumu düşündüğüm ama gerçekte haksız olan bazı belirli eylemleri kabul etmeye hazır durumdayım, veya tam tersi, şayet çocuklarımdan biri sonradan beni buna inandırabilirse, o zaman talimatlarımın bu durumu da kapsadığını söylemek isterim, talimatlarımı değiştirmiş olduğumu değil. Kafamda olan herhangi bir özel hakkaniyet *anlayışı* [conception of fairness] tarafından değil, adalet kavramı tarafından kılavuzluk edilen bir aileyi kastettiğimi söyleyebilirdim.

Bu üzerinde durup dikkatle incelemeye değer çok önemli bir ayrımdır. Mesuliyetlerin veya yararların yanlış bölünmesine veya kınama veya övmenin yanlış atfedilmesine bağlı bulunan, adaletsiz [unfairness] olarak adlandırdıkları bir özel ahlaki kusurdan zarar görebilen hareketlere ekseriyetle inanan bir grup farz edelim. Onların adaletsiz standart durumların büyük bir çoğunda hemfikir olduklarını ve bunları daha tartışmalı meselelerde diğerlerini test etmek için bir ölçü olarak kullandıklarını da farz edelim. O halde, adaletsizlik kavramına sahip olan bu grup ve onun üyeleri bu kavrama ahlaki bir emir veya argüman olarak başvurabilirler. Ancak, bununla birlikte, bu grubun üyeleri, bu tartışmalı hallerin büyük bir çoğunluğu üzerinde, her birinin neden standart meselelerin adaletsiz hare-

ketler olduğu şeklinde farklı bir teoriye ya sahip olmalarını ya da ona göre hareket etmelerini önerir bir biçimde, farklı fikirde olabilirler. Belli bölümler ve isnat etmelerin adaletsizliğini göstermek üstüne güvenilmek zorunda olunan daha köklü prensiplerde aynı fikirde olmayabilirler. O halde, bu üyeler farklı adalet anlayışına sahiptirler.

Öyle ise, o zaman adalet adına talimatlar veren veya standartlar koyan bu toplumun üyeleri iki farklı şey yapıyor olabilirler. İlki, basitçe başkalarına adil davranmalarını talimat vererek, onlar hakkaniyet kavramına başvuruyor olabilirler. Bu durumda, ihtilaflı meseleler ortaya çıktığında kendi özel adalet anlayışlarını geliştirme ve ona başvurma sorumluluğu ile bu talimat verdikleri kişileri yükümlü kılarlar. Bu elbette onlara istedikleri gibi hareket etme takdir yetkisini bağışlamakla aynı şey değildir; yerine getirmeye çalışmak zorunda oldukları ve bunda başarısız olabilecekleri bir standart oluşturulur, çünkü bir anlayışın diğerine daha üstün olduğu farz edilir. Bu kavrama bu şekilde başvuran birisi kendi özel anlayışına sahip olabilir, tıpkı benim çocuklarıma adil davranmalarını söylediğim zaman yaptığımda sahip olduğum gibi; ancak o anlayışı sadece koymuş olduğu standartların nasıl uygulanması gerektiği hususunda kendi özel teorisi olarak elde bulundurur, bundan dolayı teorisini değiştirdiğinde bu standardı değiştirmemiş olur.

Diğer yandan, bu üyeler belli bir hakkaniyet anlayışını ifade ediyor olabilirler; örneğin, eğer ben ihtilaflı örnekler bakımından isteklerimi listelemiş olsaydım, veya eğer, daha az akla yakın olsa bile, bazı ihtilaflı veya açık olan adalet teorilerini açıkça belirtmiş olsaydım, sanki zor meselelerde karar vermede Jeremy Bentham'ın faydacı ahlakına başvurmayı söylemişim gibi, bunu yapmış olacaktım. Bu ayrım sadece verilen talimatların *detayında* değil, ancak *çeşidinde* bir farktır. Adalet kavramına başvurduğum zaman adaletin manasının ne olduğuna başvurmuş olurum, ve bu konu üzerine görüşlerimi vermiş olurum, özel bir konum değildir bu. Adalet anlayışı oluşturduğum zaman, adaletten neyi anladığımı oluşturmuş olurum, ve bu yüzden benim görüşüm meselenin özüdür. Adalet başvurduğumda ahlaki bir konu ortaya çıkarmış olurum; adalet kavramına başvurduğumda buna cevap vermeye çalışmış olurum.

Bu ayrım yapılır yapılmaz, 'belirsiz' olarak adlandırdığım anayasal hükümleri onların kullandığı kavramlara –hukukilik, eşitlik ve acımasızlık gibi– başvurunun bir ifadesi olarak almak zorunda olduğumuz aşikârdır. Yüksek Mahkeme, örneğin, 'acımasız ve alışılmamış ceza'yı yasaklayan anayasa hükmünün anlamı içinde, ölüm cezasının 'acımasız' olduğuna

yakında karar verebilir. Bu hüküm kabul edildiği zaman ölüm cezasının normal ve sorgulanmaz olduğu gerçeğinin çok fazla etkisinde olmak Mahkeme için bir yanılgı olacaktır. Eğer bu hükmü kaleme alanlar özel bir zulüm anlayışı koymayı kastetmiş olsalardı, anlayışının şimdiye kadar sürmediğini göstereceği için bu kesin (sonucu belirleyici) olacaktı. Ancak bu, Mahkeme'nin karşı karşıya olduğu farklı soru için sonucu belirleyici değildir: Mahkeme, yasa koyucuların zulüm kavramına başvurularına karşılık olarak şimdi ölüm cezasını acımasız kılan bir anlayışı savunabilir mi?

Kavram [*concept*] ve anlayış [*conception*] arasındaki farkı görmezden gelen, ancak ölüm cezasının zalimce olup olmadığı konusunda Mahkeme'nin yeni bir belirleme yapması gerektiğine inananlar, savunmasız bir şekilde tartışmak zorunda kalabilirler. Onlar acımasızlık fikirlerinin [*ideas of cruelty*] zamanla değiştiğini, ve Mahkeme'nin eskimiş anlayışları reddetmekte serbest olması gerektiğini söylerler; bu, anayasanın yasalaştırdığı şeyleri değiştirmek zorunda olmasını akla getirir. Ancak, gerçekte, tıpkı benim çocuklarımın benim söylediklerimi sadece neyin adil olduğu konusunda kendi düşüncelerini oluşturarak yapabilecekleri gibi, Mahkeme de neyin acımasız olduğu hakkında kendi özel fikrini oluşturarak anayasanın söylediklerini uygulayabilir ancak. Eğer genel hükümleri yasalaştıranlar belirli bir anlayış koymayı amaçlamış olsalardı, bunu yapmak için kullanılan alalede bir dil bulurlardı, yani sözü geçen kavram teorilerinden birini önerirlerdi.

Gerçekte benim de katıldığım, bu hükümleri 'belirsiz' olarak adlandırma alışkanlığı, şu an bir yanılgı içeriyor görünebilir. Sadece onları bozulmuş veya tamamlanmamış veya şematik denemeler olarak ele alırsak, bu hükümler belirsizdir. Eğer onları ahlaki bir kavrama başvuru olarak ele alırsak onlar daha da detaylandırılarak daha kesin bir hale getirilemezlerdi.¹

Bu yüzden, 'katı yorumlama'nın iki anlamı arasındaki bahsettiğim karışıklık gerçekten çok yanıltıcıdır. Eğer Mahkeme anayasanın metnine sadık kalmaya çalışırsa, birçok sebepten dolayı çekişen siyasi ahlak anlayışları arasında karar vermeye zorlanacaktır. Bundan dolayı, örneğin, anayasayı bağlayıcı bir metin olarak ele almada başarısız olmak yüzünden, Warren

1) Anayasanın bu detaylandırılmamış hükümlerinin Mahkeme'ye kendi özel siyasi ahlak anlayışını uygulama yetkisini 'devrettiği'ni söylemek daha az yanıltıcıdır. Ama eğer bu, Mahkeme'nin anlayışını –metinde tanımlandığı gibi– standart davalar ile kendi anlayışı arasındaki ilişkiyi gösteren argümanlar ile haklılaştırmasının lüzumlu olmadığı şeklinde anlaşılırsa, bu yanılgı olur. Eğer Mahkeme ölüm cezasını acımasızca buluyorsa, bunu ölüm cezasını işkence aletleri ile birleştiren bazı prensipler veya prensip grupları temelinde yapmalıdır.

Court'a saldırmak yanlıştır. Tam aksine, anayasal yorumun en önemli gerekliliği olarak biz bu metne sadakat içinde muamele etmeyi dilersek, o zaman kabahatli olan Warren Court'un tutucu eleştirmenleridir. Çünkü onların felsefesi metnin mantığının istediği ahlaki prensip konularının varlığını kabul etme yönünü görmezden gelir.

Metnin ruhuna sadakati Anayasal hüküm vermenin en önemli prensibi olarak kabul etmek istemeyebileceğimiz için, bu meseleyi ihtiyatlı bir biçimde ortaya koydum. Mahkemeler için anayasal sorunlarda, örneğin, hükümetin diğer kurumlarının kararlarını göz önünde bulunduran bir tarzda karar vermek daha önemli olabilir. Veya yerleşmiş hukuki doktrinleri korumak mahkemeler için daha önemli olabilir, bundan dolayı vatandaşlar ve hükümet bu mahkemelerin önceden söylediklerine sadık kalacaklarına güvenebilir. Ancak anayasa hukukunun esaslı ve emredici kaynağının anayasa olduğu prensibi ile rekabet eden bu diğer politikaları tanımak çok kritiktir. Onlar, 'katı yorumcuların' varsaydığı gibi sadece bu prensibin sonuçları değildir.

3.

Keza, bu sorun bir kere açığa kondu mu, artık 'katı yorum'un popüler inançları tarafından empoze edilen karışıklıktan bağımsız olarak bu politikanın çekişen iddialarını değerlendirebiliriz. Bu amaçla, şimdi mahkemelerin zor ve ihtilaflı anayasal meselelere nasıl karar vermeleri üzerine çok genel iki felsefeyi karşılaştırmak ve aralarındaki farkları göstermek istiyorum. Bu isimlerin kesin bir şekilde yanıltıcı olduğu aşikâr olacak olsa da, ben bu iki felsefeyi hukuk literatüründe onlara verilen isimlerle ('adli aktivizm' ve 'adli sınırlama' programı) ifade edeceğim.

Adli aktivizm programı mahkemeleri, değindiğim yarışan çeşitli nedenlere rağmen, Anayasa'nın sözde belirsiz hükümlerinin talimatını anlattığım ruh içinde kabullenmelidir. Bu mahkemeler hukukilik, eşitlik ve diğer ilkeleri kendi gayretleri ile geliştirmeli, Mahkeme'ye taze ahlaki anlayış gibi görünen şeylerin ışığında zamandan zamana gözden geçirmeli, Kongre'nin, eyaletlerin ve Başkan'ın ortaya koyduklarını ona göre öyle yargılamalıdır. (Bu programın en güçlü şeklini arz eder, gerçekte onun taraftarları genellikle onu şu an için bilmezlikten geleceğim yollarla sınırlandırırılar).

Tam aksine, adli sınırlama programı ise, mahkemelerin, hâkimlerin genel anayasal doktrinler tarafından istenen ilkelere ilişkin kendi anlayış-

larını rahatsız etse bile, hükümetin diğer branşlarıyla ilgili kararların (bu kararlar herhangi makul bir yorumlama üzerine olan hükümleri ihlal edeceği için politik ahlaklılığa çok yakışmadığı durumlar veya açık bir örneğin aykırı bir kararı gerektirebileceği zamanlar hariç) yürürlüğüne izin veremeleri gerektiğini iddia eder. (Yine, bu durum, bu programı katıksız bir şekilde ortaya koyar; bu politikayı açıkça dile getirenler onu farklı yollarla sınırlandırır).

Yüksek Mahkeme, eşit koruma hükmünün terimleri ilgili eyaletlerin çeşitli eğitimsel uygulamalarının anayasayı ihlal etmeli mi etmemeli mi olduğu konusunu muallakta bıraktığı için, ırk ayrımı davaları gibi davalarda sınırlamadan ziyade aktivizm politikasını takip etti, onların bunu yaptıklarına ilişkin açık bir örnek yoktur, ve makul bir insan içerilen ahlaki meseleleri ayırabilirdi. Eğer Mahkeme adli sınırlama programını takip etmiş olsaydı, bu sebeple *Swann* davasında North Carolina yasasının [*statute*] lehinde karar verirdi, aleyhinde değil. Ancak sınırlama programı, politik muhafazakârlığı hoşnut edecek kararları sağlayacak şekilde rol oynamayacaktır. New Deal'in ilk günlerinde, Warren Court'un eleştirmenleri dikkati çekmede hızlıyken, Mahkeme'nin kongrenin yasalarını doğru uygulanma hükmü adına aciz bırakan kararlarına itiraz edenler liberallerdi.

Bu yüzden, eğer Nixon'ın bir hukuk teorisi olursa, bunun kritik bir biçimde adli sınırlama teorisinin bir kısmına dayalı olacağı görülebilir. Bununla birlikte, şimdi adli sınırlamanın iki şekli arasındaki farka dikkat etmeliyiz, çünkü farklı ve hakikaten birbiriyle bağdaşmayan bu politikanın dayanabildiği iki temel var.

İlki, şu şekilde tanımlanabilecek bir siyasi *kuşkuculuk* teorisidir. Adli aktivizm politikası, ahlaki ilkenin kesin nesnelliğini varsayar, özellikle vatandaşların, kamu eğitiminde eşitlik veya polisin adil muamele etmesi ahlaki hakları gibi, devlete karşı kesin ahlaki haklara sahip olduğunu varsayar. Sadece eğer bu tür ahlaki haklar bazı düşüncelerde var ise, aktivizm yargıcın kişisel tercihlerinin dışında bir şeylere dayanarak haklaştırılabılır. Kuşkucu teori aktivizme köklerinden hücum eder; gerçekte bireylerin devlete karşı bu tür ahlaki haklara sahip olmadığını savunur. Onlar Anayasa'nın garanti altına aldığı *hukuki* haklar türünden haklara sahiptirler ve bunlar yasa koyucuların kafalarında aslında var olan veya örnekler dizisiyle oluşturulmuş kamu ahlakının açık ve tartışmasız bir şekilde ihlalleri ile sınırlıdır.

Sınırlama programının alternatif gerekçesi bir adli *riayet* [*judicial deference*] teorisidir. Kuşkucu teorisinin aksine, bu, vatandaşların huku-

kun açıkça verdiği hakların ötesinde ahlaki haklara sahip olduğunu varsayar; ancak o bu hakların gücünün ve karakterinin tartışmalı olduğuna dikkati çeker ve mahkemelerden başka politik kurumların hangi hakların tanınabilir olduğuna karar vermeden sorumlu olduğunu savunur.

Anayasa hukuku literatürü herhangi bir açıklıkla yazmasa bile, bu önemli bir ayrımdır. Kuşkucu teori ve saygı teorisi çarpıcı bir biçimde varsaydıkları haklılaştırma çeşidinde ve onları savunmayı öğreten kişilerin daha genel ahlaki ilkeleri için içerdikleri anlamlarında ayrılırlar. Çoğu Amerikan politikacısı sürekli olarak birincisini değil de ikincisini kabul edebildikleri için bu teoriler farklıdır.

Bir kuşkucu, söylediğim gibi, kişinin devlete karşı ahlaki hakları olmadığını ve sadece hukukun açıkça sağladığı hukuki hakları olduğu görüşünü savunur. Ancak bunun anlamı nedir, ve bir kuşkucu görüşü için ne çeşit bir argüman oluşturabilir? Elbette, ahlaki hakların saygınlığı ve niteliği üzerine ahlak felsefesinde çok canlı bir tartışma, ve eğer onlar tamamen hiçbir şeyse o zaman ne oldukları üzerine hatırı sayılır bir anlaşmazlık vardır. Bu sorulara cevap vermeye çalışırsak, 7. Bölüm'de geliştirdiğim devlete karşı ahlaki hakların ılımlı teorisine dayanacağım. Bu teori altında, eğer devlet bazı nedenlerle belli bir şekilde ona karşı yanlış davranacak olursa, bunu kamu yararına dahi yapacak olsa, bir kişi devlete karşı ahlaki haklara sahiptir. Bundan dolayı siyah bir çocuk eşit bir eğitim ahlaki hakkına sahiptir; örneğin, eğer devlet bunu sağlamazsa yanlış olacaktır, bu suretle bütün toplum zarar görecektir.

Devlete karşı ahlaki haklara bu şekilde bakışın erdemlerine ilişkin birkaç kelime söylemek istiyorum. Hükümet için yapmaya neyin doğru neyin yanlış olduğu üzerine konuşmayı kolay bulmalarına rağmen hukukçuların büyük bir çoğunluğu ahlaki haklar hakkında tartışmaktan çekinirler, çünkü onlar bu hakları, eğer tamamen var olurlarsa, kadınların ve erkeklerin bademcikler gibi ürkütücü olmayan şeylere sahip olmalarına çok fazla benzer bir şekilde ürkütücü şeylere sahip olmaları olarak farz ederler. Ancak benim kullanmayı önerdiğim haklar fikri şu çeşit bir ontolojik varsayım gerektirmez: Sadece bir hak iddiasını, yönetimler için yapmaya neyin doğru neyin yanlış olduğu hakkında, bir sınırlandırma düşüncesi içinde, özel bir çeşit hüküm olarak gösteren bir varsayım yapmaz.

Bundan başka, haklara bu şekilde bir bakış, kavram ile ilişkili dile düşmüş sorunların bazılarında kaçınır. Bu, acayiplik düşüncesi olmaksızın, bu hakların gücünün ve karakterinin davadan davaya ve meseleden mese-

leye tarih içinde değişebildiğini söylememize izin verir. Eğer hakları tuhaf görünen başkalaşmış şeyler olarak düşünürsek, ancak biz yapmak için neyin doğru neyin yanlış olduğu hakkındaki ahlaki hükümlerin karışık ve değişen ve rölatif nedenlerden etkilenmiş olduğu fikrine alıştığımız.

Devlete karşı hakların olanağına karşı tartışmak isteyen bir kuşkucu güç bir dava özetine sahiptir. Onun şu üç genel tavırdan birine dayanmak zorunda olduğunu düşünüyorum: (a) Ahlaken doğru ya da yanlış olan bir hareketin anlamı olmadığından söz etmeyi dahi içeren biraz daha yayılmış bir ahlaki şüphecilik sergileyebilir. Eğer hiçbir hareket ahlaken yanlış değilse, o zaman North Carolina hükümeti okul çocuklarının otobüsle başka okullara taşınmasını reddetmekte yanlış olamaz. (b) O, bir hareketin doğru veya yanlış olduğuna ilişkin her zaman sahip olduğumuz tek nedenin onun kamu yararı üzerine etkisi olduğunu varsayan faydacılığın katıksız bir şeklini savunabilir. Bu teori altında, *busing*'in (ırksal dengeyi sağlamak için otobüsle öğrenci taşımanın), genel olarak topluma yararlı olmasa bile, ahlaken gerekli olabileceğini söylemek tutarsız olacaktır. (c) O, bireylerin menfaatlerini toplumun menfaati içinde eriten ve bundan dolayı ikisinin çelişebileceğini inkâr eden totaliter teorinin bazı şekillerini kabul edebilir.

Birçok amerikan politikacısı bu üç temelden herhangi birini kabul edebilecekti. Örnek olarak Nixon, çünkü o kendisini pornografinin çok kötü bir şey olduğunu ve Güney Vietnam'daki bazı insanların bizim ve onların diğerlerini gereği gibi öldürebilmemiz adına self-determinasyon hakkına sahip olduğunu kalbinde hisseden ahlaki bir fundementalist olarak sunduğu için, [bunlardan birini] kabul edemezdi.

Bununla beraber, hiç kimsenin şüphecilik temelinde adli sınırlama lehinde konuşamayacağını öne sürmek istemiyorum; tam aksine sınırlamanın çok iyi bilinen savunucularının bazıları argümanlarını tamamen şüphecilik temeli üzerine kurmuşlardır. Örneğin, 1957 yılında, büyük yargıç Learned Hand, Oliver Wendell Holmes derslerini Harvard'da verdi. Hand, Santayana'nın öğrencisi ve Holmes'un tilmizi idi ve ahlakta şüphecilik onun tek inancıydı. O adli sınırlamanın lehinde konuştu, ve Yüksek Mahkeme'nin *Brown* davasında okul ayrımını illegal olarak ilan etmekte yanlış yapmış olduğunu söyledi. Ahlaki haklara ilişkin iddiaların konuşanların tercihlerinden başka bir şeyi ifade ettiğini varsaymanın yanlış olacağını söyledi. Eğer Yüksek Mahkeme kararlarını pozitif hukuka dayandırmaktan ziyade bu tür iddialar yaparak haklılaştırsa, çoğunluğun temsilcisi olarak, kimin tercihlerinin yöneteceğine karar vermeye ilişkin kanun koyma işi için, kanun koyucunun yerini gasbetmiş olur.

Eğer birisi bu şüpheci önermeyi kabul ederse, demokrasiye bu basit başvuru başarılı olacaktır. Elbette, eğer bir kişinin çoğunluğa karşı hakları yoksa, eğer politik kararlar sırf kimin tercihlerinin üstün geleceği meselesiye, o zaman demokrasi bu kararları mahkemelerden daha demokratik kurumlara, bu kurumlar yargıçların kendilerinin nefret ettikleri tercihler yaptığı zaman bile, bırakmak için iyi nedenler sağlayacaktır. Göstermeye çalışacağım gibi, eğer kuşkuculuğa değil de riayete [*deference*] dayanırsa, çok farklı ve eleştiriye açık olan demokrasi argümanı hukuki sınırlama tarafından desteklenmek zorundadır.

4.

Eğer Nixon tutarlı bir anayasal teoriye sahip olsaydı, bu, sadece kuşkuculuğa değil, aynı zamanda hürmet ve saygıya da dayalı bir sınırlamanın teorisi olurdu. O mahkemelerin siyasi ahlakın ihtilaflı konularında karar vermemeleri gerektiğine inanıyordu, çünkü mahkemeler bu tür kararları yönetimin diğer departmanlarına bırakmalıydılar. Eğer biz bu siyaseti Nixon'a atfedersek, onun Warren Court'u, hukuku 'saptırmak ve çarpıtmakla' itham ettiği manasını çıkarabiliriz. Nixon'ın kastettiği şey, onların bir sınırlama olan hukuka saygı prensibini çarpıttıkları ve saptırdıklarıydı, çünkü eğer Nixon onların bu prensibi görmezden geldiklerini söylerse Nixon daha haklı olacaktı. Ancak bu saygı politikasını savunmanın herhangi bir iyi nedeni var mıdır? Eğer bu politika gerçekten hatalıysa, o zaman Nixon'ın hukuk felsefesinin temeli zayıflar. Nixon, Yüksek Mahkeme atamalarını daha fazla tartışmaktan veya Kongre'yi Mahkeme'yle karşı karşıya getirmeye çalışmaktan, kendi adına, vazgeçirilmelidir.

Bu riayet politikasının lehinde demokrasi argümanı olarak adlandırılacak çok popüler bir argüman vardır. Bu argümana göre, tam bir eşitlik fikrinin, bölünmüş eğitimi yasakladığı mı yoksa onu yıkmak için çabalama gibi tedbirleri mi gerektirdiği en azından tartışmalıdır. Ahlakın ve politikanın bu tartışmalı konularında kim karar vermelidir? Bunlar, üyeleri yaşamları boyu oraya atanan ve bu kararlardan etkilenen kamuya karşı sorumluluk taşımayan Washington'daki mahkemenin çoğunluğu mu, yoksa seçilmiş ve sorumlu olan eyalet veya ulusal yasa koyucular mı olmalıdır? Bir demokrat bu argümanın gereği olarak sadece ikinci cevabı kabul edebilir.

Ancak bu demokrasi argümanı görülebildiğinden daha zayıftır. Bu argüman, herhangi bir konuda, yasa koyucuların demokrasinin varsaydığı

biçimde halka karşı sorumlu olduğunu farz eder. Ancak, farklı derecelerde ve farklı nedenler için olmakla beraber bütün eyaletlerde olay böyle değildir. Bazı eyaletlerde bu faraziye çok uzakta bulunmaktadır. Bununla beraber, ben bu noktayı geçmek istiyorum, çünkü daha fazla demokrasi denilirken, bu mesele demokrasi argümanının temelini zayıflatmayacaktır ve bu farklı bir meseledir. Ben, bu perspektiften demokrasiye başvurunun prensipte doğru olup olmadığı noktası üzerine dikkatleri toplamak istiyorum.

Bu argüman, bir demokraside politik ve ahlaki prensipleri de içeren bütün karışık konuların mutlaka sadece politik olarak sorumlu olan kurumlar tarafından mahkemelerin bulunmadığı bir tarzda çözülmesini farz eder. Neden bu demokrasi görüşünü kabul edelim? Bu demokrasinin ne manaya geldiğidir demek iyi olmaz, çünkü bu kelimenin, bir kelime olarak, o kadar çok açık/sarih bir anlam gibi bir şeye sahip olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Olsa bile, bunun demokrasinin ne anlama geldiği olduğunu varsaysak bile, yine de sorumuzu yeniden, doğru bir şekilde sormak zorundayız, neden demokrasiye sahip olmalıyız. Bu demokrasi görüşünün Amerikan Anayasası'nda tesis edildiğini veya kendimizi teslim ettiğimiz politik geleneklerimizde yerleşik olduğunu söylemek de daha doğru değildir. Ne belli davalarda anayasaya uygunluk denetiminin sınırlandırılması ile ilgili kural içermeyen anayasanın daha geniş denetimleri dışarıda bırakan bir demokrasi teorisi kurduğunu tartışabiliriz, ne de mahkemelerimizin sürekli olarak böyle bir sınırlandırmayı kabul ettiğini söyleyebiliriz. Nixon'ın argümanlarının sıkıntısı, onların sahip olduğu geniş yetkilerdir.

Bundan dolayı demokrasi argümanı hem bizim vaatlerimizle hem bizim geçmişimizle teslim edildiğimiz bir argüman değildir. Onu tamamen kendi mantığı gereğince kabul etmek zorundayız. Bununla beraber, bu argümanları tetkik etmek için daha ileri bir ayırım yapmak zorundayız. Bu argümanı ayırımları ile ilgili açıklamamda iki farklı yol izlenebilir: Bir yol olarak, demokratik kurumlar, yasa koyucular gibi, gerçekten anayasal sorunların, ki bunlar bireylerin devlete karşı ahlaki haklarının mahiyeti hakkındadır, ortaya çıkardığı belli başlı konularda mahkemelerden daha doğru kararlar vermeye daha uygun oldukları için hukuka riayet gereklili olduğu kanıt olarak gösterilebilir.

Veya, demokratik bir kurumun daha doğru bir karara ulaşacağına inanmak için bir sebep olmamasına rağmen, bu tür konularda bir mahkemeden ziyade bir demokratik kurumun karar vermesinin daha *hakkanîyetli* olduğu ileri sürülebilir. Bu iki argüman arasındaki ayırım, birisinin devlete karşı

ahlaki hakları belirlemede hayaletleri tanımlamaktan daha iyi veya daha kötü bir iş yapabileceğine olanak vermeyen bir şüpheci için akla yatkın görünmeyebilir. Ancak şüphecilikten ziyade hukuka riayete inanan bir hukukçu isterse her iki açıdan kanı ileri sürebilmekle beraber, bu ayrımı kabul etmek zorundadır.

İkinci argüman ile başlayacağım ki bu argüman yasa koyucular veya diğer demokratik kurumların anayasal kararlar vermede, onların daha iyi karar verme yeteneklerinden başka özel bazı haklarının olduğudur. Bu hakkın mahiyetinin belli olduğu ileri sürülebilir, çünkü herhangi bir konuda karar vermekte azınlıktan ziyade çoğunluğa müsaade etmek her zaman daha hakkaniyetlidir. Ancak, sık sık işaret edilmesine rağmen, çoğunluğa karşı olan haklarla ilgili kararların hakkaniyet içinde çoğunluğa bırakılması gereken konulardan olmadığı görmezden gelinir. Anayasacılık –bi-reysel hakların korunmasında çoğunluğun sınırlanması gerektiği teorisi– iyi veya kötü bir politik teori olabilir, ancak A.B.D. bu teoriyi benimsemiştir, ve çoğunluğa hüküm verdirmek özel şartları içinde çelişkili ve haksız görünmektedir. Bundan dolayı, hakkaniyet ilkeleri demokrasi argümanı için değil, ona karşı konuşur gibi görünmektedir.

Yargıç Marshall, Yüksek Mahkeme'nin yasamanın anayasal standartlara aykırı kararlarını denetleme yetkisini ilk olarak ileri sürdüğü ünlü *Marbury-Madison* davasında verdiği kararda bunu tanımıştır. O, Anayasa kendisinin ülkedeki en üstün hukuk olduğunu vazettiği için, genel olarak mahkemelerin, nihayet Yüksek Mahkeme'nin, Anayasa'yı ihlal eden kanunların hükümsüzlüğünü ilan etmek yetkisine sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür. Birçok hukuk bilimcisi, onun bu argümanını *non sequitur* [ilgisiz sonuç çıkarma] olarak göz önünde tutmuştur, çünkü onlara göre anayasal zorlamalar hukukun bir parçası olmasına rağmen, mahkemelere, bizzat yasa koyucudan başka, belirli durumlarda hukukun ihlal edilip edilmediğine karar verme yetkisi verilmemiştir.² Fakat, hiç kimse kendi özel davasında yargıç olamaz prensibini, Marshall'ın –ancak ve ancak Ana-

2) Marshall'ın argümanına bu itirazı diğerlerinden ayırıyorum (burası konuyla ilgili değil); Anayasa, Kongre'ye, örneğin ifade özgürlüğünü kısıtlayan kurallar kabul etmeme gibi, hukuki bir görevi yükler şekilde yorumlanmalı, ancak eğer bu görevi ihlal ederse, Kongre'nin böyle bir kanunu muteber yapma yetkisini azaltır şekilde yorumlanmamalıdır. Bu açıdan, Kongre, çalınmış şeyleri satmama hukuki yükünün altında bulunan ancak geçerli bir devir –eğer yaparsa– yapma yetkisini muhafaza eden bir hırsızın hukuki durumu içindedir. Onun yanlış işlemlerine muteberlik tanınmaması dışında Kongre hırsızdan farklı olarak denetlenemediği için bu yorum bir parça tavsiye niteliğine sahiptir, en azından bireylerin korunmasına yönelik önerilecek bir yolda Anayasa'nın korumaya yönelik düşünülmesidir.

yasa yargısal denetimi açıkça reddetmiş olsaydı görmezlikten gelme hakkına sahip olacağı— hukukilik fikrinin çok temel bir parçası olarak ele alırsak eğer, bu argüman *non sequitur* değildir.

Bazıları, riayet politikasının [*policy of deference*], çoğunluğa kendi özel dava konularında hüküm vermeye müsaade ettiğini söylemenin basit bir düşünce olduğu itirazında bulunabilirler. Amerika'da politik kararlar değişmez bir çoğunluk tarafından değil, zamanla kompozisyonu kendiliğinden değişen seçim bölgelerini temsil eden çok farklı politik kurumlar tarafından alınır. Hükümetin bir kolu tarafından alınan bir kararı farklı veya daha geniş seçim bölgesine karşı politik olarak sorumlu olan diğer bir kolu tarafından denetlenebilir. Örneğin, Yüksek Mahkeme tarafından *Miranda* davasında anayasaya aykırı bulunan Arizona polisinin hareketleri gerçekte Ulusal Kongre'nin olduğu kadar çeşitli yönetim kurullarına ve belediye ve eyalet yasa koyucularının denetimine de bağlıydı. Bütün bu politik kurumların aynı politikalar ve menfaatlere adanmış olduklarını varsaymak safdillik olacaktır. Bundan dolayı, eğer Mahkeme müdahale etmeseydi Arizona polisi kendi kendine hüküm vermekte serbest olacaktı şeklinde bir varsayım yanlış olacaktır.

Ancak bu itiraz, bireysel ahlaki haklar hakkındaki uyuşmazlıkların diğer politik uyuşmazlık çeşitlerinden farklı olan özel karakterini görmezlikten geldiği için, çok düşünülmeden söylenmiş ve yazılmış bir itirazdır. Örneğin, iş, ticaret ve refah konularının söz konusu olduğu ve ulusun bu konularda sık sık bölgelere ayrıldığı durumlarda farklı kurumlar farklı seçim bölgelerine sahiptirler. Sanık hakları gibi, bireysel anayasal haklar tartışıldığında durum genellikle böyle değildir. Bu tür uyuşmazlıkların tipik olanı, hükümetin hem türdeş hem düşmanca olan çeşitli kurumlarının politik kontrolünde bunların menfaatlerindekiilerdir. Bu, anayasal hakları, politika teoriyenlerinin aslında hükümetin belirli bir organına veya koluna karşı olan haklardan ziyade, 'devlet'e veya 'çoğunluk'a karşı olan haklar olarak tasarımlarının nedenidir.

Eski ırk ayrımı davaları belki bu genellemeye istisna teşkil edebilir, çünkü hukuken ırk ayrımını isteyenlerin sadece güneyli beyazlar olduğunu birileri ileri sürülebilir. Ancak Ulusal Kongre'nin ayrımcılığı önlememiş olduğu gerçeği ortadadır; bunun nedeni ya bunu yapmaya hukuki yetkisinin olmadığına inanması ya da yapmak istememesidir; her iki durumda da bu örnek, politik olarak etkisiz olan azınlıkların haklarının yerel ihlalleri üzerinde politik metotların pek de etkili bir denetim sağlamadığını kanıtlar. Bundan başka, üzerinde meşgul olunan tartışmada, kendi özel çıkarla-

rını düşünen beyaz çoğunluğun hem ulusal hem güçlü olduğu ortaya çıkmaktadır. Ve elbette milli hükümetin, savaşıma yönelik icrai kararlar veya 1968 tarihli Suçu Önleme Yasası'ndaki [*Crime Control Act*] gibi Kongre'nin uygun bir kolluk politikası belirleme çabaları gibi kararları, mahkeme denetimi olmazsa hiçbir denetime bağlı olmamaktadır.

Bu yüzden, demokrasi argümanının, siyasi iktidardakileri kendi şahsi kararlarının biricik yargııcı olmaya ve yapmak istediklerine karar verdikleri her şeyi yapmaya hakları olup olmadığını anlamaya davet edilmelerini istediğini söylemek doğru görünmektedir. Bu, adli aktivizm politikasının bir riayet programından daha üstün olduğuna ilişkin son kanıt değildir. Kuşkusuz, adli aktivizm açıkladığım basit ve sade şekil içinde istibdat idaresi tehlikelerini taşır. Bu tehlikelerin, çoğunluğa kendi şahsi sorunlarında yargıç olmayı önermenin haksızlığına üstün geldiği dahi gösterilebilir. Ancak bu nokta, çoğunluğa, hakkaniyet içinde, kendi yetkilerinin sınırlarının belirlenmesine karar vermeye müsaade edilmelidir argümanının temelini zayıflatır.

Bu yüzden, yasa koyucular gibi, muhtemelen bireysel ahlaki haklar hakkında mahkemelerden daha *sağlam* (daha güvenilir) sonuçlara ulaşan demokratik kurumları ihtiva eden demokrasi argümanının diğer devamlarına dönmeliyiz. 1969 yılında, Yale Hukuk Fakültesi'nin eski profesörü Alexander Bickel, Holmes Dersleri'ni Harvard'da verdi ve değişik ve hünerli bir yolla hukuki sınırlama programını savundu. Eğer gerçekten arzu edilir sonuçlar üretseydi Warren Court'un aktivizm programının haklı gösterilebilir olduğunu, argüman maksadıyla, farz etmekten geri kalmıyordu.³ Bu yüzden, o aktivizm politikasını kendi özel zeminlerinde test ediyor gözüktü, çünkü o aktivizmi tam olarak, hukuk teorisi her ne söyleyebilirse söylesin, mahkemelerin geleceği geliştirme ahlaki hakkına sahip olduğu iddiası olarak ele aldı. Learned Hand ve diğer aktivizm aleyhtarları bu iddiayı ret etmişlerdi. Bickel onu kabul etti, en azından geçici olarak, ancak o aktivizmin kendi özel testinden kaldığını savundu.

Warren Court'un elde etmeye çalıştığı geleceğin, daha şimdiden işlememeye başladığını söyledi Bickel. Örneğin, Mahkeme'nin benimsediği irksal bütünleştirme felsefesi çok hamdı ve siyah toplumun hayal gücü

3) Profesör Bickel, onun alışılmış çok büyük ustalığıyla, Warren Court'un önemli kararlarının çoğunu Mahkeme'nin ileri sürdüğü argümanlar ile alelade zeminlerde dahi haklı gösterilemez olduğunu tartıştı. Onun bu görüşleri eleştirisi her zaman ikna edicidir, ancak Mahkeme'nin ustalığıtaki eksikliği metinde göz önünde tuttuğum argümanı etkilemez. (Onun Holmes Dersleri şu kitabında genişletilmiştir: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970.)

daha kuvvetli liderleri tarafından çoktan reddedilmişti bile. Keza, onun basit tezi ve ırksal eşitlik birçok başka durumda uygulanabilir olmadığını kanıtladı; seçim bölgelerine ayırmada hakkaniyeti sağlamaya yönelik bir kişi-bir oy basit formülü, söz gelişi, ne mantığı ne de hakkaniyeti doğurdu.

Neden gelişen bir toplumu amaçlayan köklü bir Mahkeme kendi ifadelerinde dahi başarısız olur? Buna Bickel'in cevabı: Mahkemeler, Yüksek Mahkeme de dahil, politik baskıların değişen eğilimlerine yavaş yavaş cevap vermekten ziyade, prensip itibarıyla meselelere bloklar halinde karar vermelidir. Sadece kurumsal ahlakları böyle gerektirdiği için değil, onlar isteseler bile politik güçleri ölçmelerine kurumsal yapıları hiçbir şekilde imkân sağlamadığı için bu şekilde karar vermek zorundadırlar. Ancak, ilke yanında hükümet, onu idare eden devlet adamı ne kadar yetenekli ve dürüst olursa olsun, verimsiz ve zamanla vahim bir yönetim şeklidir. Herhangi bir prensip tanınabilir (ayrıt edilebilir/haklı bulunabilir) bir prensibi içerebildiği veya geride bırakabildiği için karmaşıklığın bir sınırı vardır, ve bu sınır sosyal organizasyonların karmaşıklığını karşılayabilecek kadar olmamaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin yeniden taksim kararları, Bickel'in bakışı içinde, tam tamına yanlış değildi, çünkü Mahkeme yanlış prensibi seçmişti. Bir kişi-bir oy çok basittir, ancak Mahkeme daha iyi, daha incelikli, ülke veya yıllar boyunca seçim bölgelerine ayırma için başarılı bir test olarak hizmet edebilecek prensip bulamayabilirdi çünkü başarılı bir bölgelere ayırma politik yaşamın binlerce gerçeğiyle uyuma bağlıdır ve hiçbir şeyle değil sadece karmakarışık ve prensip sahibi olmayan tarihin gelişimi tarafından buna ulaşılabilir. Sadece demokrasi prensip olarak gerekli olduğu için değil, ancak, tersine, demokrasi kurumları oluşturan prensip olmaksızın işlediği ve bir nehrin denize giden yatağını oluşturmaya gibi uzlaştığı için, adli aktivizm az veya fazla demokratik kurumlardan dolayı hükümet kadar iyi işlemez.

Bickel'in argümanına ne anlam verelim? Onun son tarih izahatına itiraz edilebilir ve edilmiştir. İrksal bütünleştirmenin bir uzun dönem stratejisi olarak başarılı olamayacağı hiçbir suretle kolay anlaşılır değildir, kesinlikle henüz değil; ve Bickel eğer çoğu militan organizasyonlardan ziyade hâlâ NAACP'ye bağlı olan Amerikalı siyahların bunu reddettiğini düşünüyorsa yanılıyor. Problemin büyüklüğü ve güçlüğü daha görünür bir hale gelirken milletin hissini ırkçılık belasının ileri ve geri sallanmasıyla ne kadar ilgili olduğunda şüphe yoktur, ancak Bickel bu sarkacın bir yayının en yüksek noktasında yazmış olmalı.

O, sanki Mahkeme iş başındaki tek kurummuş gibi muhakeme etmekte veya Mahkeme'nin gayesi elde edilmemiş olsaydı ülkenin maddi olarak

onun denememiş olduğundan daha kötü durumda olacağını farz etmek de hatalıdır. 1954'ten beri, Mahkeme bölünmüş eğitimi icap ettiren kanundan önce eşitlik ilkesini koyduğu zaman, bu prensibi bir zorunluluk olarak kabul etmeyi isteyen bir ulusal yürütme organı olan Johnson Yönetimi'nin birkaç yılı hariç, biz ona sahip değildik. Geçen birkaç yıl içinde onun altını oymaya kararlı bir yürütme gücüne sahip olduk. Eğer Mahkeme 1954'te veya daha sonra yaptığı şekilde müdahale etmemiş olsaydı, Amerika'daki ırksal durumun şimdi daha memnun edici olacağını ummak için çok fazla kaynağa sahip değildik.

Ancak çok farklı ve benim maksadım için çok daha önemli olan Bickel'in teorisine karşı bir itiraz vardır. Onun teorisi adli aktivizme bir prensip sorunu kattığı için farklıdır; şöyle ki, eğer Mahkeme'nin müdahalesi sosyal olarak arzu edilen sonuçlar ortaya çıkarırsa, Mahkeme müdahale etmek hakkına sahip olur. Ancak bu itiraf bir yanılsamadır, çünkü onun neyin sosyal olarak kabul edilebilir olduğu hissi, aktivizmin bireylerin devlete karşı ahlaki hakları olduğu varsayımı ile uyumsuz. Gerçekten, onun gerçeklerini ve tarih görüşünü, Learned Hand'inki kadar derin olan haklar hakkındaki bir şüphelik temeli üzerine olanı hariç, doğru olarak kabul etsek bile Bickel'in argümanı başarılı olamaz.

Bickel'in teorisini demokrasi argümanının bir biçiminin, haklar üzerinde fikir ayrılığı olduğu için haklar hakkındaki son kararı politik sürece bırakmak, sonuçların muhtemelen daha emin olacağı anlayışı içinde daha güvenlidir argümanının bir örneği olarak sundum. Bickel neden politik yöntemin daha güvenli olduğuna ilişkin bir neden öne sürer. Haklar konusunda politik bir çözümlemeye tahammülün, bu çözümlemenin politik ahlaklılığın bir delili olduğunu ileri sürer. Bickel bu delilin, eğer karar kendilerine bırakılsaydı hâkimlerin düzene koyacağı ilkesinden çıkan argüman çeşitlerinden daha iyi olduğunu ileri sürer.

Bu iddianın Bickel'in argümanının bir parçası olamayacak zayıf bir versiyonu vardır. Bu versiyon, kendi şartları içinde oluşturulan herhangi bir soyut argümanın, en sonunda sosyal kabul testiyle karşılaşmadıkça, hakları oluşturan politik prensibin güvenilir olamayacağını, bundan dolayı, örnek olarak, Yüksek Mahkeme, siyah çocukların veya cezai sanıkların veya ateistlerin hakları hakkındaki görüşlerinde, eğer toplum bu hakları en sonunda tanımaya ikna edilemeyecekse haklı olamaz.

Farklı nedenlerden dolayı bu zayıf versiyon makul gibi görünebilir. Bu zayıf versiyon, örneğin, hem sıradan bir insanın ahlaki duygusunun gerçekliğine ve etkililiğine hem de onun bu duyguya hitabeden şeylerden

hoşlandığına inanları cezp edecektir. Ancak bu versiyon uzun zamanla oluşanlar hariç adli sınırlamalar için neden göstermez. Tam aksine, o, halkın sonunda kabul edeceği ümidi içinde, tıpkı Warren Court'un yapmaya çalıştığı gibi, vatandaşların haklarının neler olduğuna ilişkin yansıtıcı görüşünü savunan ve sunan Yüksek Mahkeme içinde, hukukçuların hâkimler ve millet arasında bir diyalogu istemeye düşkün olduklarını farz eder.

Bu yüzden iddianın güçlü versiyonuna dönmeliyiz. Bu versiyon, eğer mahkemelerin yapay ve akılcı araya girmeleri ile engellenmezse, insanın asli haklarının organik politik usulle daha kesinlikle korunacağını ileri sürer. Bu bakış açısıyla, siyahların, sanıkların ve ateistlerin hakları normal biçimde politik baskılara cevap veren politik kurumların işleyişi vasıtasıyla ortaya çıkacaktır. Eğer bu yolla bir hak iddiası başarılı olamıyorsa, demek ki bu nedenle veya ne olursa olsun muhtemelen, uygunsuz bir hak iddiasıdır. Ancak bu tuhaf önerme, gerçekte devlete karşı hiçbir hakkın olmadığı şeklindeki şüpheli cihetin sadece kılık değiştirmiş bir şeklidir.

Belki, Burke ve onun modern takipçilerinin ileri sürdüğü gibi, bir toplum kendine en uygun kurumları, asla köklü reformlarla değil, sadece evrimle üretecektir. Ancak devlete karşı olan haklar, eğer kabul edilirse, toplumu o kadar da rahatça kendine uymayabilen kurumları oluşturmaya zorlayabilen taleplerdir. Bu hak iddiasının en hassas noktası, kullandığım hakların gerçekçi analizlerinde bile, bir bireyin, kamu yararı pahasına bile olsa çoğunluğa karşı korunmak hakkına sahip olduğudur. Elbette, çoğunluğun refahı azınlık için bazı yükümler gerektirir, ancak sadece düzeni korumaya yetecek dereceye kadar; ve bu genellikle azınlığın haklarının tanınmasına erişemeyen bir yükümdür.

İlkeye başvurudan ziyade, hakların tarihi bir süreç tarafından açıklanacağı önerisi, hakların neler olduğuna ilişkin ya karışık ya da gerçek olmayan bir ilgiyi gösterir. Bir hak iddiası ahlaki bir argümanın önceden kabulünü gerektirir ve başka hiçbir bir yolla kurulamaz. Bickel adli aktivistleri (ve hatta adli sınırlamanın bazı kahramanlarını bile, onların yanlışlarına sahip olan Brandeis ve Frankfurter gibi) bir projenin ilerleme için durdurulabileceği iyimser bakışını taşıdıkları için prensibe başvuran 18. yüzyıl filozofları olarak tasvir eder. Ancak bu resim, prensibe ve reforma başvuru için iki zemini ve ilerlemenin iki anlamını karıştırmaktadır.

Ahkali ilkeye başvurmak, görünmeyen bir el tarafından ahlakın ekonomi kadar iyi sevk edildiği ahmak inancı içinde bir şeydir. Bundan dolayı bireysel haklar ve kamu yararı birleşecek ve ilke temeline dayanan hukuk

ulusu, herkesin önceden olduğundan daha iyi durumda olduğu ihtilafsız bir ütopya götürecektir. Bickel bu görüşe onun tarihe başvuru ve prensibi ile hükümete karşı diğer argümanları ile hücum eder. Ancak ilkenin, ilke gibi uygulanması, örneğin siyah çocukları siyahların okullarında eğitim almaya zorlamanın haksız olduğunu, eğer bunun önlenmesi için gerekli tedbirleri devlet kabul ederse halkın büyük bir kısmının maddi durumu daha kötü olacak olsa bile, haksız olduğunu gösteren, tamamen başka bir meseledir.

Bu ilerlemenin farklı bir versiyonudur. Ahlaki bir ilerlemedir, ve ahlaki ilerlemenin nerede bulunduğuna karar vermenin ve biri karar verdi mi diğerlerini ikna etmenin ne kadar güç olduğunu tarihin gösterebilmesine rağmen, bundan bizi yönetenlerin bu kararlar yüz yüze gelmede ve bu iknaya çalışmada hiçbir sorumlulukları olmadığı sonucu çıkarılamaz.

5.

Bu karmaşık bir tartışma, o yüzden onu özetlemek istiyorum. Anayasal sistemimiz belirli bir ahlaki teoriye dayanmaktadır, yani insanlar devlete karşı ahlaki haklara sahiptirler. Bill of Rights'ın zor hükümleri, doğru uygulanma ve eşit korunma hükümleri gibi, belli anlayışlar koymaktan ziyade ahlaki kavramlara başvurma olarak anlaşılmalıdır. Bu yüzden, bu hükümlere uyma yükümlülüğünü tamamen hukuk olarak kabul eden bir mahkeme aktivist bir mahkeme olmak zorundadır ve mantıken politik ahlakın sorularını dile getirmeye ve cevaplamaya hazırlıklı olmalıdır.

Bir dereceye kadar ya pratik nedenler için ya da ilkenin yarışan nedenleri için aktivist yaklaşımla uzlaşılması gerekli olabilir. Nixon'ın Yüksek Mahkeme'ye ilişkin resmi beyanlarında yalnız uzlaşma değil, aktivist politikadan tamamıyla vazgeçilmesi ilkenin güçlü nedenleri için önerilir. Eğer ilkenin bu nedenlerini saptamaya çalışırsak, ya kendi özel meselelerinde karar vermeyi çoğunluğa bıraktıkları ya da ne Nixon'ın ne de çoğu Amerikan politikacısının sürekli olarak benimseyebildikleri ahlaki haklara ilişkin kuşkuculuğa dayandıkları için, bir anayasal sistemin faraziyelele ile çelişkili olduklarını buluruz.

Bu nedenle, Nixon'ın hukuk felsefesi bir hileden ibarettir ve hiç mi hiç hakiki bir teori değildir. Bırakın geliştirdiği argümanlarla desteklenmeyi, kabul ettiği argümanlarla bile desteklenemez. Nixon, bir tutarsız hukuk felsefesini destekleyerek ve kendisinin savunmadığı şeyleri kabul etme-

yen diğerk hukukçuların iyi niyetlerinden şüphe ederek hukuki itimatnamesini kötüye kullanmıştır.

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin yargı denetimine ilişkin akademik tartışma, Nixon'ın karıştırmasına destek vermiş olmalı. Bir kavramı başvurmaya bir kavram oluşturma arasındaki ve şüphecilik ile riayet arasındaki tanımladığım fakların resmini çizmekteki yetersizlik, ahlaki bir savaş programı olarak adli aktivizm ile hukukilik programı olarak adli sınırlama arasında yanlış bir seçimi ortaya çıkarmaktadır. Neden bilimsel ve eğitimle elde edilen bir meslek, basit ve yanıltıcı bir şekilde karmaşık bir konu ortaya çıkarmaktadır?

Akademik tartışmanın kalbinde yer alan bu mesele bu yolla açıklanabilir. Eğer biz Anayasa'nın gerektirdiği ilke kararlarını halkın yerine yargıçlara verirsek, kurumlarımızın müsaade ettiği kadarıyla hukukilik ruhu içinde hareket etmiş oluruz. Ancak yargıçların yanlış karar verebilme riskine gireriz. Her hukukçu Yüksek Mahkeme'nin kariyerinin bir noktasında, vahşice bir yanlış olsa bile, yanlış yapabileceğini düşünür. Eğer o 1930'ların, neredeyse New Deal'in önünü kesecek gibi görünen tutucu kararlarını istemezse, son on yıldaki liberal kararlarını da muhtemelen istemeyecektir.

Tehlikeyi abartmamalıyız. Parasız resmi okulların duacıları olarak kamu itaatlerinin dışı bileyen olacak olmaları sebebiyle ve yaşlı yargıçların ölecek veya emekliye ayrılacak ve yerleri, halk tarafından seçilen Başkanla aynı fikirde oldukları için atanan yargıçlar tarafından dolduracağı için, hakikaten halk tarafından benimsenmeyen kararlar aşındırılacaktır. New Deal'e karşı olan kararlar ayakta duramadı ve son yılların daha cesur kararlarının kaderi şimdi Nixon Mahkemesi'nin elindedir. Yanlış kararlar tehlikesi tamamıyla aşırılık tarafında yer almaz; McCarthy dönemindeki Mahkeme'nin başarısızlıkları –ki *Dennis* davasında Smith Act'in hukukiliğini destekleyen utanç verici kararı buna en ideal örneği oluştur– Mahkeme'nin Roosevelt'in ilk zamanlarındaki tutucu önyargısının yaptığından millete daha fazla zarar verdiğini düşündürebilir.

Gene de, kurumlarımızı mümkün olduğu kadarıyla hata riskini azaltmaya yönelik dizayn etmeliyiz. Ancak akademik tartışma, hatanın nerede yer aldığına ilişkin yeterli bilgiyi üretmede şimdiye kadar yetersiz kalmıştır. Aktivistler için, ayırım kararları, arzu edilir olduğunu düşündükleri bir sosyal amaç ileri sürdükleri için doğrudu veya hoşlanmadıkları bir sosyal amaç ileri sürdükleri için yanlıştı. Sınırlama savunucuları içinse, Mahkeme'nin sosyal iyi hakkındaki kendine ait görüşünü millete zorla

kabul ettirmek hakkına sahip olmadığı prensibini ihlal ettikleri için, sosyal gayeyi uygun bulsalar da uygun bulmasalar da, yanlışlar.

Bu testlerden hiçbirisi hukukçuları, daha önce tanımladığım ahlak meselesinin özel bir çeşidini, bireyin devlete karşı ahlaki haklara sahip olduğu meselesini kabul etmeye zorlamaz. Aktivistler davalarını, onu tam olarak tartıştıkları zaman, ya onların sosyal hedeflerinin apaçık iyi olduğu ya da onların zamanla herkesin yararı için çalıştığı faraziyesi üzerine dayandırmaktadırlar. Bu iyimserlik onları Bickel'in bunun o kadar da muhakkak olmadığı argümanıya karşı karşıya bırakır. Sınırlama taraftarları, bazı hukukilik ilkelerinin anayasa hukukçularını, herhangi bir ahlaki meseleyle karşı karşıya gelmekten tamamen koruduğunu ileri sürerler.

Anayasa hukuku, onu devlete karşı haklar probleminden ayırana ve kendi özel gündeminin bir parçası yapana kadar hakiki bir ilerleme sağlamaz. Bu, anayasa hukuku ve ahlak teorisinin bir birleşimi için, inanılmaz bir şekilde vuku bulmak zorunda olan bir bağlantıyı kanıtlar. Bu kavramın hayalet gibi fikirlerinin sebep mezarlığının belirtisi olması sebebiyle, hukukçuların ahlak felsefesine ve özellikle haklarla ilgili konuşan filozoflara bulaşmaktan korkmaları tamamen anlaşılabilir. Ancak şimdi mevcut felsefe hukukçuların hatırlayabildiğinden daha iyidir. Örneğin, Harvard profesörlerinden Rawls, adalet üzerine hiçbir anayasa hukukçusunun bilmezden gelemeyeceği soyut ve karmaşık bir kitap yayınladı.⁴ Hukukçuların devlete karşı ahlaki haklar teorisinin gelişiminde pasif bir rol oynamalarına gerek yoktur, bununla birlikte, hukuk sosyolojisi ve ekonomisinin gelişiminde pasif olduklarından da fazla pasiftirler. Onlar, hukukun felsefeden, felsefenin diğer disiplinlerden bağımsız olmasından daha fazla bağımsız olmadığını kabul etmek zorundadırlar.

4) A *Theory of Justice*, 1972. Bkz. 6. Bölüm.

John Rawls'ın ünlü özgün durum fikrini çok detaylı olarak betimlemenin gerekli olmadığına inanıyorum.¹ Toplumsal sözleşme oluşturmak için bir araya gelen bir grup erkek ve kadın hayal ediyor. Buraya kadar klasik toplumsal sözleşme kuramlarının hayali kongrelerini andırıyor. Bununla beraber, özgün durum bu kuramlardan tarafları betimlemesinde ayrılır. Bunlar sıradan beğenileri, yetenekleri, hırsları ve inançları olan erkekler ve kadınlardır ancak her biri kendi kişiliğinin bu özelliklerinden geçici olarak bilgisizdir ve kişisel farkındalığı geri dönene kadar bir sözleşmeye karar vermek zorundadırlar.

Rawls, eğer bu erkekler ve kadınlar mantıklıysa ve sadece kendi çıkarları için hareket ediyorlarsa iki adalet ilkesini seçeceklerini göstermeye çalışır. Bu ilkeler, kabaca, herkesin, diğerlerinin özgürlüklerine uygun olacak biçimde, en geniş politik özgürlüğe sahip olması ve güç, zenginlik, gelir ile diğer kaynaklardaki eşitsizliklerin, mutlak olarak en kötü durumdaki bireylerin lehine çalışmamaları durumunda, var olmamaları gerektiğidir. Rawls'a yapılan eleştirilerin çoğu, özgün durumdaki erkek ve kadınların kaçınılmaz olarak bu iki ilkeyi seçecekleri düşüncesine karşı çıkar.

1) John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

Bu ilkeler muhafazakârdır ve eleştiriler de bu ilkelerin doğal kumarıcı kişiler tarafından değil de sadece mizaç olarak muhafazakâr olan kişiler tarafından seçileceklerini belirtir. Bu eleştirinin iyice ele alındığını düşünmüyorum, ancak en azından bu makalede bunu göz ardı etme niyetindeyim. Farklı bir konuyla ilgileniyorum.

Eleştirmenlerin yanlış olduğunu ve özgün durumdaki erkekler ve kadınların aslında kendi çıkarlarına en uygun olarak Rawls'ın iki prensibini seçeceklerini varsayalım. Rawls bu gerçeğin, karşısında fiili siyasal kurumların test edileceği adalet standartları olarak, bu iki prensip lehine bir argüman hazırlayacağını düşünüyor görünüyor. Ancak bunun neden böyle olması gerektiği doğrudan açık değil.

Eğer bir grup aralarındaki anlaşmazlıkların belirli bir yolla halledileceğine karar vermişse, bu, anlaşmazlıklar ortaya çıktığında bunların belirlenen yolla halledilmesi için güçlü bir argüman olacaktır. Bu sözleşme farklı insanları sözleşmeye girmeye iten nedenlerin gücünden bağımsız olarak kendi içinde bir argüman olacaktır. Örneğin, normal olarak, tarafların her biri imzaladığı sözleşmenin kendi çıkarına olduğunu varsayar; ancak, eğer biri kendi çıkarını hesaplarken bir hata yaptıysa, sözleşme yapmış olduğu gerçeği onu yine de anlamada tutma adaleti için güçlü bir nedendir.

Rawls herhangi bir grubun herhangi bir zamanda kendi tanımladığı türden bir toplumsal sözleşmeye girdiğini varsaymıyor. Sadece, eğer bir grup mantıklı kişi kendilerini özgün durum halinde bulurlarsa iki ilke için sözleşme yapacaklarını savunuyor. Sözleşmesi varsayımsaldır ve varsayımsal sözleşmeler kendi koşullarını uygulamanın hakkaniyetli olduğuna dair bağımsız bir argüman sağlamazlar. Varsayımsal bir sözleşme sadece gerçek bir sözleşmenin solgun bir biçimi değildir, bir sözleşme dahi değildir.

Örneğin, bir oyun oynuyorsam, eğer oyundan önce sorulduysa herhangi bir sayıda temel kurala razı olmuş olabilirim. Bunu, aslında kabul etmediysem, bu kuralların bana karşı uygulanması izlemez. Elbette, eğer önceden sorulsaydı neden kabul etmiş olacağımın nedenleri olmalıdır ve bunlar aynı zamanda kabul etmesem de bu kuralları bana karşı uygulamanın adil oluşunun da nedenleri olabilir. Ancak benim varsayımsal kabulüm diğer nedenlerden bağımsız olarak, gerçek kabulümün yapmış olduğu gibi kuralları bana karşı uygulamak için bir neden olarak sayılmaz.

Sizin ve benim poker oynadığımızı ve bir elin ortasında desteden bir kartın eksik olduğunu fark ettiğimizi varsayalım. Siz eli bırakmamızı öneriyorsunuz ancak ben kazanacağımı bildiğimden ve ortadaki parayı istediğimden reddediyorum. Önceden destenin eksik olabileceği ihtimali or-

taya atılmış olsaydı, kesinlikle bu prosedürü kabul etmiş olacağımı söyleyebilirsiniz. Ancak üzerinde durduğunuz hiç yapmadığım bir anlaşmayla eli bırakmaya bir şekilde bağlı olduğum değildir. Daha çok varsayımsal anlaşma aracını bu araç kullanılmadan belirtilmiş olabilecek bir hususu –önerilen çözüm öylesine açıkça adil ve mantıklı ki sadece en yakın karşıt çıkarı olan karşı çıkabilir– belirtmek için kullanıyorsunuz. Temel argümanınız çözümünüzün adil ve mantıklı olduğudur ve benim de onu seçmiş olabileceğim gerçeği bu argümana anlamlı hiçbir şey eklemeyiz. Eğer temel argümanınızı karşılayabiliyorsam, benim de kabul etmiş olacağım iddianızdan geriye cevaplanacak veya affedilecek hiçbir şey kalmaz.

Bunun ötesinde bazı koşullarda kabul etmiş olacağım gerçeği bu karakterde bir bağımsız argümanı bile ima etmez. Her şey, sizin kabul etmiş olacağımı varsayma nedenlerinize bağlıdır. Eğer konuyu açmış ve çözümünüzde ısrar etmiş olsaydınız, oynamayı çok istediğimden ve şansımı kaçırmaktansa teslim olmuş olacağımdan, kabul etmiş olacağımı söylediğinizi varsayalım. Bu nedenle kabul etmiş olacağımı uygun bulabilirim ve sonra konuyu açmadığınız için şanslı olduğumu ekleyebilirim. Eğer ısrar etmiş olsaydınız kabul etmiş olacağım gerçeği şimdi neden kabul etmem gerektiğiyle ilgili herhangi bir argüman eklemeyiz veya ima etmeyiz. Konu, önerinizde oynama şartı olarak ısrar etmenizin adil olmayacağı değildir; kaldı ki bu adil olacaktır. Eğer önerinizde direnseydiniz ve ben kabul etseydim, kabulümün herhangi bir şekilde hükümsüz olduğunu veya zorlama nedeniyle geçerliliğinin tartışmalı olduğunu söyleyemezdik. Ancak, eğer gerçekten kabul etmemiş olsaydım, kabul etmiş olacağım gerçeği kendi içinde hiçbir anlama gelmez.

Eğer sorulsaydı, onaylamış olacağının, birini etkileyen bir fiilin adil olup olmadığıyla asla bağlantılı olmadığını kastetmiyorum. Örneğin, bir doktor bir adamı şüursuz ve kanamalı halde bulursa, eğer adamın şuuru yerinde olsaydı kan nakline onay verip vermeyeceğini sorması onun için önemli olabilir. Eğer onay vereceğini düşünecek nedenler mevcutsa, bu gerçek daha sonra, hasta belki de dini bir değişim geçirdiğinden doktoru işlem yaptığı için suçlarsa, kan naklini haklılaştırmakta önemlidir. Ancak bu tür bir durum şimdiki konunun dışındadır çünkü hastanın varsayımsal kabulü arzusunun alındığı zaman ve koşullarda karara meyilli olduğunu gösterir. Hasta, uygun zamanda danışılmamakla hiçbir şey kaybetmez, çünkü danışılmış olsaydı onay vermiş olacaktır. Özgün durum argümanı ise bundan çok farklıdır. Özgün durum argümanını iki ilkeyi uygulamanın adil olduğunu savunmak için kullanacaksak, bunu, birine önceden sorulması durumunda belli ilkelere onay vereceği için, bu ilkelerin ona daha

sonra, başka şartlar altında, onay vermediğinde uygulamanın adil olacağını savunmak için kullanmalıyız.

Ancak bu kötü bir argümandır. Pazartesi günü resmimin değerini bilmediğimi varsayalım; siz bana onun için 100 dolar önerseydiniz o zaman kabul etmiş olacaktım. Salı günü değerli olduğunu keşfettim. Mahkemelerin beni çarşamba günü onu size 100 dolara satmaya zorlamasının adil olacağını öne süremezsiniz. Pazartesi günü sormuş olmamanız benim iyi şansımıdır ancak bu daha sonra bana karşı yaptırımını haklılaştırmaz.

Bu nedenle, argümanı, sizin poker oyunundaki argümanınızı ele aldığımız gibi, özgün durumdan ele almalıyız; iki ilkenin adil oluşu için bağımsız bir argümana dikkat çeken bir araç olmalı – varsayımsal bir sözleşmenin zayıf bir bağlayıcı gücü olduğu hatalı zeminine dayanmayan bir argüman. Başka hangi argüman mevcuttur? Biri özgün durumun, iki ilkenin herhangi bir siyasal topluluğun her üyesinin çıkarına en uygun olduğunu gösterdiğini ve bu nedenle onlarla uyum içinde yönetmenin adil olduğunu söyleyebilir. Eğer iki prensibin herkesin çıkarına olduğu gösterilebilirse bunun onların adil olduğuyla ilgili sağlam bir argüman olacağı doğrudur, ancak özgün durumun böyle olduğunu göstermek için onların nasıl kullanılabileceklerini görmek zordur.

Bir şeyin benim çıkarıma olsun diye söylenebileceği iki anlamı ayırt etmeliyiz. Her şey düşünüldükten sonra en iyi ihtimalleri sunan bir ata bahis oynamak, yarıştta at kaybetse bile, benim *önceki* çıkarımdır. Kazanan at üzerine bahis oynamak, oynadığımda bahis aptalca olsa bile, *asıl* çıkarımdır. Eğer özgün durum anayasa için diğer muhtemel temeller yerine iki ilkeyi kabul etmenin herkesin çıkarına olduğunu savunan bir argüman temin ederse, bu asıl çıkar değil de önceki çıkar fikrini kullanan bir argüman olmalıdır. İki ilkeyi seçmek herkesin en iyi asıl çıkarına uygun değildir, çünkü cehalet perdesi kalktığında bazıları eğer ortalama yarar gibi başka bir ilke seçilmiş olsaydı daha iyi durumda olacaklarını keşfedecektir.

Önceki çıkarların yargısı, yargının oluşturulduğu koşullara ve özellikle de yargıyı veren kişinin sahip olduğu bilgilere dayanır. Başlama işaretinden önce verili ihtimallerle belli bir atın üzerine bahis oynamam benim önceki çıkarıma olabilir, ancak, en azından aynı ihtimallerle, ilk dönüşte tökezledikten sonra değildir. Bu nedenle, belli bir zamanda, büyük belirsizlik koşulları altında, bir seçimin çıkarıma olduğu gerçeği, bu seçimi daha sonra, daha çok bilginin olduğu bir durumda, bana karşı uygulamanın adil olduğuna dair iyi bir argüman değildir. Ancak bu yorumda özgün durumun ima ettiği budur, çünkü mevcut durumlardan çok farklı durum-

larda herkesin onları kabul etmesinin önceki çıkarına olacağı varsayımına dayanarak iki ilkenin çağdaş kullanımını haklılaştırmaya çabalar. Eğer kazanma olasılığı düşük bir bahis için bilet aldıysam yarıştan önce bileti size ödediğimin iki katına satmak benim önceki çıkarım olabilir; bundan bahis tutacakken bileti benden o kadara almanızın adil olduğu çıkmaz.

Birisi şimdi özgün durumdaki özel belirsizlik durumlarını yanlış anladığımı söyleyebilir. Taraflar özel kaynakları ve yetenekleri hakkında bazı kaynak ve yetenekleri diğerlerine tercih ettiklerinden doğal olarak adil olmayan ilkeleri için anlaşmalarını önlemek için cahil bırakılmışlar. Eğer özgün durumdaki kişi, kendi özel çıkarlarını bilmiyorsa onların lehine anlayamaz. Bu durumda, özgün durumun belirsizliğinin, argümanının benim önerdiğim gibi önceki çıkarların etkisini bozmadığı ancak kişisel çıkarın içinde işlediği kapsamı sınırlandırdığı söylenebilir. Bir kez açıkça adil olmayan ilkeler belirsizlik aracıyla gözden geçirmeden uzaklaştırılırlarsa argüman iki ilkenin herkesin çıkarına olduğunu gösterir. Çağdaş erkeklerin ve kadınların özgün durumdaki erkekler ve kadınlar hakkındaki tek ek bilgisi adaletin seçici ilkelerine güvenmemeleri gerektiğidir, önceki çıkarları alakalı olduğu kadar aynıdır ve eğer böyleyse özgün durum, argümanı iki ilkenin çağdaş siyasete uygulanması için iyi bir argüman sunar.

Ancak bu kesinlikle Rawls'ın argümanını yapmış olabileceği farklı bir argümanla karıştırır. Adamlarının ve kadınlarının kendi yetenek ve beğenileri hakkında tam bir bilgisi olduğunu, ancak, sadece bahsedilen bireyler için özel avantajlar sağlayanlar gibi, açıkça adaletsiz ilkelerin engellendiği durumlarda anlamaya varmak zorunda olduklarını varsayalım. Eğer Rawls bir kez böyle açıkça adaletsiz ilkeler bir tarafa bırakıldığında kendisinin iki ilkesinde karara varılmasının herkesin çıkarına olduğunu gösterebilirse bu gerçekten de iki ilke için bir argüman yerine geçer. Belirtmek istediğim –özgün durumdaki kişilerin önceki kişisel çıkarının çağdaş bireylerin durumundan farklı olduğu– artık işe yaramayacaktır çünkü o zaman her iki grup insan da kendileri hakkında aynı bilgiye sahip olacaklardır ve açıkça adaletsiz ilkeler seçmeye karşı aynı ahlaki kısıtlamalara maruz kalacaklardır.

Bununla beraber Rawls'ın asıl argümanı oldukça farklıdır. Adamlarının içinde seçim yapmak zorunda oldukları cehalet onların kişisel çıkar hesaplamalarını etkiler ve yalnızca içinde bu hesaplamaların uygulandığı sınırları koymak olarak tanımlanamaz. Örneğin, Rawls adamlarının kaçınılmaz olarak muhafazakâr ilkeleri seçeceğini varsayar çünkü bu sadece kendi çıkarını düşünen kişilerin içinde bulundukları cehaletle yapacakları tek mantıklı seçim olacaktır. Ancak kendi yeteneklerinin farkında olan bazı

gerçek kişiler sahip olduklarını bildikleri kaynakların avantajını kullanmalarına izin verecek daha az muhafazakâr ilkeleri tercih edebilirler. Bu nedenle, özgün durumu muhafazakâr ilkeler için bir argüman olarak kullanmayı düşünen biri bu seçimle karşılaşır. Eğer bazı bireyleri tercih eden ilkeler gibi daha az muhafazakâr ilkeler açıkça adaletsiz olarak hariç tutulacaksa, o zaman muhafazakâr ilkeler lehine olan argüman sadece açıkça adil olma gerekçeleriyle başlangıçta bütündür. Bu durumda ne özgün durum ne de göstermeye niyetlendiği kişisel çıkarın herhangi bir gözden geçirmesi argümanda herhangi bir rol oynamaz. Ancak, eğer daha az muhafazakâr ilkeler önceden açıkça adaletsiz olarak hariç tutulamıyorsa, o zaman Rawls'ın kişilerine daha az muhafazakâr ilkeleri kabul etsinler diye cehaleti empoze etmek, sadece açıkça adaletsiz olan seçimleri hariç tutmak olarak açıklanamaz. Ve bu, bireylerin önceki kişisel çıkarlarını etkilediğinden, özgün durumun asıl kişilerin önceki kişisel çıkarını gösterdiği argümanı bu nedenle başarısız olmak zorundadır. Elbette, bu aynı çıkmaz iki prensibin her özelliği için oluşturulabilir.

Buraya kadar argümanın, Rawls'ın metodolojisinin sıradan, düşünce ürünü olmayan ahlaki inançlarımızla bu sıradan inançları birleştirecek ve haklılaştıracak bazı kuramsal yapılar arasında, 'yansıtıcı denge' araştırma tekniği olarak tanımladığı, ayırt edici bir özelliğini göz ardı eder görüldüğünün farkındayım.² Şimdi, özgün durum fikrinin, eğer benim yaptığım gibi özgün durumdan iki adalet ilkesine daha doğrudan ve tek yolda ilerleyen bir argüman bulmaya çalışmakta ısrar edersek kaçıracağımız bu yansıtıcı dengede bir rol oynadığı söylenebilir.

Bu denge tekniği Rawls'ın argümanında önemli bir rol oynar ve bu tekniği burada kısaca özetlemeye değer. Teknik, Rawls'ın okurunun, günlük hayatımızdan aldığımız, geleneksel davalar gibi belli siyasal ayarlamaların veya kararların adil olduğu ve kölelik gibi diğerlerinin adaletsiz olduğu yönünde bir anlayışı olduğunu kabul eder. Bunun ötesinde her birimizin, bu eldeki sezgileri veya kanaatleri bazılarının diğerlerinden daha kesin seçildiği bir sırada düzenleyebildiğimizi farz eder. Örneğin, insanların çoğu, bir devletin kendi suçsuz vatandaşlarını öldürmesinin savaşta yabancı suçsuz sivilleri öldürmesinden açıkça daha adaletsiz olduğunu düşünür. Bir argümana dayanarak savaşta suçsuz siviller hakkındaki pozisyonlarını terk etmeye hazır olabilirler, ancak suçsuz yurttaşlarının öldürülmesi hakkındaki görüşlerini terk etmekte daha isteksiz olurlar.

Aklımızdaki iki amaçla, denge tekniğine göre, hakkında az ya da çok güvende olduğumuz bu yakın kanaatleri destekleyen bir ilkeler yapısı hazırlamak ahlak felsefesinin görevidir. Bu amaçlardan ilki, bu ilkeler yapısı, yansıttıkları altta yatan varsayımları göstererek kanaatleri açıklamak; diğeri ise, hakkında hiç kanaatimizin olmadığı veya zayıf ya da karşıt kanaatlerimizin olduğu durumlarda rehberlik hazırlamaktır. Örneğin, eğer büyük gelir eşitsizliğine yol açan ekonomik kurumların adaletsiz olup olmadığı konusunda emin değilsek güvenli kanaatlerimizi açıklayan ilkelere dönebiliriz ve sonra bu ilkeleri o zor konuya uygulayabiliriz.

Ancak süreç, yalnızca az veya çok oturmuş yargılarımıza yer verecek ilkeler bulma süreci değildir. Bu ilkeler yargılarımızı yalnızca izah etmemeli, desteklemelidir de, ve bu, ilkelerin ahlaki anlayışımızdan bağımsız bir çekiciliği olması gerektiği anlamına gelir. Örneğin, tanıdık bir ahlaki kanaatler kümesi bunu hak etmeyen bir politikaya hizmet ediyor gösterilebilir – belki de düşünmeden verdiğimiz sıradan yargılar belli bir sınıfı siyasal güçte tutma amacına hizmet ediyordur. Ancak, bu keşif sınıf egoizmi ilkesini doğrulamaz; tam tersine, eğer kurumlarımıza uyan daha saygıdeğer bir başka çeşit ilke bulunursa, bu durumda sezgilerimizin önereceği sınıf çıkarı ilkesi değil de bu ilke olacaktır, bu da bizim sıradan yargılarımızın itibarını düşürür.

Yakın kanaatlerimizin hepsine çekici gelen ve hepsini destekleyen hiçbir tutarlı ilke seti bulunamıyor olabilir; gerçekten de, eğer durum sıkça bu olmasaydı şaşırtıcı olurdu. Eğer bu gerçekleşirse, her iki taraftan fedakârlık ederek uzlaşmalıyız. İlke olarak neyin kabul edilebilir olduğu anlayışımızı terk edemeyiz ancak yumuşatabiliriz. Örneğin, biraz düşündükten sonra, bize başta çekici görünmeyen bir ilkeyi, belki de bazen insanların özgür olmak için bırakılmaları ilkesini, kabul eder duruma gelebiliriz. Bu ilkeyi, eğer daha az sert bir ilkenin terk etmekte özellikle isteksiz olduğumuz siyasal kanaatler setini destekleyemeyeceğine kanaat getirmişsek, kabul edebiliriz. Diğer taraftan, yumuşatılmış standartlarımıza uyan herhangi bir ilkede yer verilemeyen yakın kanaatlerimizi değiştirmeye, düzeltmeye ve hatta tamamen bırakmaya hazır olmalıyız; ilke olarak hiçbir yakın kanaat –eğer bu gerekirse– yeniden incelemeyen veya terk edilmekten korunmalı olarak alınamasa da, bu yakın kanaatleri düzenlerken bize daha fazla ve daha az kesin görünen ilk anlayışımızı kullanacağız. Bu şekilde memnun olduğumuz veya mantıklı bir şekilde bekleyebileceğimiz kadar memnun olduğumuz Rawls'ın yansıtıcı denge dediği duruma

gelene kadar önce bir tarafta sonra da diğer tarafta ufak onarmalar yaparak yakın kanaatlerimiz ve açıklayıcı ilkeler yapısı arasında ileri geri devam etmeyi bekleyebiliriz.

Sıradan siyasal yargılarımız, en azından çoğumuz için, yansıtıcı dengeyle Rawls'ın iki adalet ilkesinin ilişkisinde yer alır, veya en azından az önce bahsedilen düzeltme süreciyle yer alır hale getirilebilir. Yine de, özgün durum fikrinin bu yapıya nasıl uyduğu veya aslında neden oynayacak bir rolü dahi olduğu açık değildir. Özgün durum, sahip olduğumuzu fark ettiğimiz ve haklılaştırmak için yansıtıcı dengeye döndüğümüz sıradan siyasal kanaatlerin arasında değildir. Eğer herhangi bir rolü varsa, bu haklılaştırma sürecinde olmalıdır çünkü yerini kanaatlerimizi dengelemek için oluşturduğumuz kuramın gövdesinde alır. Ancak, eğer iki adalet ilkesi kanaatlerimizle yansıtıcı dengedeysen, dengenin kuramsal yanındaki ilkelere ilave etmek için neden özgün duruma ihtiyacımızın olduğu açık değildir. Teori, çoktan sağlanmış olan bir uyuma ne katabilir?

Sıradaki cevabı ele almalıyız. Bu, kuramsal bir ilkeye, onun kanaatlerimizin bir haklılaştırması olarak rol oynamasına izin vermeden önce, ilkenin yöneteceği insanların eğer sorulsaydı en azından belli bazı durumlarda bu ilkeyi kabul etmiş olacaklarını veya en azından ilkenin böyle her bir kişinin önceki çıkarına olduğunun gösterilebileceğini empoze ettiğimiz durumlardan biridir. Bu eğer böyleyse, o zaman özgün durum, denge yoluyla haklılaştırma sürecinde temel bir rol oynar; iki ilkenin, siyasal ilkelerin, kurulu kabul edilebilirlik standardına uyduğunu göstermek için kullanılır. Aynı zamanda, bu standarda uyan bu iki ilkenin yansıtıcı dengede sıradan kanaatlerimizi haklılaştırması, standarda olan inancımızı güçlendirir ve onu siyaset veya ahlak felsefesinin diğer konularına uygulamamız konusunda bizi cesaretlendirir.

Bu cevap, özgün durumun iki ilke için bir argüman hazırladığı durumunu ilerletmez; bununla beraber daha önce ele aldığımız ve reddettiğimiz fikirleri yeniden beyan eder. İlkelerin, yalnızca özgün durumun belli açmazındaki kişiler tarafından seçilirse kabul edilebilir olduğu kesinlikle kurulu siyasal geleneklerimizin veya sıradan ahlaki anlayışımızın bir parçası değildir. Elbette, ilkelerin adil olması, eğer ilkeler, gerçekten de bunlar tarafından yönetilen kişiler tarafından seçildilerse veya en azından önceki ortak çıkarlarına uygun olduğu gösterilebiliyorsa, bu geleneklerin bir parçasıdır. Ancak özgün durum aracının, iki ilkeyi çağdaş siyasete uygulama taraftarı bu argümanların her ikisini de desteklemek için kullanılamayacağını zaten gördük. Eğer özgün durum yansıtıcı dengedeki bir ilke ve

kanaat yapısında herhangi bir rol oynayacaksa, bunun henüz tanımlamadığımız varsayımlar nedeniyle olması gerekir.

Daha önceki bir varsayımı tekrar ele almanın zamanı geldi. Şimdiye kadar özgün durum kavramını ya Rawls'ın argümanının temeliymiş ya da siyasal sezgilerimiz ve onun iki adalet ilkesi arasında kurulmuş bir yansıtıcı dengenin bir malzemesiymiş gibi ele aldım. Ancak, aslında Rawls özgün durumu bu şekilde ele almıyor. Kavramı şu sözlerle tanımlıyor:

Bu özgün durumun tamamen varsayımsal olduğunu vurguladım. Eğer böyle bir anlaşma hiç yapılmamışsa bu ilkelerle hangi ahlaki veya başka nedenlerle ilgilenmemiz gerektiğini sormak doğaldır. Cevap, özgün durumun tanımlamasının içerdiği koşulların aslında kabul ettiklerimiz olduğudur. Ya da, eğer etmiyorsak, o zaman belki de felsefi düşünme yoluyla kabul etmeye ikna edilebiliriz. Sözleşmeye dayalı durumun her niteliğine destekleyici gerekçeler verilebilir. (...) Diğer taraftan, bu kavram, onunla yönetildiğimizde ahlaki ilişkileri en iyi yorumlayabileceğimiz bakış açısını daha açıkça tanımlamaya yöneldiğimiz, kendi karmaşıklığını ima eden sezgisel bir kavramdır. Hedefimizi uzaktan zihnimizde canlandırmamıza olanak sağlayacak bir kavrama ihtiyacımız var: Doğal durumun sezgisel kavramı bunu bizim için yapacaktır.³

Bu tanımlama Rawls'ın özgün durum hakkındaki ilk beyanından alınmıştır. Kitabın en son paragrafında hatırlanmış ve yinelenmiştir.⁴ Açıkça büyük önem taşır ve özgün durumun, argümanının temeli olmasının veya denge tekniği için açıklayıcı bir araç olmasının ötesinde bütün olarak kuramın en önemli ürünlerinden biridir. Önemi diğer bir önemli paragrafta yansıtılmıştır. Rawls ahlaki kuramını bir çeşit psikoloji olarak tanımlar. Bizim (veya en azından bir kişinin) belli bir çeşit ahlaki yargı, yani adalet hakkındaki yargılar, oluşturma kapasitemizin yapısını karakterize etmeyi ister. Özgün durumun içerdiği koşulların 'ahlaki güçlerimizi veya daha belirgin olarak adalet anlayışımızı yöneten' temel 'ilkeler' olduğunu düşünür.⁵ Bundan dolayı özgün durumun en azından bazı ve belki de çoğu insanın özel bir zihinsel sürecinin derinlik gramerinin farklı bir zihinsel kapasitenin şematik gösterimi olması gibi bir şematik gösterim olduğunu öne sürer.

Tüm bunlar özgün durumun kendi koşulları için felsefi argümanlar hazırlayan daha derin bir kuramın içinde, orta noktada, bir orta seviye sonuç olduğunu gösteriyor. Bu makalenin sıradaki bölümünde bu daha

3) s. 21-2.

4) s. 587.

5) s. 51.

derin kuramın en azından ana hatlarını tanımlamaya çalışacağım. Kitabın görünen argümanının üç özelliğini belirlemeye –denge tekniği, toplumsal sözleşme ve özgün durumun kendisi– ve çeşitli tanıdık felsefi ilkeleri veya bunların temsil ettikleri pozisyonları ayırt etmeye çalışacağım.

Bununla beraber, öncelikle Rawls'ın, kesin olmasa da, heyecan verici olan daha derin teorisinin ilkelerinin ahlaki kapasitemizi meydana getirici olduğu fikri hakkında bir şey daha söylemeliyim. Bu fikir farklı derinlik seviyelerinde anlaşılabilir. En az derininde, adalet hakkında bir mantık yürütme aracı olarak özgün durumu destekleyen ilkeler öylesine yaygınca paylaşırlar ve öylesine az sorgulanırlar ki, kitabın amaçlamış olduğu toplum bu ilkeleri mantık yürütme ve siyasal ahlak hakkında tartışma modelini esasen değiştirmeden terk edemez. En derininde ise, bu ilkelerin herkesin, insan ahlak hakkında mantık yürütme gücünü terk etmekten başka bu ilkeleri inkâr etmesin diye, tarafsız yapılarına işlenmiş, ortak ahlaki kategorileri olduğu anlamına gelebilir.

Sanırım söyleyeceğim her ne kadar daha derin olanla tutarlı olsa da, bunun devamında daha az derin bir yorumla yönlendirileceğim. O zaman Rawls'ı okuduktan sonra özgün durumun kendilerini, adalet sorunları üzerinde düşünebilecekleri uygun 'sezgisel kavram' olarak etkilediği ve eğer özgün durum taraflarının tanımladığı iki ilke için sözleşme yapabileceği gösterilebilirse onu ikna edici bulacak bir grup kadın ve erkeğin olduğunu varsayacağım. Tecrübeye ve literatüre dayanarak bu grubun adalet hakkında düşünen, ve kendimi de üyesi bulduğum, çok geniş bir kitleyi içerdiğini varsayıyorum. Bu grubun eğilimlerini bu yöne çeken saklı varsayımları keşfetmek istiyorum ve bunu başladığım soruyu tekrar ederek yapacağım. Rawls'ın argümanı, neden iki ilkesinin adalet ilkesi olduğu iddiasını desteklemez? Cevabım karmaşık ve bazen bizi bu metnin dışına alacak, ama sanırım metnin ruhundan almayacak.

2.

A. Denge

Az önce tanımladığım denge tekniğinin felsefi temelini gözden geçirerek başlayacağım. Bu şekilde birden fazla sayfa harcamalıyım ancak bu metotla Rawls'ın derin kuramının hangi sabit özelliklerinin istendiğini anlamak önemlidir. Bu teknik, söylediğim gibi, ahlaki hayatlarımız hakkında tanıdık bir gerçeği gerektirir. Hepimiz, sahip olduğumuz inançlar üzerinde, diğer

inançlardan sonuç veya anlam çıkardığımız için değil de adalet hakkında doğru göründükleri için düşünürüz. Örneğin, bu şekilde köleliğin haksız ve standart çeşit davanın adil olduğuna inanabiliriz.

Bazı felsefecilere göre bu farklı türde inançlar bazı bağımsız ve nesnel ahlaki gerçeklerin doğrudan algılanmalarıdır. Diğer felsefecilerin görüşüne göre, sadece sıradan beğenilerden farklı olmayan ancak bize ne kadar önemli görüldüğüne işaret etmek için adalet diline bürünen öznel tercihlerdir. Her durumda kendimizle veya birbirimizle adalet hakkında tartıştığımızda –‘sezgiler’ veya ‘kanaatler’ dediğimiz– bu alışılmış inançları kabaca Rawls’ın denge tekniğinin önerdiği biçimde kullanırız. Adalet hakkında genel kuramları kendi kurumlarımıza karşı test ediyoruz ve bizimle aynı fikirde olmayanların kafalarını kendi sezgilerinin kendi teorilerinin nasıl utandırdığını göstererek karıştırmaya çalışıyoruz.

Bu süreci ahlaki kuram ve ahlaki sezgi arasında felsefi bir pozisyon düzenleyerek haklılaştırmaya çalıştığımızı varsayalım. Denge tekniği, ‘tutarlı’ denebilecek bir ahlak kuramı varsayar.⁶ Ancak tutarlılığı tanımlayıp, neden gerekli olduğunu açıklayan iki genel model arasında bir seçimi-miz var ve bunların arasındaki seçim ahlak felsefemiz için dikkate değer ve önemlidir. Bu iki modeli tanımlayacağım ve sonra denge tekniğinin birinde makul olduğunu ancak diğerinde olmadığını tartışacağım.

Birincisine ‘doğal’ model diyeceğim. Bu model, şu şekilde özetlenebilecek bir felsefi pozisyon olduğunu varsayar. Rawls’ın iki ilkesi gibi adalet kuramları nesnel bir ahlaki gerçekliği tanımlarlar; bunlar insanlar veya toplumlar tarafından yaratılmamış, onlar tarafından, fizik kuralları gibi, keşfedilmişlerdir. Bu keşfin ana aracı, en azından bazı insanlarca sahip olunan, belli durumlarda köleliğin yanlış olduğu sezgisi gibi somut siyasal ahlak sezgileri üreten ahlaki kabiliyettir. Bu sezgiler, fiziksel gözlemlerin temel fizik yasalarının doğası ve varlığının ipucu olması gibi, daha soyut ve temel ahlaki prensiplerin doğası ve varlığının ipuçlarıdır. Ahlaki mantık yürütme veya felsefe, tıpkı bir doğa tarihçisinin bulduğu kemik parçalarından bir hayvanın bütün şeklini yeniden yapılandırması gibi, somut yargıları doğru sırada birleştirerek temel ilkeleri yeniden yapılandırmaktır.

İkinci model oldukça farklıdır. Adalet sezgilerini bağımsız ilkelerin varlığının ipuçları olarak değil de, daha çok bir heykeltıraşın bulduğu kemiklere en uygun hayvanı yontması gibi, yapılandırılacak genel bir kuramın şart koşulan özellikleri olarak ele alır. Bu ‘yapısal’ model doğal

6) Bkz. Feinberg “Justice, Fairness and Rationality”, 81 *Yale L. J.* 1004, 1018-21 (1972).

modelin varsaydığı gibi ilkelerin sabit, nesnel varlıkları olduğunu ve bu ilkelerin tanımlarının standart bir şekilde doğru veya yanlış olduğunu varsaymaz. Kemiklere uydurduğu hayvanın gerçekten var olduğunu varsaymaz. Daha farklı ve bazı yönlerden daha karmaşık olan, erkeklerin ve kadınların tutarlı bir programda hareket ettikleri belli yargılara uyma sorumluluğu olduğu veya en azından diğer insanlar üzerinde güç uygulayan görevlilerin bu çeşit bir sorumluluğu olduğu varsayımını yapar.

Bu ikinci, yapısal model avukatlara yabancı değildir. Sıradan kanun hükmü vermenin bir modelini andırır. Bir hâkimin alışılmışın dışında bir suçla karşı karşıya olduğunu varsayın – örneğin mahkemelerin o zamana kadar tanımadığı yasal bir mahremiyet hakkına dayanan tazminatla ilgili bir iddia.⁷ Herhangi bir şekilde alakalı görünen bu emsalleri, bu emsallerde ‘içgüdü’ diyebileceğimiz ilkelerin, iddia edilen mahremiyet hakkıyla alakalı olup olmadığını görmek için incelemelidir. Bu hâkimi ahlaki sezgilerden genel ahlak kuramını savunan bir adamın pozisyonunda olarak ele alabiliriz. Belli emsaller sezgileri andırır; hâkim, bu emsaller ile onları, ve aynı zamanda bunların ötesine geçen ileri kararları haklılaştırabilecek ilkeler seti arasında uzlaşmaya varmaya çalışır. Bununla beraber, emsallerin ahlaki bir gerçekliğin algılamaları olduğunu da varsaymaz ve bundan dolayı ilkelerin emsallerde bu anlamda ‘içgüdü’ olduğuna inanmaz. Bunun yerine, bu emsallerin daha önce geçenle tutarlılık sorumluluğu hissinden çıkarak oluşturmaları gereken bir ilkenin özellikleri olduğunu yapısalci modelin ruhunda kabul eder.

İki model arasındaki önemli farkın altını çizmek istiyorum. Bir görevlinin, makul kanaatle, şimdi şekillendirebileceği herhangi bir ilke setiyle kendi diğer sezgilerini bağdaştıramayacağı bir sezgisi olduğunu varsayın. Örneğin, adam öldürmeye teşebbüs ile adam öldürmeyi aynı katılıkta cezalandırmanın haksız olduğunu düşünebilir ve yine de bu durumunu bir adamın suçunun aslında yaptığıyla değil sadece ne yapmaya niyetlendiğiyle düzgünce değerlendirilmesi hissiyle bağdaştıramıyor olabilir. Veya, esasında belli bir azınlık gurubunun özel bir korumaya hakkı olduğunu düşünebilir ve bu görüşünü ırka dayalı ayrımların bireylere zararlı olduğu görüşüyle bağdaştıramayabilir. Bir görevli bu durumda olduğunda iki model ona farklı bir öğüt verir.

7) Burada aklımda Brandeis ve Warren’ın ünlü argümanı var. Yapısal modelde argümanın paradigması olan Brandeis & Warren, “The Right to Privacy”, 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890)’a bakınız (Dördüncü bölüm s. 118-19).

Doğal model, bu sezgiyle bağdaşan daha sofistike bir set ilkenin keşfedilmemiş olsa da gerçekte var olduğu inancıyla, görünen karşıtlığı kapatarak zahmetli sezgiyi izleme politikasını destekler. Bu modele göre görevli, örneğin, henüz güneş sisteminin kökeni ile ilgili hiçbir tutarlı anlatımı bağdaştıramayacak açık gözlemsel verilere sahip astronominin pozisyonundadır. İnsanlar tarafından keşfedilmemiş ve bildiği kadarıyla asla keşfedilemeyebilecek bir bağdaştırıcı açıklamanın var olduğu fikrine inanarak gözlemsel verilerini kabul etmeye ve uygulamaya devam eder.

Doğal model bu politikayı destekler çünkü ahlaki sezgilerle gözlemsel veriler arasındaki benzetmeyi cesaretlendiren bir felsefi pozisyona dayanır. Bu varsayımda ahlaki bir beceriyle yapılan doğrudan gözlemlerin gözlemi yapanların açıklayıcı güçlerinden üstün çıktığını varsaymak oldukça mantıklıdır. Aynı zamanda ahlak ilkeleri şeklinde doğru bir açıklamanın, aslında bu başarısızlığa rağmen var olduğunu varsaymak da mantıklıdır; eğer doğrudan gözlemler sağlamsa, tıpkı açıklamaların neden fiziksel evrende gözlemlendikleri gibi olduklarıyla ilgili bir açıklamanın var olmasının zorunlu olması gibi, açıklamaların ahlaki evrende neden gözlemlendikleri gibi olduklarıyla ilgili bir açıklamanın var olması zorunludur.

Bununla beraber, yapısalcı model görünen tutarsızlığı, bağdaştırıcı ilkelerin var olması gerektiği inancına dayanarak kapatma politikasını desteklemez. Aksine, adalet adına alınan kararların asla bir görevlinin bir adalet kuramında, bu kuram sezgilerinin bir kısmından fedakârlık gerektirse de, bu kararların sebebini açıklama yeteneğini geçmemelidir. İnançtansa ilkeye dayanarak hareket etmemizi ister. Yapısalcı modelin lokomotifini insanların sezgilerini katmalarını ve gerektiğinde bazı sezgilerini bu sorumluluğa ikincil tutmalarını isteyen bir sorumluluk doktrini. Dile getirilen tutarlılığın, kamusal yapılabilecek ve değiştirilene kadar izlenebilecek bir programla uyumlu kararlar, herhangi bir adalet kavramı için temel olduğunu varsayar. Bu modelin rehberlik ettiği tanımladığım durumdaki bir görevli sözde tutarsız pozisyonunu, daha ileri düşünmeyle bir gün ilk kanaatlerinin ilkeler olarak geçerli olmasına izin verecek daha iyi ilkeler tasarlamayı umut etse bile, bırakmalıdır.⁸

Yapısalcı model kuşkuculuğu veya göreceliliği varsaymaz. Tam tersine, model içinde mantık yürüten erkek ve kadınların her birinin ona

8) Profesör Wechsler, "Towards Neutral Principles in Constitutional Law" 73 *Hart, L. Rev.* 1 (1959) ve eleştirilenler arasındaki ünlü tartışma bu ayrımla aydınlatılabilir. Anayasa hukukuna daha denemeci veya sezgisel bir yaklaşımı tercih edenler doğal modeli izlerken Wechsler anayasal hüküm verme için yapısalcı bir model önerir.

getirdikleri kanaatleri samimiyetle tutacaklarını varsayar ve bu samimiyet, bunların en derinini ihlal eden benzer adaletsiz siyasal filleri veya sistemleri eleştirmeyi de kapsayacaktır. Bu model bu kanaatlerin herhangi birinin nesnel tavrını onayladığından daha fazla reddetmez; bu nedenle, bir mantık yürütme modeli olduğundan gerekme de, doğal modelin varsaydığı ahlaki ontolojiyle tutarlıdır.

Bu ontolojiyi gerektirmez, çünkü gereksinimleri bundan bağımsızdır. Doğal model, ahlaki sezgilerin doğru gözlemler olduğu varsayımına dayandığı kanaatiyle tutarlılık üzerinde ısrar eder; tutarlılık gereksinimi bu varsayımdan çıkar. Yapısalcı model, kanaatle tutarlılık üzerinde bağımsız bir gereksinim olarak, bu kanaatlerin doğru raporlar olduğu varsayımından kaynaklanarak değil de, görevlilerin onları tutarlılığa, yaptıkları hakkında test veya tartışma ya da tahmin yapacak ve belli durumlarda önyargı ve kişisel çıkarı maskeleyebilecek eşsiz sezgilere başvurmaya izin vermeyen kamusal bir standarda mecbur edecek genel kamusal bir kuram dışında hareket etmelerinin haksız olduğu farklı varsayımından kaynaklanarak ısrar eder. O zaman yapısalcı model bağımsız siyasal ahlak nedenlerinden dolayı tutarlılık ister; kanaatleri gerekli samimiyetle verildiği gibi onaylanmış olarak alır ve bu sezgilerin yetki verdiği söylenebilecek fiiller üzerine şartlar empoze etmeye çabalar. Eğer yapısalcı model ahlaki oluşturacaksa, bu bağımsız siyasal ahlak nedenlerinin ayırt ettiğim her iki anlamı da siyasal kuramlarımızın kalbindedir.

Bu nedenle, iki model adalet kuramlarının geliştirilebileceği farklı görüş açılarını temsil eder. Doğal modelin sezgilere, onlara sahip olan ve onları ahlaki gerçekliğin farklı gözlemleri olarak alan bireyin kişisel görüş açısından baktığını söyleyebiliriz. Yapısalcı model bu sezgilere daha kamusal bir görüş açısından bakar; birinin, üyelerinin her birinin birbirininkilerden, çok fazla olmasa da, ayrılan güçlü kanaatleri olan bir toplumun yönetimi için önerebileceği bir modeldir.

Yapısalcı model, bu kamusal bakış açısından, bir diğer nedenden dolayı da çekicidir. Adalet sorunlarının grupça gözden geçirilmesinde, örneğin hüküm vermede, belli bireylerin olmaktansa bir toplumun kuramı olabilecek bir kuramın geliştirilmesinde oldukça uygundur. Değerlendirilmesi gereken temel kanaatlerin kapsamı daha geniş veya daha küçük bir grubun sezgilerine belli bir hesaplamanın yetki verebileceği gibi, ya her üyenin kanaatini katarak ya da herkes tarafından benimsenmeyenleri dışarıda bırakarak, yer vermek için geliştirilebilir veya kısıtlanabilir. Bu süreç doğal modelde kendi kendini yok edici olur, çünkü her birey ya sahte gözlem-

lerin hesaba katıldığına veya doğru gözlemlerin göz ardı edildiğine inanırdı ve bundan dolayı nesnel ahlak sonucu çıkarma geçersiz olurdu. Ancak yapısalcı modelde bu itiraz olmaz; böylece uygulanan model, örneğin nesnel bir ahlaki evrenin açıklanması iddiası olmadan, toplumun ortak kanaatlerine en iyi yer veren adalet programını tanımlamaya uygun olur.

O zaman bu iki modelden hangisi denge tekniğini daha iyi destekler? Bazı yorumcular tekniğin Rawls'ı doğal modele bağladığını varsaymış görünüyorlar.⁹ Ancak bu model ve denge tekniği arasındaki birlikteliğin yalnızca yüzeysel olduğu ortaya çıkar; daha derin araştırdığımızda birbirleriyle bağdaşmadıklarını görürüz. Öncelikle doğal model, tekniğin ayırıcı özelliğini açıklayamaz. Adalet kuramımızın neden adalet hakkındaki sezgilerimize uyması gerektiğini açıklar, ancak neden uygunluğu daha güvenli yapmak için bu sezgileri düzeltmemizi haklılaştırdığımızı açıklamaz.

Daha önce söylediğim gibi, Rawls'ın denge kavramı iki yönlü bir süreç; en iyi uyuma ulaşılan kadar kuram düzenlemeleri ve kanaat düzenlemeleri arasında ileri geri hareket ederiz. Eğer benim oturmuş kanaatlerim başka bir şekilde, örneğin doğrudan bir faydacı adalet kuramıyla, zapt edilebilirse, bu tekniğin içinde yararcılığı geliştirse bile köleliğin kötü olacağı sezgimi elemek için bir neden olabilir. Ancak doğal modelde bu, sanki bir doğacının onları terk eden hayvanı tanımlama çabalarını güç duruma soktuğu için ayak izlerini silmesi veya bir astronom kuramında yer veremediği gözlemleri bir kenara bırakması gibi, kanıtın üzerinde oynamaktan başka hiçbir şey olmazdı.

Bilim hakkındaki yanlış etkilanmeyle bu noktayı kaybetmemeye dikkat etmeliyiz. Bilim adamlarının da sorunsuz bir seri açıklayıcı ilkeye ulaşmak için kanıtlarını düzenledikleri –Rawls'ın kendisi karşılaştırmayı yapıyor¹⁰– genel olarak söylenebilir. Ancak bu gerçekten de doğruysa prosedürleri denge tekniğinin önerdiklerinden çok farklıdır. Tanıdık bir örnek verirsek, optik yanılgıları veya sanrıları düşünün. Kumda su gören bilim adamının ona varana kadar gölün, fiziği kaybolan suyu açıklayacak şekilde tekrar gözden geçirecek şekilde, gerçekten de orada olduğunu söylemediği oldukça doğrudur; tersine görünüşteki kaybolmayı bir yanılgı kanıtı olarak, gözlemi ne aykırı olarak orada aslında hiç su bulunmadığının kanıtı olarak kullanır.

Elbette bilim adamları sorunu böyle bırakamazlar. Fizik kurallarına onları açıklayan optik kurallarla katkıda bulunmadan serapları bırakmaz-

9) Bkz. Hare, "Rawls' Theory of Justice - 1", s. 23 *Philosophical Quarterly*, 144 (1973).

10) Rawls bu ayrıma dikkat çekiyor, s. 49.

lar. Bir anlamda gözlemlerinin yarışan açıklama serileri arasında bir seçimi olabilir. Örneğin, serapları özel bir çeşit fiziksel nesne olarak ele almak ve daha sonra fizik kurallarını bu çeşit nesnelerin kaybolmasına izin verecek şekilde düzeltmek veya serapları optik yanılgılar olarak ele almak ve sonra böyle yanılgıları açıklayacak optik yasaları geliştirmek arasında bir seçimi olabilir. Tecrübesinin onu kesinlikle bu açıklamalardan herhangi birine mecbur etmediği anlamda bir seçimi vardır; önceki, bunu başarmak için hem fiziğin hem de sağduyunun toptan gözden geçirmesini gerektirecek olsa da, olası bir seçimdir.

Bunu, kavramlarımız ve kuramlarımızın, inatçı veya şaşırtıcı tecrübeye, eğer dilersek kuramsal yapılarımızda farklı yerlerde farklı gözden geçirmeler yaparak tepki verebilecek şekilde bütün olarak tecrübemizle yüzleştiğini varsayan Quine gibi felsefecilerin kastettiği şey olarak alıyorum.¹¹ Bunun bilimsel mantık yürütmenin doğru bir tasarımı olup olmadığından bağımsız olarak, bu denge sürecinin tasarımı değildir, çünkü bu prosedür sadece alternatif ilke yapılarının aynı fenomeni açıklamak için mevcut olduğunu öne sürmez, ancak fenomenin bir kısmının, ahlaki kanaatler biçiminde, belli bir kurama daha iyi hizmet etmek için ihmal edilebileceğini öne sürer.

Rawls'ın prosedürü bazen daha masum bir şekilde tanımladığı doğrudur. Eğer kesin olmayan adalet kuramlarımız belli bazı bir sezgiye uymuyorsa, bunun, bizim, kanaatin gerçekten sahip olduğumuz bir kanaat olup olmadığı üzerinde düşünmemizi talep eden bir uyarı ışığı olarak hareket etmesi gerektiğini öne sürer.¹² Eğer benim kanaatlerim başka bir şekilde bir yarar ilkesini destekliyorsa ama ben yarar artırılabilir bile köleliğin haksız olacağını hissediyorsam kölelik hakkında daha sakın bir şekilde düşünebilirim ve bu kez sezgilerim farklı ve bu ilkeyle tutarlı olabilir. Bu durumda başlangıçtaki tutarsızlık, ondan vazgeçmek için bir neden olarak değil, sezgiyi yeniden gözden geçirmek için bir fırsat olarak kullanılmıştır.

Yine de bunun olması gerekmiyor. Kendimi birinciye karşı ne kadar sıkıca kararlı hale getirirsem getireyim önceki sezgiyi almaya devam edebilirim. Bu durumda, eğer denge uyumuna ulaşması isteniyorsa, prosedür beni yine de onu bir kenara bırakmaya yetkili kılar. Ancak, eğer bunu yaparsam kanıtın alternatif bir izahını önermemiş, ancak onu sadece göz ardı etmiş olurum. Sezgileri farklı olan başka birisi benimkilerin, belki

11) W. V. Quine, "Two Dogmas of Empiricism", *From a Logical Point of View*, s. 20 (gözden geçirilmiş 2. baskı, 1964).

12) s. 48.

bazı çocukluk tecrübeleri veya köleliğin aslında yararı artıracağı varsayım-
sals durumlar düşünmeye yetecek kadar yaratıcı olmamam nedeniyle,
çarpıtılmış olduğunu söyleyebilir. Burada duyarlılıklarımın, sezgilerimin,
ahlaki gerçekliğin hakiki algılamaları olamayacağı ve renk körü bir adamın
hatalı raporları gibi bir kenara bırakılabileceği şekilde, kusurlu olduğunu
söyleyebilir.

Ancak, ahlaki niteliğinde diğer kanaatlerimden ayırt edilemeyen kendi
sıkıntı verici kanaatlerim bana sağlam göründükleri sürece, bunu kendim
hakkında kabul edemem. Ben sadece diğerlerinin algılarının kendininkin-
den farklı olduğunu anlaması gereken renk körü adamdan farklı bir du-
rumdayım. Eğer sezgilerimin bir ahlaki gerçekliğin doğrudan raporu oldu-
ğuna inanıyorsam, yanlış olduğunu hissedene veya duyumsayana kadar
belli bir sezginin hatalı olduğunu kabul edemem. Diğerlerinin, eğer öyley-
seler, aynı fikirde olmadığı çıplak gerçeği yine sezgilerime danışmak için
bir fırsat olabilir, ancak eğer benim kanaatlerim aynı kalırsa diğerlerinin
onları farklı bir şekilde açıklayabileceği, benim onları, bu (kanaatlerin)
benim diğer kanaatlerimle uzlaşmamın aslında var olduğuna inanarak,
tutmak yerine bırakmam için bir neden olamaz.

Böylece, doğal model dengenin iki yönlü özelliğinin memnun edici bir
açıklamasını önermez. Önerseydi bile, bu tekniğin diğer özelliklerini açık-
lamasız bırakırdı; örneğin bu tekniğin sonuçlarının, en azından Rawls'ın
ellerinde, mecburen ve derinden pratik olduğu gerçeğini açıklamasız bı-
rakırdı. Özgün durumdaki Rawlsiyen erkekler ve kadınlar kendilerinin ve
kendilerinden sonra geleceklerin anlamayı, kamulaştırmayı ve gözlemle-
meyi kolay bulacağı ilkeler bulmaya çabalarlar; bu anlamda başka şekilde
çekici olan ilkeler çok karmaşık olduklarından veya pratik olmadıkların-
dan reddedilecek veya değiştirilecektir. Ancak bu havada seçilen adalet
ilkeleri zayıflıkla uzlaşmadır ve genel durum ile insanların eğitiminin de-
ğişmesiyle değişir. Bu, en azından doğal modelin, mükemmel olmayan erkek-
ler ve kadınların yapabildikleri en iyi biçimde uymaya kalkışmaları gere-
ken, ona göre adalet ilkelerinin bağımsız bir ahlaki gerçekliğin ebedi özel-
likleri olduğu ruhuyla tutarsız görünüyor.

Bunun ötesinde denge tekniği en azından iki yönden göreceli olan ilke-
ler üretmek için tasarlanmıştır. Birincisi, alternatif kuramlar listesinden
sadece sınırlı değil ancak aralarındaki karşılaştırmayı uygulanabilir yapma-
ya yetecek kadar da kısa, en iyi adalet kuramını seçmek için tasarlanmıştır.
Bu sınırlandırma önemlidir; Rawls'ın kendisinin, gözden geçirdiği listenin
çok ötesine genişleyen, temel bir seri olası kuramın kendi iki kuramından

daha iyi bir adalet kuramını içereceğini söylemesine yol açar.¹³ İkincisi, önerdiği kuramsal deneyleri ortaklaşa yürütenler arasındaki temel anlaşma alanına ilişkin sonuçlar verir.¹⁴ Rawls'ın dediği gibi, aynı fikirde olmayanları aralarında ortak nokta olanı kararlaştırarak uzlaştırmak için tasarlanmıştır. Test, haklı olarak, güvenli sezginin ortak noktası değıştikçe farklı gruplar için ve farklı durumlarda aynı grup için farklı sonuçlar verecektir.

Eğer denge tekniğı doğal modelin içinde kullanılsaydı sonuçlarının yetkisine göreceliğın her iki şekilde ciddi biçimde gölge düşürölmüş olurdu. Örneğın, eğer Rawls'ın iki kuramı için denge argümanı sadece kendileri için sınırlandırılmış kısa bir listedeki herhangi başka prensiplerden daha iyi bir durum yapılabileceğini gösterir ve eğer Rawls'ın kendisi daha ileri bir çalışmanın daha iyi bir kuram üreteceğine inanıyorsa, o zaman bu iki ilkenin ahlaki gerçekliğın doğru tanımlaması olduğunu varsaymak için çok az nedenimiz olur. Doğal modelde o zaman neden herhangi bir yetkileri olduğunu görmek güçtür.

Gerçekten de argüman, iki ilkenin ahlaki gerçekliğın kısa listedeki diğerkuramlardan daha iyi tanımları olduğunu varsaymak için hiç de iyi bir zemin hazırlamaz. Beş adalet kuramından kanaatlerimizi yansıtııcı dengede en iyi birleştiren kuramı seçmemizin istendiğini ve bunların içinden beşincisini seçtiğimizi varsayın. Listede yer almış olsaydı seçmiş olacağımız altıncı bir kuram olduğunu varsayalım. Örneğın, altıncı kuram orijinal listemizdeki birinci kurama en azından sıradaki anlamda beşinciden daha yakın olabilir: uzunca bir süre birinciye izleyen bir toplum altıncıyı izleyenden daha fazla ve altıncıyı izleyen de beşinciye izleyenden daha fazla karara ulaşabilir.

Örneğın, orijinal listemizin mevcut adalet kuramları olarak klasik faydacılığı ve Rawls'ın iki ilkesini içerdüğünü ancak ortalama faydacılığı içermediğini varsayın. Klasik faydacılığı, belli insanların veya diğerkhayvanların refahındaki herhangi bir artışla alakasız olarak, kendi yararına zevk üretiminin çok az anlamı olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve Rawls'ın iki ilkesini kalan kuramların en iyisi olarak seçmiş olabilirdik. Yine de, ortalama faydacılık zevkin toplam miktarında herhangi bir artışın iyi olduğunu varsaymadığından, eğer listede olmuş olsaydı, ortalama faydacılığı iki ilkeden daha üstün olarak seçebilirdik. Ancak reddettiğimiz klasik faydacılık, eğer sahip olsaydık seçmiş olacağımız ortalama faydacılığa seçtiğimiz

13) s. 581.

14) s. 580-581.

iki ilkeden daha yakın olabilir. Tanımlanan anlamda daha yakın olabilir çünkü ortalama faydacılığın talep edeceği belli kararların daha fazlasını dikte edecektir ve böylece nihai ahlaki gerçekliğin, iki ilkenin olacağından, daha iyi bir tanımı olacaktır. Elbette ortalama faydacılığın kendisi daha geniş bir listede reddedilebilir ve o zaman yapmamız gereken seçim orijinal listedeki diğer bir üyenin ya klasik faydacılıktan veyahut da iki ilkeden daha iyi olduğuna işaret edebilir.

İkinci tür görecelilik çoktan açıkladığım nedenlerden dolayı özgün modelde aynı şekilde zarar verici olacaktır. Eğer denge tekniği tek bir kişi tarafından kullanılıyorsa ve hesaba katılmasına izin verilen sezgiler kendisinin ve hepsi kendisininse, o zaman sonuçlar onun için yetki verici olabilir. Sezgileri farklı olan diğerleri en azından tam olarak onun kararlarını kabul edemeyecektir, ancak kendisi edebilir. Bununla beraber, eğer teknik örneğin bir gurubun sezgileri arasında neyin ortak olduğunu kararlaştırarak daha kamusal bir şekilde kullanıldıysa, o zaman sonuçlar, tıpkı kimse'nin kullanılan kanıt alakalı olduğu sürece onun kanıt olduğuna inandığı şeyi göz ardı ederek ulaşılan bir sonucu itibar olunur olarak kabul edemeyeceği gibi, kimsenin itibar olunur kabul etmeyeceği sonuçlar olur.

Böylece, özgün modelin denge tekniği için zayıf bir destek olduğu ortaya çıkar. Bununla beraber, eğer tekniğin yapısalcı modelin hizmetinde olduğunu varsayarsak, az önce bahsedilen zorlukların hiçbirisi sayılmaz. Bu bir modelde makul ve tutarlı bir seri ilkeyle diğer kanaatlerle uzlaştırılamayacak güçlü bir kanaati reddetmek için bile bir nedendir; kanaat sahte bir rapor dolduğu için değil, yalnızca modelin ihtiyaçlarını karşılayan bir programla uygun olmadığı için reddedilmiştir. Tekniğin göreceli olduğu iki açı da yapısalcı modele sıkıntı vermez. Gözden geçirilmemiş bir kuramın eğer gözden geçirilirse daha üstün sayılması bir utanç değildir. Model, görevliler ve vatandaşların tutarlılık gerekçeleriyle, özgün modelin gerektirdiği gibi, seçilen kuramın herhangi bir son anlamda doğru olmasını gerektirmeyen, şimdi oluşturabilecekleri en iyi programda ilerlemelerini gerektirir. Farklı bir kültürü ve deneyimi olan farklı bir grubun veya bir topluluğun farklı oluşturabileceği belli kuramını göz ardı etmez. Herhangi bir grubun kendi ahlaki kurumlarını herhangi bir anlamda nesnel veya aşkın olarak davranma yetkisinin olup olmadığını sorgulayabilir, ancak belli kanaatleri bu şekilde ele alan belli bir toplumun bunları ilkeli bir biçimde izlemesinin gerektiğini sorgulamaz.

Bu nedenle, en azından tereddütle, Rawls'ın metodolojisinin belli kanaatlerden genel adalet kuramlarına yapısalcı mantık yürütme modelini

gerektirdiğini varsayacağım ve bu varsayımı onun adalet kuramının arkasında yatan ahlak kuramı önermelerini gösterme çabamda kullanacağım.

B. Sözleşme

Böylece, Rawls'ın metodolojisinin tartışmak istediğim üç özelliğinden eski toplumsal sözleşme fikrini kullanma şekli olan ikincisine geliyorum. Rawls'ın yaptığı gibi, hayali bir sözleşmenin adalet hakkında mantık yürütmek için uygun bir araç olduğu genel fikrini genel fikrin belli bir uygulaması olarak sayılan özgün durumun daha belirgin özelliklerinden ayırıyorum. Rawls bir çeşit varsayımsal toplumsal sözleşmeye dayandığı görünen her kuramın bunu yapamayan kuramlarla ilişkili olduğunu ve bir sınıf olarak onlardan ayrıldığını düşünür; örneğin, belli bir yorumdaki toplumsal sözleşmenin ürünü olarak görülebilen ortalama faydacılığın kendi kuramıyla, herhangi bir yorumda sözleşmenin ürünü olarak görülemeyen klasik faydacılıktan, daha yakın alakalı olduğunu varsayar.¹⁵ Sıradaki bölümde özgün durumun kuramsal temelini tartışacağım. Bu bölümde sözleşmenin kendisinin genel fikrinin temelini gözden geçirmek istiyorum.

Rawls sözleşmenin, kabul ettiğimiz, ya da düşünürsek kabul edeceğimiz, felsefi ilkeleri somutlaştırdığından, ilkeleri için önemli bir argüman olduğunu söyler. Bu ilkelerin neler olduğunu bulmak istiyoruz ve sorunumuzu bu şekilde ortaya koyabiliriz. İki ilke bir sözleşme varsayımından inşa edilen bir adalet kuramı oluşturur. Ancak sözleşme, bu makalenin birinci bölümünde bahsettiğim nedenlerden dolayı, mantıklı olarak bu kuramın temel zemini veya önermesi olarak alınamaz. Sözleşme, iki ilkeyi sözleşmeden *dolayı* değil de sözleşme *yoluyla* savunan daha derin bir siyasal kuramın ürünü olduğu için, daha geniş bir argümanda bir çeşit orta nokta olarak görülmelidir. Bu nedenle, bir adalet kuramı için, örneğin tarafsız seyirci gibi Rawls'ın bahsettiği diğer kuramsal araçlardansa, lokomotif olarak sözleşme aracını önerecek daha derin bir kuramın özelliklerini tanımlamaya çalışmalıyız.¹⁶

Sanırım cevabı felsefecilerin teleolojik ve deontolojik dedikleri iki tür ahlak kuramı arasında yaptıkları tanıdık ayrım ile ilgilenirsek ve onu rafine edersek bulacağız.¹⁷ Rawls'ın sözleşmeyi kullanmasını haklılaştıracak herhangi bir daha derin kuramın, deontolojik kuramın, haklar kuramını onları

15) 30. Bölüm.

16) s. 144 vd.

17) Rawls bu şartları s. 24-5 ve 30'da tanımlar.

siyasal ahlakta temel yapacak kadar ciddiye alan bir kuramın, belli bir şekli olduğunu öne süreceğim. Bir kuramın tür olarak diğer siyasal kuram türlerinden ne kadar ayrılabilceğini ve neden sadece böyle bir kuramın sözleşmeye Rawls'ın verdiği rolü ve önemi verebildiğini göstermeye çalışacağım.

Bununla beraber, bu argümana bazı tanıdık terimleri nasıl kullanacağımı açıklayarak başlamalıyım. (1) Bazı durumların, eğer politik bir kuram içinde fiilin bu durumu geliştireceği veya koruyacağı siyasal bir fiil lehine geciktireceği veya tehdit edeceği bir fiile karşı sayılacağı, belli bir siyasal kuram içinde bir amaç olduğunu söyleyeceğim. Amaçlar tam istihdam ya da otorite için saygı gibi göreceli olarak belirgin, veya genel refahı artırmak, belli bir milletin gücünü geliştirmek veya belirgin bir insani iyilik ya da iyi yaşam kavramına göre ütöpik bir toplum yaratmak gibi göreceli olarak soyut olabilir. (2) Bireyin bir siyasal kuram içinde, eğer o istediğinde bu fiili tedarik etme başarısızlığı kuramın amaçları o fiille her şeyi hesaba katarak zarar edilse bile bu kuramda haklılaştırılmazsa belli bir siyasal fiile hakkı olduğunu söyleyeceğim. Hakkın altında istenen bir fiili reddetmeyi haklılaştırmak için gerekli olan belli bir hakkın belli bir kuramdaki gücü genel bir zararın ötesinde kuramın amaçlarına yapılan zararın derecesinin işlevidir. Örneğin, Birleşik Devletler'de açıkça egemen olan siyasal kuramda bireylerin siyasal konularda özgür kamu konuşmalarına ve belli bir minimum yaşam standardına hakları vardır, ancak bu hakların hiçbirisi mutlak değildir ve önceki sonrakinden çok daha güçlüdür. (3) Bireyin, eğer böyle bir fiili engelleyen siyasal bir karar, bu kararla istemin hiçbir amacına hizmet edilemeyeceğine bakılmaksızın bu kuramda haklılaştırılıyorsa, bir siyasal kuramda belli bir şekilde hareket etme görevi olduğunu söyleyeceğim. Örneğin, bir kuram bireylerin tanrıya tapma görevleri olduğunu, böyle yapmalarını istemenin herhangi bir amaca hizmet ettiğini şart koşmasa da, sunabilir.¹⁸

Tanımladığım üç özellik farklı şekilde işlev görür ancak hepsi, en azından pro tanto [*belli ölçüde*], belirli siyasal kararları haklılaştırmak veya kınamak için hizmet ederler. Her bir durumda bir amaçtan, bir haktan veya bir görevden alıntı yaparak hazırlanan bir haklılaştırma, eğer bazı çatışan hususlarla sabote edilmiyorsa haklılaştırmanın etkili olması için hiçbir şeyin eklenmesi gerekmediği anlamında, ilkede bütündür. Ancak, böyle bir haklılaştırma bu anlamda bütün olsa da, kuram içinde nihai olması gerekmez.

18) Haklara saygı göstermeyi veya görevleri uygulamayı amaçlar olarak saymıyorum. Bu ve diğer açık biçimlerde tanımladığım terimleri kullanım günlük dilin izin verdiği kadar dar.

Neden belli amacın, hakkın veya görevin kendisinin haklılaştırıldığını sormak uygundur ve kuram belli durumlarda tam haklılaştırma olarak daha az temel bir amacı, hakkı veya görevi kabul ederek hizmet edilen *daha temel* bir amacı, hakkı veya görevi konuşturarak bir cevap hazırlayabilir.

Örneğin, belli bir amaç daha temel bir amaca katkıda bulunmasıyla haklılaştırılabilir; böylece tam istihdam daha büyük bir ortalama refaha katkıda bulunmasıyla haklılaştırılabilir. Veya bir amaç daha temel bir hakka veya göreve hizmet etmesiyle haklılaştırılabilir; örneğin bir kuram amaç olan toplam milli üretimi artırmayı devletin bireylerin yeterli minimum yaşam standardı haklarına saygı göstermesi için gereklidir veya polis sürecinin etkinliğini artırmak günah işlememek için çeşitli bireysel görevler uygulamak için gereklidir. Diğer taraftan haklar ve görevler belli durumlarda tam bir haklılaştırma olarak hareket ederek daha temel amaçlara hizmet ettikleri gerekçesiyle haklılaştırılabilirler; örneğin bireylerin dikkatli araba kullanma görevi genel refahın iyileştirilmesi, daha temel amacına hizmet etmek olarak haklılaştırılabilir. Elbette, bu çeşit haklılaştırma daha az temel hak veya görevin kendisinin siyasal kararları yalnızca bu kararlar teker teker gözden geçirildiğinde daha temel amacı geliştiriyorsa, haklılaştırdığını ima etmez. Konu daha çok, daha temel amaca gönderme yapmadan, belli durumlarda hak veya görevi tam bir haklılaştırma olarak ele alarak amacı aslında uzun vadede geliştirecek, tanıdık kural faydacılığıdır.

Böylelikle, amaçlar diğer amaçlarla, haklarla veya görevlerle haklılaştırılabilir ve haklar veya görevler amaçlarla haklılaştırılabilir. Elbette haklar ve görevler aynı zamanda diğer daha temel görevler ve haklarla da haklılaştırılabilir. Örneğin, sizin benim mahremiyetime saygı gösterme göreviniz benim mahremiyet hakkımla haklılaştırılabilir. Yalnızca haklar ve görevlerin aynı madeni paranın karşıt yüzleri gibi bağlantılı olduğunu kastetmiyorum. Bu, örneğin bir hak ve karşılığı olan görev daha temel bir amaca hizmet ediyor olarak haklılaştırıldığında, sizin mülkiyet hakkınız ve benim onun karşılığı olan ihlal etmeme görevim birlikte daha temel toplumsal verimli arazi kullanımı amacıyla haklılaştırıldığında, böyle olabilir. Bununla beraber, birçok durumda karşılık olan haklar ve görevler bağlantısal değildir ancak biri diğerinden türer ve hangisinin diğerinden türediği fark yaratır. Yalan söylenilmeme hakkım olduğu için bana yalan söylememe görevinizin olduğu fikri ve yalan söylememe göreviniz olduğu için bana yalan söylememenize hakkım olduğu fikri arasında bir fark vardır. Birinci durumda bir görevi bir hakka dikkat çekerek haklılaştırıyorum; eğer ileri bir haklılaştırmaya niyetlenirsem bu haklılaştırmam gereken hak'tır ve bunu göre-

ve dikkat çekerek yapamam. İkinci durumda bu öbür türdür. Fark önemlidir, çünkü birazdan göstermeye çalışacağım gibi, hakları temel olarak alan bir kuram görevleri temel olarak alandan farklı karakterde bir kuramdır.

Bu nedenle, siyasal kuramlar, yalnızca her birinin belirlediği belli amaçlarda, haklarda ve görevlerde değil, aynı zamanda her birinin kullandığı amaçları, hakları ve görevleri birleştirme biçiminde de birbirinden ayrılacaktır. İyi oluşturulmuş bir kuramda bunların, içeriden sıralanmış veya tartılmış, tutarlı bir serisi kuramın içinde esas veya nihai alınacaktır. Belli herhangi bir kuramın bu kavramlardan sadece birine nihai yer gururunu vereceğini varsaymak mantıklı görünüyor; başta gelen herhangi bir amacı, bir seri temel hakkı veya bir seri aşkın görevi esas olarak alacak ve diğer amaçların, hakların ve görevlerin ikincil ve türemiş olduğunu gösterecektir.¹⁹

Bundan dolayı, yapısal modelde orta seviyede bir araç olarak bir sözleşmeyi içerebilecek derin kuramlar olarak üretebileceğimiz siyasal kuramların kesin olmayan başlangıç sınıflandırmasını yapabiliriz. Böyle bir kuram genel refahı iyileştirmek gibi bir amacı esas alarak *amaç temelli*; herkesin mümkün en büyük genel özgürlüğe hakkı olduğu gibi bir hakkı esas alarak *hak temelli* olabilir veya Tanrı'nın isteğine On Emir'de açıkladığı şekilde uyma görevi gibi bir görevi esas alarak *görev temelli* olabilir. Bu tür kuramların her birinin bu durumlarının saf veya neredeyse saf örneklerini bulmak kolaydır. Faydacılık, örneğimin ima ettiği gibi, amaç temelli bir kuramdır; Kant'ın kategorisel zorunlulukları görev temelli bir kuram oluşturur ve Tom Paine'in devrim kuramı hak temellidir.

Bu türlerin her birinin içindeki kuramlar belli çok genel özellikleri paylaşmaya meyillidirler. Türler, örneğin, bireysel seçim ve davranışa gösterdikleri tavır kıyaslayarak karşılaştırılabilir. Amaç temelli kuramlar belli herhangi bir bireyin refahıyla, sadece bu refah kendi seçiminden çok farklı olarak iyi olarak şart koşulan bir genel duruma katkıda bulunursa, ilgilenir. Bu faşizm gibi siyasal bir organizasyonun çıkarını esas alan totaliter amaç temelli kuramlar için açıkça doğrudur. Bu aynı zamanda faydacılığın çeşitli durumları için de doğrudur çünkü farklı bireylerde siyasal kararların etkisini hesaplasalar ve bu şekilde bireysel refahla ilgili olsalar da bu etkileri tüm toplamalarla veya ortalamalarla birleştirirler ve bu toplamaların veya ortalamaların gelişmesini herhangi bir bireyin öyle olduğu kararından oldukça ayrı olarak arzulanan olarak alırlar. Aristoteles'inki gibi bireylere mükem-

19) Ancak 'sezgici' bir kuramın –Rawls bu terimi böyle kullanıyor– böyle yapması gerekmez. Bkz. s. 34.

mellik ideali empoze eden ve siyasetin amacını böyle bir mükemmellik kültürü olarak alan mükemmeliyetçi kuramlarda da bu böyledir.

Diğer taraftan, hak temelli ve görev temelli kuramlar bireyi merkeze yerleştirir ve onun karar veya davranışını son derece önemli olarak alır. Ancak bu iki çeşit, bireyi farklı bir ışığa koyarlar. Görev temelli kuramlar davranışlarının ahlaki niteliğiyle ilgilenir çünkü daha fazlası olmadan bireyin belli davranış standartlarına ulaşmayı başaramamasının yanlış olduğunu varsayar. Kant, sonuçlar ne kadar faydalı olursa olsun yalan söylemenin, bu pratiğe sahip olmak bir amacı desteklediği için değil, ama sadece yanlış olduğu için yanlış olduğunu düşündü. Bunun tersine, hak temelli kuramlar bireysel davranışın uyumundan çok bağımsızlığıyla ilgilenir. Bireysel düşünce ve seçimin değerini varsayar ve korurlar. Her iki çeşit kuram da kişisel çıkara danışmadan bireysel durumlarda izlenmesi gereken ahlaki kurallar ve davranış kodları fikrini kullanır. Görev temelli kuramlar bu tür davranış kodlarını toplum veya bireyin kendisi tarafından bireye konulan öz olarak ele alırlar. Merkezdeki adam böyle bir koda uyması ya da uymadığında cezalandırılması veya yozlaşması gereken adamdır. Bununla beraber, hak temelli kuramlar, belki de diğerlerinin haklarını korumak için gerekli olan ancak kendi içlerinde hiç önemli değeri olmayan, davranış kodlarını aracı olarak ele alırlar. Merkezdeki adam diğerlerinin itaatinden faydalanan adamdır, kendisi itaat ederek bir erdem hayatı yaşayan adam değildir.

Bu nedenle, farklı tür kuramların farklı metafizik veya siyasal mizaçlarla ilişkilendirileceğini ve birinin veya diğerinin siyasal ekonominin belli türlerinde baskın olacağını beklemeliyiz. Örneğin, amaç temelli kuramlar özellikle homojen toplumlarla veya en azından kişisel savunma veya ekonomik büyüme gibi başta giden acil bir amaçla en azından geçici olarak birleşen toplumlarla bağdaşır görünür. Aynı zamanda kuram türleri arasındaki bu farkların baskın oldukları toplumların yasal sistemlerinde yansımalarını bulacağını da beklemeliyiz. Örneğin, bir avukatın ahlaki ihlalleri ceza hukukuyla cezalandırma sorununa kuramının amaç, hak veya görev temelli oluşuna göre farklı bir şekilde yaklaşacağını beklemeliyiz. Eğer kuramı amaç temelli olsaydı, ahlaki başta gelen amacına uygulamanın tam etkisini gözden geçirirdi. Örneğin, eğer kuramı faydacı olsaydı, sonuçta reddetse bile, Lord Devlin'in ahlaksızlığın cezalandırılmasının ikincil etkilerinin yarar getirici olabileceği argümanlarını göz önünde bulundururdu.²⁰ Diğer

tarafından, eğer kuramı görev temelli olsaydı, argümanın, genellikle cezalandırıcı denen, ahlaksızlık yanlış olduğu için hiç kimseye zarar vermese de devletin onu yasaklaması gerektiği, anlamını anlardı. Bununla beraber, eğer bu kuram hak temelli olsaydı, cezalandırıcı argümanı reddederdi ve faydacı argümanı, bireysel hakların genel refah pahasına da olsa hizmet edilmesi gerektiği kendi varsayımına karşı, yargılardı.

Elbette, bunların hepsi ideolojik sosyoloji açısından yüzeysel ve önemlidir. Amacım sadece siyasal bir kuramın karakterindeki bu farkların, aynı karakterdeki bir kuramı diğerinden ayırt edecek durum detaylarından çok daha farklı olarak önemli olduğunu öne sürmektir. Bu nedenle, toplumsal sözleşme Rawls'ın metodolojisinin çok önemli bir özelliğidir. Derin kuramının, diğer iki türden, hak temelli bir kuram olduğuna işaret eder.

Toplumsal sözleşme her potansiyel tarafa bir veto temin eder: Eğer o, aynı fikirde değilse sözleşme kurulmaz. Bu vetonun önemi ve hatta varlığı, özgün durumu oluşturan sözleşmenin belli bir yorumlamasında, karartılır. Hiç kimse kendisini bir başkasından ayıracak bir şey bilmediğinden, mantıklı olarak farklı hiçbir çıkarı kovalayamaz. Bu şartlarda her kişinin vetosu olmasına, ya da aslında, öncelikle sözleşmeye birden çok potansiyel taraf olmasına hiçbir şey bağlı değildir. Ancak, özgün durum sözleşmenin sadece bir yorumudur ve tarafların kendi durum ve hırslarını diğerlerininkinden ayıracak biraz bilgisinin olduğu herhangi bir diğer yorumda sözleşmenin her bir tarafa verdiği veto can alıcı olur. Elbette her bireyin sahip olduğu veto, bilgisine, yani sözleşmenin sonunda seçtiğimiz belli yorumuna, bağlıdır. Ancak bireylerin herhangi bir vetoya sahip olması kendi içinde dikkate değerdir.

Örneğin, bütünüyle amaç temelli bir kuramda hiç yeri olamaz. Sözleşmenin taraflarının belli bir toplumsal amaçta karar kılamayacaklarını ve o kararı bundan böyle siyasal kararların adalet testi yapamayacaklarını kastetmiyorum. Hiçbir amaç temelli kuramın, en başından, sözleşmeyi bir adalet ilkesine karar vermek için uygun araç yapamayacağını kastediyorum; yani bulmaya çalıştığımız derin kuramın kendisi amaç temelli olamaz.

Neden açıktır. Bir toplumda ortalama refahın iyileştirilmesi, bir devletin gücünün ve otoritesinin yükseltilmesi veya belli bir iyi kavramına göre ütopya yaratılması amacı gibi belli bir önde gelen amacın siyasal bir kuramda esas olarak alındığını varsayın. Eğer böyle herhangi bir amaç esassa, o zaman toplumdaki kaynakların, hakların, yararların ve sıkıntıların bu amaçla en iyi geliştirecek ve diğerlerini mahkûm edecek şekilde dağıtımına yetki verir. Bununla beraber, her bireyin kendi çıkarını kovaladığını varsayan

ve her birine kolektif kararda bir veto veren sözleşme aracı optimum dağıtımı belirlemek için çok farklı bir test uygular. Her bireyin, sözleşmenin herhangi bir yorumunun altında açıkça belirtildiği kendi bilgisi dikkate alınırsa, kendi çıkarına en iyi olduğunu düşündüğü dağıtımı tasarlamak veya en azından almasının muhtemel olduğunu düşündüğü dağılımın en yakınına ulaşmak için tasarlanmıştır. Bu nedenle, sözleşme esas amacın doğrudan uygulamasının dikte edeceğinden çok farklı bir optimum dağılım testi önerir. Bir bireysel veto sisteminin, dağılımın toplam amaca katkısının dışında gözden geçirilen, dağılımın adillığının hiçbir değerinin olmadığı bir soruna iyi bir çözüm üreteceğini varsaymak için bir neden yoktur.

Elbette, bir sözleşme bir esas amacın dikte ettiği sonucu üretebilir. Aslında bazı eleştirmenler, Rawls'ın sözleşmenin en beğendiği yorumu olan, özgün durumdaki insanların, ortalama yararcılık ilkelerine dayanan bir adalet kuramını, yani sadece ortalama faydacılığın esas amacını şart koşan derin kuramın üretebileceği ilkeleri, seçeceklerini düşünüyorlar.²¹ Ancak, eğer böyleyse, tesadüf nedeniyle ya da sözleşmenin yorumu bu sonucu üretmek için seçildiğinden, her durumda sözleşme lüzumsuzdur, çünkü nihai sonuç esas amaçla belirlenir ve sözleşme aracı hiçbir şey eklemeyiz.

Bir karşıt argüman mevcut. Esas amacın, devletin ancak herkesin –bir anlamda– kendi çıkarına göreceği ilkelerle uyum içinde yönetilmesi halinde hizmet edilecek göründüğünü varsayın. Eğer esas amaç, örneğin, devletin itibarının yükselmesiye, bu amaç, yalnızca halk hükümetin bu amaç için hareket ettiğini görmezse ve bunun yerine sözleşme aracıyla kendi bireysel çıkarlarına olduğu gösterilen ilkelere göre hareket ettiğini varsayarsa ulaşılır olabilir; yalnızca buna inanırlarsa devletin çıkarına çalışabileceklerdir. Bu, ihtimal dışı olduğu kadar dolambaçlı argümanı göz ardı edemeyiz, ancak bu Rawls'ın sözleşmeyi kullandığı şekli desteklemeyiz. Argüman Sidgwick'in faydacılığa en iyi toplumu bu kuramdan habersiz tutarak hizmet edileceği ünlü argümanı gibi bir aldatmacaya dayanır.²² Böyle bir aldatmacayı içeren bir kuram kovaladığımız yapısalcı modele uygun değildir, çünkü bu modelde amacımız kanaatlerimizi birleştiren ve kamusal hareket için bir program olarak hizmet edebilecek bir kuram geliştirmektir; tanıtım, Rawls'ın onun içinde ürettiği adalet kavramı kadar, derin kuramımızın bir talebidir.

21) John Mackie 1972 sonbaharında bu argümanın etkili bir biçimini bir Oxford seminerinde sundu.

22) H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 489. (7. baskı, 1907).

Böylece, amaç temelli derin bir kuram, yararsız ve kafa karıştırıcı bir ek olmanın dışında, sözleşmeyi destekleyemez. Hemen hemen aynı nedenlerden dolayı görev temelli derin bir kuram da destekleyemez. Bir görevi veya bazı görevleri esas alan bir kuram adil kurumların bir tanım altında herkesin kişisel çıkarına olanlar olduğunu varsaymak için hiçbir zemin önermez. Yine sözleşmenin taraflarının, tıpkı kendi kişisel çıkarlarının yargısını uygularken belli amaçlar benimsemeye karar verebilecekleri gibi, kendileri ve kendilerinden sonrakiler üzerine belli görevler empoze etmeye karar verebileceklerini inkâr etmiyorum. Rawls, en sevdiği yorum, yani özgün durum altında kendilerine empoze edecekleri görevleri tanımlar ve bunlara doğal görevler adını verir.²³ Ancak bu, bu görevlerin ne olduğunun kesin kararını veren derin kuramın, kendisinin görev temelli olduğunu varsaymaktan çok farklıdır.

Elbette, birçok felsefecinin yaptığı gibi, bir adamın kişisel çıkarının görevini, başka türlü olursa Tanrı onu cezalandıracağından veya özgün durumda rolünü gerçekleştirmek onun en memnuniyet verici aktivitesi olduğundan, ya da Kant'ın düşündüğü gibi sadece devamlı olarak evrensel olmasını dilediği kuralları izleyerek özgür olacağından, ahlaki yasa altında yapmasında yattığını öne sürmek mümkündür. Ancak bu, bir adamın görevinin kişisel çıkarını belirlediğini söyler, tersi durumu değil. Bu, bir adamın belli görevlerine onu kendi çıkarına danışmaya bırakarak karar vermek lehine bir argüman değil, ancak daha çok görev hesaplamaları dışındaki kişisel çıkar hesaplamalarını bir kenara bırakması lehine bir argümandır. Bu nedenle, Rawlsiyen sözleşmenin görev temelli kuramdaki rolünü destekleyemez.

Eğer bir sözleşme görev temelli derin bir kuramın özelliği olsaydı, sözleşmenin, kişisel çıkar ve görev arasındaki gözle görülür çatışmayı çözecek bir yorumunun seçilebileceği doğrudur. Örneğin, bütün tarafların kabul ettiği, az önce bahsedilen fikir, kendi çıkarlarının görevlerini araştırmakta ve yapmakta yattığı sözleşme durumunun bir özelliği olabilir. Bu sözleşme kendi görevlerini, en azından eğer bir nedenden dolayı görevlerinin ne olduğunu keşfetmekte usta oldukları varsayımını eklersek, doğru olarak tanımlayan ilkeler üretti. Ancak o zaman, bir kez daha, sözleşmeyi lüzumsuz yapmış oluruz, tepeye bir tırmanış ve sonra tekrar aşağı iniş. Derin kuramın esas olarak aldığı adalet kuramlarını ilkelerden çözeydik açıkça daha iyi yapmış olurduk.

Bununla beraber, sözleşme hak temelli derin bir kuramda daha akla yatkındır. Gerçekten de böyle bir kuramın doğal gelişimi görünür. Hak temelli bir kuramın temel kavramı farklı bireylerin eğer dilerlerse korumaya yetkili oldukları çıkarları olduğudur. Böyle bir kuramı geliştirirken, bireyin esas olarak alınan hakların uygulamasında veto edeceği kurumları tanımlamaya çalışmak doğal görünür. Sözleşme, en azından iki nedenden dolayı, bu amaç için mükemmel bir araçtır. Birincisi, bu hakların uygulanmasındaki bir veto ve çok da korunmayan bir çıkar için veto arasında ayrımı –sözleşmenin bu hakların ne olduğu anlayışımızı yansıtan bir yorumunu benimseyerek yapabileceğimiz bir ayrım– yapmamıza izin verir. İkincisi, yapısalcı argüman modelinin taleplerini uygular. Sözleşmenin tarafları pratik bir sorunla karşılaşır; kararlarını daha sonraki bir ahlaki iç görüye ertelemektense onlara mevcut olan seçeneklerden bir anayasa tasarlamalıdır ve tanımladığım anlamda hem pratik hem de kamuya açık olan bir program tasarlamalıdır.

O zaman özgün durumun arkasındaki derin kuramın bir çeşit hak temelli kuram olduğunu varsaymak adil görünüyor. Konuyu başka bir şekilde ortaya koymanın, şu ana kadar kaçındığım başka bir yolu daha var. Bu, herhangi bir yasamanın, gelenegın veya varsayımsal bir sözleşmenin ürünü olmadıkları anlamında *doğal* hak kavramları üzerine kurulu bir kuram olmalı. Bu tabirden kaçındım çünkü birçok insan için dışlayıcı metafizik çağrışımları var. Doğal hakların ilkel insanlar tarafından, zorbalığı engellemek için uygarlığa taşıdıkları muska gibi giyilen hayali nitelikler olduğunu düşünüyorlar. Örneğin, Justice Black, sadece bu akıl almaz nosyona dayandığını göstermenin, hoşlanmadığı adli felsefenin reddi için yeterli olduğunu düşündü.²⁴

Ancak yapısalcı modelde en azından doğal haklar varsayımı metafizik açıdan azimli bir varsayım değil. Bu, bu model anlamında, en iyi siyasal programın belli bireysel seçimlerin korunmasının esas olarak alındığı ve herhangi bir amaca, göreve veya bunların kombinasyonuna tam olarak ikincil tutulmadığı varsayımının ötesinde bir şey talep etmez. Bu herhangi bir esas kuramın karşıt seçiminden, özellikle de çeşitli popüler faydacı kuramların altında yatan amacın varsayımının talep edeceğinden daha çok, daha belirsiz ve çatışmalı bir ontoloji gerektirmez. Rawlsiyen derin kuramın bu hakları yasal veya geleneksel yapmaktansa, doğal yapması rahatsız edici değildir. Açıkça herhangi bir hak temelli kuram, hakların,

24) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 507 (1964) (karşı oy yazısı).

sadece kasıtlı yasamanın veya açık toplumsal geleneğin ürünü olmadığını ancak yasama ve geleneği yargılamak için bağımsız zeminler olduğunu varsaymalıdır. Yapısalcı modelde hakların bu anlamda doğal olduğu varsayımı, siyasal kanaatlerimizi birleştirme ve açıklama gücü için yapılacak ve incelenecek basit bir varsayımdır, tutarlılık ve deneyim testine sokmak için temel bir programlı karardır.

C. Özgün Durum

Rawls'ın kullandığı şekilde toplumsal sözleşme kullanımının doğal haklar varsayan derin bir kuram gerektirdiğini söyledim. Şimdi, sözleşme aracının bu varsayma nasıl uyduğunu biraz daha detaylı tanımlamak istiyorum. Bu, daha önce bahsedilen bazı siyasal düzenlemelerin, beklentilerin aksine, asıl çıkarına olmasa da, her bireyin önceki çıkarına olduğunun söylenebileceği fikrinden yararlanır.

Bir sözleşmede onayı gerekli olan herkes sözleşmenin şartları üzerinde veto hakkına sahiptir, ancak bu vetonun ona değeri, yargısının asıl kişisel çıkardansa önceki bir kişisel çıkar olmasıyla sınırlandırılmıştır. Bilgisi, bahsinden emin olmasını değil de, sadece en iyi ihtimalleri tahmin etmesine izin verecek kadar yeterli olduğunda, kendisi bir karara varmalı ve böylece vetosunu bırakmalıdır. Böylelikle, sözleşme durumu belli siyasal hakları olan bireyin ona dezavantaj getirecek siyasal kararlarla yüzleşmesi gibi yapısal olarak tek bir yöndedir. Bunları veto etmek için sınırlı siyasal hakkı vardır, sahip olduğu hakların alanıyla sınırlanan bir veto. Sözleşme, tarafın bilgisizliği kararın üzerinde hakların sınırlanmış doğasının siyasal durum üzerinde sahip olacağı etkiye sahip olsun diye bir tarafın sözleşme durumundan bilgisizliğinin derecesini veya karakterini şekillendirerek, siyasal durum için bir model olarak kullanılabilir.

Bilgisizliğin siyasal hakların sınırlı karakterine uymak için yapılan bu şekillendirmesi, en etkili biçimde sadece sözleşme taraflarının peşinden koşmayı dilediklerini bildikleri bireysel amaçları daraltarak yapılır. Örneğin, eğer Hobbes'un derin kuramını, insanların yaşam hakkının esas olduğunu ve, bu nedenle, güç toplumsal amaçlardan başka güç için bile, onları öldürmenin yanlış olduğunu önermek için alırsak, onun tanımladığı türde bir sözleşme durumu beklemeliyiz. Hobbes'un erkekleri ve kadınları, Rawls'ın deyimiyle, yaşam güvenliğini diğer bütün bireysel amaçların üzerine koydular; eğer sahip olabilecekleri herhangi bir diğer amaçtan açıkça bilgisiz olsalardı ve bunlardan herhangi birine veya bir serisine

sahip olacakları ihtimalleri hakkında düşünemeselerdi de sonuçta aynı durum çıkardı.

Böylece, özgün durumdaki tarafların bilgisizliği, sözleşme aracı için doğal olan klasik sözleşme kuramlarında çıkarların çarpık veya tuhaf sıralaması şeklinde bulunabilecek, bir çeşit kısıtlayıcı bilgisizlik olarak görülebilir. Özgün durum, Rawls'ın insanların sadece seçili birkaç çıkardan bilgisiz olduğu sınırlayıcı bir durum değildir; onlar sahip oldukları bütün çıkarlardan bilgisizdirler. Bunun onları herhangi bir kişisel çıkar yargısına varmakta yeteneksiz yapacağını varsaymak yanlış olurdu. Ancak vardıkları yargılar yine de çok soyut olmalıdır; bazılarının diğerlerinden daha muhtemel olduğu varsayımının yararı olmadan çıkarların herhangi bir kombinasyonuna izin vermelidirler.

Bu nedenle, Rawls'ın derin kuramının temel hakkı yaşam güvenliği hakkı veya belli bir iyi kavramına göre yaşam sürdürme hakkı gibi herhangi bir belli bireysel amaç hakkı olamaz. Bu tür bireysel amaç hakları, özgün durumdaki insanların kendi çıkarlarına en uygun haklar olduğunu şart koşan haklar olarak, derin kuram tarafından üretilebilir. Ancak, özgün durumun kendisi, sözleşmenin tarafları böyle herhangi bir çıkarları olduğunu bilmediğinden veya onu sözcüklerle diğerlerinin önüne koyamadığından, böyle bir hakkın varsayımıyla haklılaştırılmaz.

Böylece, Rawls'ın derin kuramı herhangi bir bireysel amaç hakkı değil de soyut bir hak olmalıdır. Tanıdık siyasal kuram kavramları içinde bu rol için iki aday vardır. Birincisi özgürlük hakkıdır ve çoğu okur için Rawls'ın bütün yapısının temel bir doğal özgürlük hakkı varsayımına dayandığını varsaymak hem akla yatkın hem de rahatlatıcıdır – akla yatkındır çünkü onun adalet kuramını oluşturan iki ilke özgürlüğe önemli ve baskın bir yer verir ve rahatlatıcıdır, çünkü bu yeri haklılaştırmaya çalışan argüman kendine özgü olmayan bir biçimde eksiktir.²⁵

Yine de, özgürlük hakkı Rawls'ın kuramında temel hak olarak alınmaz. Genel özgürlüğü hükümet veya diğer insanlar tarafından empoze edilen bir kişinin ne yapmayı isteyeceğiyle ilgili toplam minimum sınırlamalar olarak tanımladığımızı varsayın.²⁶ Sonra bu genel özgürlüğü, siyasetteki katılım gibi özellikle önemli olduğu düşünülen belli fiiller üzerindeki kısıtlamalardan belli özgürlüklerden ayırmalıyız. Özgün durum taraflarının kesinlikle genel özgürlüğe olduğunu bildikleri bir ilgileri var, çünkü genel

25) Bkz. Hart, "Rawls on Liberty and It's Priority", 40 U. Chi. L. Rev. 534 (1973).

26) Rawls'ın s. 202'deki özgürlük tanımından alıntılanmıştır.

özgürlük daha sonra sahip olduklarını keşfedecekleri herhangi bir belli amaca ulaşma güçlerini, *pro tanto*, [belli ölçüde] geliştirecektir. Ancak nitelendirme önemli, çünkü genel özgürlüğün aslında bu toplam gücü geliştireceğini bilmenin bir yoluna sahip değiller ve geliştirmeyeceğine ihtimal vermek için her nedene sahipler. Genel özgürlüğün ötesinde yalnızca başkalarının fiilleri üzerindeki siyasal kısıtlamalarla korunabilecek başka amaçları olabileceğini biliyorlar.

Böylece, eğer Rawlsiyen adamların, sözleşme durumunun içermek için şekillendirildiği bir çeşit özgürlük hakkına sahip oldukları varsayılmalıysa, bu belli özgürlük hakları olmalıdır. Rawls bir liste temel özgürlüğü sıralar ve bunlar, insanların sözcüklerle düzenlenmiş birinci adalet ilkesiyle korumayı seçtikleridir.²⁷ Ancak, Rawls bu ilkeyi açıkça sözleşmenin bir şartı değil de bir ürünü olarak belirler. Özgün durum taraflarının bu temel özgürlükleri, bu özgürlükleri kendi içinde amaçlar olarak almaktansa, kendine saygı gibi değer vermeye karar verdikleri malları korumak için seçtiklerini öne sürer. Elbette temel özgürlükler olarak korunan aktivitelere, başka bir amaç veya çıkar aracı olmaktansa, kendi hatırları için değer verebilirler. Ancak, kesinlikle ne yaptıklarını bilmiyorlar.

İkinci tanıdık siyasal kuram kavramı özgürlükten bile daha soyuttur. Bu eşitlik ve bir açıdan Rawlsiyen erkek ve kadınlar onu korumaktan başkasını seçemez. Özgün durumdaki bilgisizlik durumu öylesine şekillendirilmiştir ki, herkesin önceki çıkarı, söylediğim gibi, aynı çözümde yatar. Herkesin, kişiliğine, karakterine veya beğenilerine bakılmaksızın, eşit olarak davranılma hakkı, hiç kimsenin bu tür herhangi bir açıdan farklı olması nedeniyle daha iyi bir pozisyonu güvene alamayacağı gerçeğiyle uygulanır. Diğer sözleşme durumlarında, bilgisizlik daha az bütün olduğunda, aynı amacı paylaşan bireyler yine de farklı önceki çıkarlara sahip olabilirler. Örneğin, iki adam yaşama diğer her şeyin üstünde değer veriyor olsa da, daha zayıf olanın önceki çıkarı, özel intikam için bir hazırlık gibi, bir devlet gücü tekeli gerektirebilir, ancak daha güçlü olanın önceki çıkarı gerektirmeyebilir. İki adam siyasal katılıma her şeyin üzerinde değer verse de, birinin görüşlerinin daha Ortodoks veya sevilmeyen olmasının muhtemel olduğu bilgisi onun önceki çıkarının farklı düzenlemeleri gerektirdiğini ima eder.

Rawls'ın kadınların ve erkeklerin özgün durumda seçeceklerini düşündüğü adalet ilkelerinin iki açıdan eşitlikçi bir fikre yetmediği doğrudur.

Birincisi, maddi kaynaklardaki eşitliği, gerektiğinde, birinci ilkenin taleplerini ikincinininkinden öncelikli yaparak siyasal aktivite özgürlüğüne ikincil tutarlar. İkincisi, göreceli yoksunluğu hesaba katmazlar, çünkü daha kötü durumda olanlar bu eşitlik olmadan olacaklarından daha iyi olduklarında, her eşitliği haklılaştırır.

Rawls bu eşitsizliklerin, çatışan bir özgürlük kavramı veya önde gelen bir amaç tarafından değil, daha temel bir özgürlük hissinin kendisi tarafından talep edildiğini açıkça gösterir. Eşitliğin iki kavramı dediklerinin arasında bir ayrımı kabul eder:

Bazı yazarlar, bir kısmının neredeyse kesinlikle daha çok sevilen kişilere daha yüksek statü ya da prestij verecek olan bazı malların dağıtımıyla bağlantılı olarak akla gelen eşitlik ile, toplumsal konumlarına bakılmaksızın kişilere borçlu olunan saygıyla ilişkilendirilen eşitlik arasında ayrım yaptılar. Birinci çeşidin eşitliği ikinci adalet ilkesiyle tanımlanır. (...) Ancak ikinci türün eşitliği esastır.²⁸

Rawls'ın esas dediği ikinci türün eşitlik hakkını bu şekilde tanımlayabiliriz. Bireylerin onları yöneten siyasal kurumların tasarlanması ve idaresinde eşit ilgi ve saygıya hakları olduğunu söyleyebiliriz. Bu oldukça soyut bir haktır. Örneğin, birisi değere dayanarak görev ve pozisyonlar için eşit fırsatlar sunan siyasal düzenlemelerle karşılandığını söyleyebilir. Başka biri, tam tersine, sadece, değerine bakmaksızın gelir ve statünün mutlak eşitliğini garantileyen bir sistemle karşılandığını öne sürebilir. Üçüncü biri eşit ilgi ve saygının her birinin refahını aynı terazide tartarak bütün vatandaşların ortalama refahını iyileştiren bir sistemle, bu sistem her ne ise, sağlanabileceğini öne sürebilir. Dördüncü biri, esas eşitlik adına, özgürlük önceliğini ve Rawls'ın iki ilkesinin diğer açık eşitsizliklerini savunabilir.

O zaman eşit ilgi ve saygı hakkı farklı siyasal kuramları ayıran standart eşitlik kavramlarından daha soyuttur. Bu daha temel kuramın türeyen hak veya amaç olarak bu kavramlardan birini veya diğerini talep ettiği argümanlara izin verir.

Orijinal kısım şimdi bu çatışan argümanları test etmek için bir araç olarak görülebilir. Mantıklı olarak, eşit ilgi ve saygı göstermeyen siyasal düzenlemelerin, onlar kabul etse de etmese de, belli bir sınıfın üyelerine veya belli yetenekleri ve idealleri olanlara diğerlerine olduğundan daha fazla ilgi ve saygısı olan güçlü erkekler ve kadınlar tarafından konduğunu ve idare edildiğini varsayar. Sözleşmenin taraflarının bilgisizliğini şekillen-

dirirken bu varsayıma dayanır. Hangi sınıfa ait olduklarını bilmeyen insanlar, farkında olarak veya olmayarak, sınıflarının tarafını tutacak kurumlar tasarlayamaz. Özgün durum, Rawls'in derin kuramının temel kavramı olarak anlaşılması gereken, soyut eşit ilgi ve saygı hakkını uygulamak için iyi tasarlanmıştır.

Eğer bu doğruysa, o zaman Rawls özgün durumu, bu hakkı savunmak için –örneğin, birinci ilkede somutlaşan temel eşitlik haklarını savunduğu şekilde– kullanmamalıdır. Metin böyle yapmadığını onaylar. Bir kez saygı eşitliğinin birinci adalet ilkesiyle 'tanımlandığını' söylediği doğrudur.²⁹ Ancak tarafların daha basit bir amacı veya hakkı ilerletmek için eşit olarak saygı gösterilmeyi seçtiğini kastetmiyor ve hiçbir durumda bunu öne sürmüyor. Tam tersine, eşit saygı hakkı ona göre sözleşmenin bir ürünü değildir ancak özgün duruma kabulün bir şartıdır. Bu hakkın 'insanlara ahlaki kişiler olarak borçlu olunduğunu' ve insanları hayvanlardan ayıran ahlaki kişilikten çıktığını söyler. Adil olabilen bütün insanlar buna sahiptir ve yalnızca böyle insanlar sözleşme yapabilir.³⁰ Bu nedenle bu, sözleşmeden doğmayan ancak esas hak gibi tasarlanması gibi varsayılan bir haktır.

Rawls eşitlik argümanının kuramı içerisindeki diğer hak argümanlarından daha farklı bir başlıkta durduğunun oldukça farkında:

Şimdi, elbette bunun hiçbiri gerçekten bir argüman değil. Bu sonucun doğduğu önermeleri doğal durumdaki adalet kavramlarının seçimiyle, her ne kadar çok gayretli olmasa da, ne kadar yapmayı denesem açıklayamadım. Tarafların niteliklerinin eşitlik temeli olarak kullanılması gerektiğini de kanıtlamaya çalışmadım. Bu yorum daha çok hakkaniyet gibi adaletin doğal tamamlanması olarak görünüyor.³¹

Yani, bu, bütün olarak kuramın 'doğal tamamlanmasıdır'. Kuramı özgün durumu sorumlu tutan temel varsayımı temin ederek tamamlar ve onu adalet kuramlarını geliştirmek ve test etmek için bir 'sezgisel kavram' yapar.

Bu nedenle, hakkaniyet gibi, adaletin de bütün erkek ve kadınların ilgi ve saygı eşitliğine doğal hakkı olduğu varsayımına dayandığını söyleyebiliriz – doğum, özellik, meziyet veya mükemmellik nedeniyle değil ama sadece plan yapabilen ve adil olabilen insanlar olarak sahip oldukları bir hak. Çoğu okur bu sona şaşırmayacak ve bu, söylediğim gibi, metinde mantıklı olarak açık. Yine de önemli bir son çünkü kuramın,

29) A.g.e.

30) 77. Bölüm.

31) s. 509.

çoktan standart olan, bazı eleştiri biçimleri bunu bilmezden geliyor. Bu uzun makaleyi bir örnekle kapatacağım.

Bir eleştiri biçimi bana birçok meslektaş ve öğrenci, özellikle avukatlar, tarafından ifade edildi. Rawls'ın özgün durumdaki insanların seçeceğini söylediği belli siyasal kurumlar ve düzenlemelerin şimdi Birleşik Devletler'de geçerli olanların sadece idealize edilmiş biçimleri olduğunu ortaya koyuyorlar. Bunlar liberal anayasal demokrasinin kurumlarıdır. Eleştirmenler bu nedenle Rawls'ın kuramının temel varsayımının, bunları nasıl açıklarlarsa açıklasınlar, klasik liberalizmin varsayımları olduğu ve bu kuramı canlandırıyor görünen özgün durumun bir şekilde bu varsayımların bir somutlaştırması olduğu sonucunu çıkarıyorlar. Bu nedenle, hakka-niyet gibi adalet de onlara, bütününde, liberal geleneğin daha radikal bir eleştirisini sunmak isteyenler tarafından emin olarak göz ardı edilebilecek, siyasal statükonun özellikle ince bir rasyonalizasyonu olarak görünür.

Eğer haklıysam, bu görüş açısı aptalcadır ve bunu savunanlar onlar için az rastlanır olan kendi siyasal görüşlerini bir çeşit felsefi sınamaya sunma fırsatını kaybederler. Rawls'ın en temel varsayımı insanların Locke veya Mill'in önemli olduğunu düşündüğü belli özgürlüklere haklarının olması değildir, ancak siyasal kurumların tasarısında eşit ilgi ve saygıya haklarının olduğudur. Bu varsayıma birçok şekilde muhalefet edilebilir. Faydacılık, bir sınıfın zaferi veya insanların nasıl yaşaması gerektiğiyle ilgili yeşeren bir kavram gibi temel bir amacın eşitlik hakkı da dahil olmak üzere herhangi bir bireysel haktan daha esas olduğuna inananlar tarafından reddedilecektir. Ancak, daha radikal herhangi bir eşitlik kavramı adına reddedilemez çünkü böyle bir şey yoktur.

Rawls bu temel eşitlik hakkının liberal bir anayasa gerektirdiğini ve mevcut ekonomik ve toplumsal yapıların idealize edilmiş bir biçimini desteklediğini öne sürer. Örneğin, özgün durumdaki insanların, bir kez belli bir maddi rahatlığa ulaşıldığında, temel özgürlükleri kendi eşitlik hakları çıkarına koruyacağını öne sürüyor, çünkü temel özgürlüklerin koruduğu, kişisel saygıya bir tehdidin o zaman eşit saygıya en ciddi tehdit olduğunu anlayacaklar. Aynı zamanda, diğerini kışkırttığı için fedakârlık etmek ona bir çeşit boyun eğme olduğundan, bu insanların ikinci ilkeyi tercihte maddi eşitliği kabul edeceğini de öne sürüyor. Bu argümanlar elbette yanlış olabilir. Burada kesinlikle onları savunmak için hiçbir şey söylemedim. Ancak, şimdi liberalizmin eleştirmenlerinin onların hatalı olduklarını gösterme sorumluluğu var. Rawls'ın temel varsayım ve tavırlarının kendininkilerden karşılaştırmaya izin verecek kadar uzak olduğunu söyleyemezler.

1. YURTTAŞLARIN HAKLARI

Günümüzde hakların dili Birleşik Devlet’lerdeki politik tartışmaların öncelikli konusu haline geldi. Yönetim yurttaşların ahlaki ve siyasi haklarına saygı duymakta mıdır? Yoksa Yönetim’in dış politikası ya da ırk politikası bu hakların aksine midir? Hakları ihlal edilen azınlıklar buna karşılık hukuku çiğneme hakkına sahip midirler? Yoksa sessiz çoğunluğun kendisi yasaları çiğneyenleri cezalandırma hakkı da dahil olmak üzere birtakım haklara sahip midir? Bugün bu soruların öncelikli tartışma konuları haline gelmesine şaşırmmamak gerekir. Siyasal bir toplum bölünmeye uğradığı, işbirliği ya da ortak bir hedef için verilen uğraşlar anlamsızlaştığı zaman haklar kavramının, özellikle de Yönetim’e karşı sahip olunan haklar kavramının gündeme gelmesi çok doğaldır.

Yurttaşların Yönetim’lerine karşı *bazı* haklara sahip olup olmadıkları konusu tartışmaların dışındadır. Hemen her kesim yurttaşların bu bazı haklara sahip olduğunu kabul etme konusunda hemfikir gibi görünmektedir. Gelenekçi hukukçular ve politikacılar bizim hukuk sistemimizin bireysel ifade özgürlüğü, eşitlik, hukukun doğru uygulanması [*due*

process]* haklarını tanımış olmasıyla övünmektedirler. Bunlar savlarını en azından bu bağlamda, sadakati ve saygıyı hak etmeyen totaliter sistemlerden farklı olduğu için, bizim hukuk sistemimizin saygıya layık olduğu görüşüyle temellendirmektedirler.

Elbette yurttaşların yasaların kendilerine verdiği haklar dışında da birtakım haklara sahip olduğu fikrini reddeden bazı filozoflar da vardır. Mesela Bentham ahlaki haklar fikrinin ‘yüceltilmiş anlamsızlık’tan** ibaret olduğu düşüncesindeydi. Ancak bu bakış açısı hiçbir zaman bizim genel geçer [orthodox] siyasal teorimizin bir parçası olmamış ve her iki partinin politikacıları da yapmak istedikleri icraatların büyük bir bölümünü gerçekleştirmek adına insanların haklarına başvurmuşlardır. Ben bu denemede ‘yurttaşların Yönetim’leri karşısında ahlaki haklara sahip oldukları’ tezinin savunmasını yapmak yerine, bu tezin –görevdeki Birleşik Devletler Yönetim’i de dahil olmak üzere– onu savunduklarını açıkça ifade edenler için neyi ima ettiğini incelemek istiyorum.

Kuşku yok ki yurttaşların hangi ‘özel’ haklara sahip oldukları çok tartışmalı bir konudur. Sözgelimi, onaylanmış ifade özgürlüğü hakkı, kamuya zarar veren gösterilere katılma hakkını da içerir mi? Uygulamada bir bireyin haklarının ne olduğu hakkında son söz Yönetim’indir, çünkü Yönetim’in polisi, amirleri ve mahkemeler ne buyurmuşsa onu yapacaktır. Ancak bu Yönetim’in bakış açısının mutlak anlamda doğru olduğunu göstermez; bunun böyle olduğunu düşünen bir insan, kadın-erkek her yurttaşın, ancak Yönetim’in onlara bahşetmeyi seçtiği haklara sahip olduğuna da inanmak zorundadır ki, bu da bireylerin aslında hiçbir ahlaki hakka sahip olmadıkları anlamına gelir.

Tüm bunlar bazen Birleşik Devletler’in anayasal sisteminden ötürü anlaşılabilir bir duruma gelmektedir. Amerikan Anayasası, Birinci Değişikliği’nde ve hukukun doğru uygulanması [due process], eşit koruma vb. koşullarında bireylere bir dizi hukuki haklar sağlamıştır. Yürürlükte olan hukuki uygulamalara göre, Yüksek Mahkeme, Kongre’nin ya da herhangi bir devlet yasama organının bir yasasında, bu koşullara aykırılık bulduğu takdirde onun hükümsüz olduğunu bildirme gücüne sahiptir. Bu durum bazı yorumcuların, bireysel ahlaki hakların sistem tarafından tam bir ko-

* Due process dilimize hukuk devleti olarak da çevrilebilir. Çünkü hukuk devletinin içeriğini oluşturan belli garantiler Amerikan hukuk sisteminde due process ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. (ç.n.)

** Nonsense on stilts: Sırıklar üzerindeki anlamsızlık/saçmalık. (ç.n.)

ruma altına alındığını varsaymalarına sebep olmuşsa da, bunun gerçekte böyle olduğunu ya da olabileceğini söylemek çok zordur.

Anayasa, belirli bir yasanın bütün insanların doğal eşitliği ilkesine uygun olup olmadığı sorusunda olduğu gibi, bir yasanın geçerliliğini karmaşık ahlaki problemlerin cevaplarına dayandırarak hukuki ve ahlaki sorunları bir potada eritmektedir. Bu eritme işlemi sivil itaatsizlikle ilgili tartışmalar açısından önemli sonuçlar vermektedir; ben bunları bir başka bölümde¹ açıkladım ve daha sonra yine bunlara gönderme yapacağım. Ancak bu durum iki önemli soruyu cevapsız bırakmaktadır. Doğru bir şekilde yorumlansa dahi, Anayasa'nın, yurttaşların sahip olduğu bütün ahlaki hakları tanıyıp tanımadığına ve, pek çoklarının varsaydığı gibi, yasalar ahlaki haklarını ellerinden almış olsa dahi yurttaşların yasalara itaat etmekle yükümlü olup olmadığına ilişkin soruların cevabı verilmemektedir.

Bazı azınlıkların kendi yerel okul sistemlerini sürdürmek gibi, hukukun reddettiği ve hukukçuların, Anayasa tarafından güvence altına alınmadığında birleştikleri bazı ahlaki haklar iddia etmeleri halinde, her iki soru da yaşamsal olur. İkinci soru çoğunluğun, şimdiki gibi, kendini suçlamaya karşı hak türünden hakları saf dışı edecek anayasal değişiklikleri ciddi olarak önermeye yeterli bir düzeye ulaştığı zaman yaşamsal olur. Aynı zamanda karşılaştırılabilir yapıda bir anayasaya sahip olmayan İngiltere gibi ülkelerde de yaşamsaldır.

Kuşkusuz, eğer Anayasa mükemmel olsaydı ve çoğunluğun ona hiçbir müdahalesi olmasaydı bile, yine de Yüksek Mahkeme yurttaşların bireysel haklarını garanti altına alamazdı. Bir Yüksek Mahkeme kararı nihayetinde yine hukuki bir karardır ve ahlaki olduğu kadar teamülü ve Mahkeme ile Kongre arasındaki ilişkiler gibi düşünceleri de hesaba katmak zorundadır. Ayrıca hiçbir yargısal karar, zorunlulukla doğru olan karar değildir. Hâkimler hukuki ve ahlaki sorunlar karşısında farklı duruşlar sergilerler ve Nixon'ın Yüksek Mahkeme atamalarıyla ilgili kavgalarda da görüldüğü gibi, bir başkan dürüst ve kabiliyetli olmaları şartıyla kendi düşüncesinden olan hâkimleri göreve getirme yetkisine sahiptir.

Dolayısıyla, diyebiliriz ki, anayasal sistem Yönetim karşısında sahip olunan ahlaki hakların korunmasına katkıda bulunmakla birlikte, bu hakları tam garanti altına almak bir yana bunların tam olarak ne olduklarını saptamada bile yetersiz kalmaktadır. Bu da bazı hallerde, yasama dışındaki

1) Bkz. 8. Bölüm.

bir bölümün bu sorunlarda son sözü söyleyeceği anlamına gelmektedir ki, böyle bir bölümün temelden yanlış olduğunu düşünen birini nadiren tatmin edebilir.

Elbette bazı Yönetim bölümlerinin hangi yasaların uygulanacağına ilişkin son sözü söylemesi kaçınılmazdır. İnsanlar ahlaki haklar konusunda bir anlaşmazlığa düştüklerinde her iki tarafın da kendi düşüncesinin doğruluğunu kanıtlaması olanaksız olacaktır ve eğer anarşi istenmiyorsa bir karara varılmalıdır. Yine de bu genel geçer makul düşünce bir yasama ve yürütme [*enforcement*] felsefesinin başlangıcı olmalı ve ancak sonu olmalıdır. Biz Yönetim'in, yurttaşlarının hakları konusunda en doğru cevaplara ulaşması noktasında ısrarcı olamasak da en azından bunun için çaba göstermesi konusunda ısrarcı olabiliriz. Yönetim'in hakları ciddiye alması, bu hakların ne olduğuna ilişkin tutarlı bir teoriyi izlemesi ve kendi beyanlarıyla tutarlı davranması konusunda ısrarcı olabiliriz. Ben bunun ne anlama geldiğini ve güncel siyasal tartışmalarla nasıl ilişkilendirileceğini göstermeye çalışacağım.

2. HAKLAR VE YASAYI ÇİĞNEME HAKKI

Üzerinde en şiddetli tartışmaların yapıldığı konuyla başlamak istiyorum. Bir Amerikalının herhangi bir biçimde bir yasayı çiğnemeye ahlaki hakkı var mıdır? Kişinin bir yasanın geçerliliğini kabul ettiğini varsayın, bundan dolayı onun bu yasaya itaat etmek gibi bir ödevi de var mıdır? Cevaplamaya çalışanların iki kampa ayrıldığı söylenebilir. Kendilerini 'tutucular' [*conservatives*] olarak tanımladığım grubun üyeleri her türlü itaatsizliğin karşısında görünüyorlar; bu tür eylemlerin kovuşturulmasından memnuniyet duyuyorlar ve mahkûmiyet kararlarının bozulması onları hayal kırıklığına uğrattıyor. Diğer grubu oluşturan liberaller ise, hiç değilse bazı itaatsizlik durumlarına daha sıcak bakıyorlar; bazen kovuşturmalara karşı çıkıyorlar ve beraatlar onları sevindiriyor. Ancak bu duygusal reaksiyonların gerisine bakar ve her iki grubun kullandığı argümanlara dikkat edersek şaşırtıcı bir gerçekle karşılaşırız. Her iki grup da, onları sözüm ona bölen ilke sorusuna özde aynı cevabı verirler.

Her iki grubun da verdiği cevap şudur: Bir demokraside ya da hiç değilse ilkede bireylerin haklarına saygı duyan bir demokraside, her yurttaş, içlerinden bazılarının değiştirilmesini arzu etse de, bütün yasalara itaat etme, genel ahlaki ödevine sahiptir. O, istemedikleri halde onun yararına

olduğu için yasalara uyan diğer yurttaşlarına, bu ödevle yükümlüdür. Ancak bu genel ödev mutlak bir ödev değildir çünkü ilkede adil olan bir toplum bile, adaletsiz yasalar ve politikalar üretebilir ve bir insanın Devlet'e karşı ödevleri dışında da birtakım ödevleri de vardır. Bir insan Tanrı'ya ve vicdanına olan ödevlerini de yerine getirmelidir ve eğer bu Devlet'e karşı ödevleri ile çatırırsa hangisini yapmanın doğru olduğu konusundaki son hükmü vermeye de kendisi yetkilidir. Ancak bu kişi eğer yasaları çiğnemesi gerektiğine karar verirse, bu kez de diğer yurttaşlarına karşı olan ödevinin ahlaki yahut dini yükümlülükleri tarafından bastırıldığı ama söndürülmediği gerçeğini kabul ederek, devletin koymuş olduğu hüküm ve cezaya da razı olmalıdır.

Kuşkusuz bu genel cevap birçok farklı şekilde işlenebilir. Bazıları Devlet'e olan ödevleri temel olarak kabul ederler ve farklı düşünenleri dini ya da ahlaki fanatikler olarak resmederler. Diğer bazıları ise bu ödevleri aşağılayıcı terimlerle tanımlar ve bunlara karşı olanları ahlak kahramanları olarak resmederler. Ancak ben, bu farkların tonda olduğunu ve tanımladığım tavrın, belirli davalarda kendilerini sivil itaatsizlikten yana ya da ona karşıt olarak tartışır bulanların çoğunu temsil ettiğini düşünüyorum.

Ben, bunun herkesin bakış açısı olduğunu iddia etmiyorum. Devlet'e karşı olan ödevleri hiçbir zaman çiğnenmeyecek kadar yüksek bir yere koyanlar mutlaka olduğu gibi, en azından bugünün Birleşik Devletleri'nde bir insanın yasalara uymak gibi ahlaki bir ödevi olduğunu kesin olarak reddedenler de mutlaka vardır. Ancak bu iki ekstrem tavır çan eğrisinin kara uçlarıdır ve bu uçlar arasında kalanlar ise daha önce de tanımlamış olduğum genel geçer tavrı –insanların yasaya uymak gibi bir ödevleri vardır ancak bu ödevle çeliştiğinde vicdanlarını izlemek hakları vardır– kabul ederler.

Ancak durumu böyle kabul ettiğimiz zaman, aslında, bir ilke sorusuna aynı cevabı veren insanların belirli davalarda bu kadar fazla ve bu kadar şiddetli ayrılığa düşmeleri gibi bir paradoksla karşılaşırız. Hatta bu paradoks, her ikisinin kabul ettiği teorik tavrıla açıkça tutarsız bir tavır alan her bir taraf için, en azından bazı davalarda, daha da derinleşir. Bu durumun bir örneği bir kişinin askerlik görevinden kaçması ve diğer insanları da buna teşvik etmesi konusunda test edilmişti. Tutucular böyle kişilerin, içten bile olsalar, kovuşturulmaları gerektiğini iddia ettiler. Peki neden kovuşturulmalıydılar? Çünkü toplum onların eyleminin oluşturduğu ve teşvik ettiği hukuka saygıdaki düşüşü hoş göremezdi. Kısaca, bunlar ve

bunlar gibiler, yapmış olduklarını yapmalarına yönelik cesaretlerinin kırılması için yargılanmalıydılar.

Ancak burada da korkunç bir çelişki var gibi görünüyor. Eğer bir insan vicdanının kendisine yapmasını buyurduğu şeyi yapma hakkına sahipse, o zaman Devlet onu nasıl bunu yapmaktan men etmeye yetkili olabilir? İnsanların yapma hakkı olduğunu kabul ettiği bir eylemi yasaklamak ve cezalandırmak bir devlet için kötü bir şey değil midir?

Dahası, ahlaki inançtan dolayı yasaları çiğneyenlerin yargılanması gerektiğini iddia edenler yalnız tutucular değildir. Okul idarecilerinin yasaların yasakladığını yapmaya ahlaki hakları bulunduğunu kabul etmekle birlikte liberallerin, ırkçı okul idarecilerinin ırk ayrımının kaldırılmasını yavaşlatmalarına izin verilmesine karşı oldukları herkesçe bilinir. Liberallerin genelde, ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik yasaların hukuka olan genel saygıyı teşvik etmek adına uygulanması gerektiğini iddia etmedikleri doğrudur. Onlar bunun yerine ırk ayrımını kaldıran yasaların uygulanması gerektiğini, çünkü onların doğru olduklarını iddia ederler. Ancak bu tavır da tutarsızdır: Vicdanlarını izleme hakkını kabul ettiğimiz halde, insanları vicdanlarının gerektirdiği şeyi yaptıkları için kovuşturmak doğru olabilir mi?

Bu durumda da iki bulmaca ile baş başa kalıyoruz. Nasıl oluyor da iki taraf da diğeriyle aralarındaki derin uçurumun sebebi olarak gördükleri bir ilke sorununda aynı noktada buluşabiliyor? Nasıl oluyor da belirli sorunlar için her iki taraf da, anlaştıkları ilkesel tavırla apaçık çelişen çözümler üzerinde şiddetle ısrar edebiliyorlar? Olası cevaplardan birisi şu olabilir: Genel tavır sahiplerinin bazıları ya da tamamı ikiyüzlüdür, bunlar aslında onaylamadıkları vicdan hakkına göstermelik bir saygı beslemektedirler.

Bu suçlamada belli bir inandırıcılık vardır. Vicdana saygı gösterilmesini isteyen resmi yetkililer Muhammed Ali'nin kendi eyaletlerinde boks yapma hakkını reddettikleri zaman işin içine bir tür ikiyüzlülük karışmış olmalıdır. Eğer Ali, dini kaygılarına rağmen orduya katılmış olsaydı, bu yetkililerin saygı beslediklerini söyledikleri ilkelere göre, daha kötü bir insan olsa bile maç yapmasına izin verilecekti. Ancak bu örnekte olduğu gibi her şeyin apaçık meydanda olduğu çok az durum vardır ve burada bile yetkililer eylemleriyle ilkeleri arasında bir çelişkinin bulunduğunu kabul eder gibi görünmemişlerdir. Dolayısıyla, bizim, insanların sık sık söyledikleri şeyleri kastetmedikleri gerçeğinin ötesinde bir açıklamayı aramamız gerekiyor.

Daha derin açıklama, haklarla ilgili tartışmaları zora sokan bir dizi karışıklıkta yatmaktadır. Bu karışıklıklar başlangıçta belirttiğim tüm sorunları gölgelendirmekte ve haklara saygı gösteren bir Yönetim'in nasıl davranması gerektiğinin uygun bir kuramını geliştirmeye yönelik çabaları zayıflatmaktadır.

Bunu açıklamak için filozofların aşına olduğu fakat siyasal tartışmalarda genellikle göz ardı edilen 'hak' sözcüğünün farklı bağlamlarda farklı güce sahip olduğu gerçeğine dikkat çekmem gerekiyor. Çoğu durumda biz, bir kişinin bir şeyi yapmaya 'hakkı' olduğunu söylediğimiz zaman, onun bunu yapmasına müdahale etmenin yanlış olduğunu ya da en azından herhangi bir müdahaleyi haklı göstermek için bazı özel dayanakların gerekli olduğunu ima ederiz. Ben, sözgelimi, dilediğiniz takdirde paranızı, daha faydalı bir şekilde harcamanız gerekse bile, kumarda harcama hakkına sahip olduğunuzu söylediğim zaman hakkı güçlü anlamında kullanıyorum. Burada kastettiğim, sizin paranızı benim yanlış olduğunu düşündüğüm şekilde harcamaya niyetlenmeniz durumunda dahi, herhangi birisinin size müdahale etmesinin yanlış olduğudur.

Birisinin bir şeyi yapma hakkı olduğunu söylemekle, o şeyi yapmasının 'doğru' olduğunu ya da onu yapmakla yanlış bir şey yapmış olmayacağını söylemek arasında bu bakımdan açık bir fark vardır.* Kumar örneğinde olduğu gibi, bir kişi, yapmasının 'yanlış' olduğu bir şeyi yapma hakkına sahip olabilir. Buna karşıt olarak kişinin yapması doğru olan bir şey olabilir ve, bir başkası için onu çabasından alıkoymanın yanlış olmaması anlamında, onu yapma hakkına sahip olmayabilir. Ordumuzun yakaladığı bir düşman askeri tarafından yapılması doğru olan şeyin kaçmaya çalışmak olduğunu söyleyebiliriz, ama bunun devamında bizim için onu durdurmaya çalışmanın yanlış olduğunu söylemeyiz. Kaçmaya çalışmasını takdir edebiliriz, hatta bunu yapmaması halinde gözümüzdeki değerini kaybedebilir de. Ancak burada ona engel olmamızın yanlış olduğu düşüncesi aklagelmez; tam tersine, eğer amacımızın doğru olduğunu düşünüyorsak onu durdurmak için yapabileceğimiz her şeyi yapmanın da bizim için doğru olduğunu düşünürüz.

Bir kişinin bir şeyi yapma hakkına sahip olup olmadığı ve bu kişinin o şeyi yapmasının doğru olup olmadığı sorunları arasındaki bu ayrım genellikle sorun çıkarmaz. Ama bazen sorun çıkardığı da olur, çünkü bazen

* Dworkin, İngilizce'de 'right' sözcüğü hem 'hak' hem de 'doğru' anlamlarına geldiği için, konunun üzerinde böylesi ayrıntıyla duruyor.

biz, bir kişinin bir şeyi yapma hakkı olduğunu yalnızca bu kişinin o şeyi yapmasının yanlış olduğunu reddetmek kastıyla söyleriz. Böylece biz yakalanmış askeri durdurmamızın yanlış olduğunu değil de, onun buna kalkışmama gibi bir ödevi olmadığını kastettiğimiz zaman, onun kaçma-ya çalışma 'hakkı'na sahip olduğunu söylemiş oluyoruz. 'Hak' sözcüğünü bu şekilde, birinin kendi ilkeleri doğrultusunda hareket etme hakkına sahip olduğundan ya da kendi vicdanına uyma hakkı olduğundan söz ederken kullanıyoruz. Yani biz onun içten inançlarına göre hareket etmesinin, biz onunla bu inançlar konusunda hemfikir olmasak da ve hatta siyasi ya da başka nedenlerden ötürü onu bu inançlarının tersine hareket etmeye zorlamamız gerekse bile, yanlış olmadığını kastediyoruz.

Ekonomik girişimleri zayıflattığından ötürü fakirlere yapılan yardım ödemelerinin temelden yanlış olduğuna inanan ve bu yüzden her yıl gelirinin tamamını beyan ettiği halde bu verginin yarısını ödemeyi reddeden bir kişi düşünün. Biz, dilediği takdirde onun ödemeyi reddetme hakkına sahip olduğunu söyleyebiliriz, ancak Yönetim'in de verginin tamamını tahsil etmek için bu adam aleyhine takipte bulunma ve tahsilat sisteminin verimli bir şekilde çalışmasının devamı için gerekirse onu para cezasıyla cezalandırma ya da cezaevine gönderme hakkı vardır. Biz çoğu durumda şu yolu takip etmiyoruz; sıradan hırsızın cezasını ödediği sürece dilerse hırsızlık etme hakkına sahip olduğunu söylemiyoruz. Biz bir kişinin, Devlet'in onu cezalandırma hakkına sahip olması halinde dahi yasaları çiğneme hakkına sahip olduğunu, yalnızca inançlarından dolayı böyle davranmakla yanlış yapmadığını düşündüğümüz zaman, söylüyoruz.²

Bu ayrımlar bizim, genel geçer sorudaki, bir kişi herhangi bir biçimde yasaları çiğneme hakkına sahip midir sorusundaki, belirsizliği görebilmemizi sağlıyor: Sorulmak istenen, güçlü anlamda, onun herhangi bir biçimde yasaları çiğneme gibi bir hakkı olup olmadığı böylece Yönetim'in onu tutuklayarak ya da kovuşturarak durdurmasının yanlış olup olmadığı mıdır? Yoksa, sorulmak istenen, onun yasaları çiğnemekle, Yönetim kendisini hapsedecek olmasına rağmen, ona saygı duymamızı gerektiren doğru bir şey yapıp yapmadığı mıdır?

2) Bir hakka sahip olma kavramını bazen diğerlerinin bir eyleme müdahale etmemeleri gerektiğini ve bir eylemin yapılmasının yanlış olmadığını ifade etmek için kullanıyor oluşumuza şaşırmamak gerekir. Genellikle, bir kişi sözelimi bir başkasına fiziksel saldırı gibi bir hakka sahip *olmadığı* zaman, o şeyin yapılmasının doğru olmadığı da, diğerlerinin onu zorla değilse bile uyarı yoluyla durdurmaya yetkili oldukları da –yani *her ikisi de*– doğrudur. Dolayısıyla, bir kişinin bir hakka sahip olduğunu, bu sonuçlardan *her birini* olduğu kadar, her ikisini de reddetmeyi kastettiğimizde, söylememiz doğaldır.

Eğer birinci –ve en önemli soru– için genel geçer tavrı alırsak, daha önce de söz ettiğim paradokslar ortaya çıkar. Ancak onu ikinci soru için bir cevap olarak aldığımızda, ortaya çıkmazlar. Tutucular ve liberaller bazen bir insanın vicdanı öyle gerektirdiği zaman bir yasayı çiğnemekle yanlış bir şey yapmadığı konusunda anlaşılır. Anlaşmazlığa düştükleri nokta, Devlet'in tavrının ne olması gerektiği farklı sorunudur. Her iki grup da bazen Devlet'in kovuşturma yapması gerektiğini düşünür. Ancak bu, kovuşturulan kişinin yasaları çiğnemekle doğru bir şey yaptığı önermesiyle çelişik değildir.

İki soru genellikle birbirlerinden ayrılmadığı için paradokslar gerçek gibi görünüyor ve genel geçer tavrı, sivil itaatsizlik sorununa karşı genel bir çözüm olarak sunuluyor. Ancak bir kez ayırım yapıldığı zaman ortaya çıkıyor ki, bu tavrın böylesi geniş kabul görmesinin nedeni, takınıldığı zaman birinci soruya değil, yalnızca ikinci soruya cevap olarak ele alınmasıdır. Bu yaşamsal ayırım sorunlu bir vicdan hakkı düşüncesi tarafından karartılır; bu düşünce en güncel siyasi yükümlülük tartışmalarının merkezinde yer almakla birlikte bizi çok önemli siyasi tartışmalardan uzaklaştırır. Bir insanın vicdani durumu, sorun, bu insanın yasaları çiğnemekle ahlaken yanlış yapıp yapmadığı olduğunda, belirleyici ya da merkezi olabilir, ancak sorun, terimin güçlü anlamıyla, onun böyle bir şeyi yapma hakkına sahip olup olmadığı ise, vicdani durumun belirleyici ya da merkezi olmasına gerek yoktur. Bu anlamda, bir kişi vicdanı her ne buyurursa onu yapma hakkına sahip değildir ancak bu anlamda vicdanı buyurmasa da bir şey yapma hakkına sahip olabilir.

Eğer bu doğru ise, hemen herkesin sormayı kastettiği soruları cevaplamak için neredeyse hiçbir ciddi çaba harcanmadı demektir. Biz bu soruları daha açıkça ortaya koyarak taze bir başlangıç yapabiliriz. Bir Amerikalı herhangi bir biçimde, güçlü anlamda yasalara aykırı bir şey yapma hakkına sahip midir? Eğer sahipse, ne zaman? Bu soruları bu biçimde cevaplamak için, daha önce de söz edilen yurttaşların yönetimlerine karşı en azından bazı hakları olduğu düşüncesinin ima ettikleri hakkında daha açık olmaya çabalamalıyız.

Birleşik Devletler yurttaşlarının varsayımsal olarak, Yönetim'lerine karşı belli temel haklara, Anayasa tarafından yasal haklara dönüştürülen belli ahlaki haklara sahip olduklarını söylemiştim. Eğer bu tez anlamlı ve övgüye layık ise, demek ki bu haklar tam da benim sözünü etmiş olduğum güçlü anlamdaki haklar olmalıdır. Yurttaşların ifade özgürlüğü hakkına sahip oldukları iddiası, Yönetim'in, onların söyleyecekleri şeyin yarardan

çok zarar getireceğine inanması durumunda bile, onların konuşmalarını engellemesinin yanlış olduğunu ima ediyor olmalıdır. İddia, savaş esiri benzetmesine paralel olarak, yurttaşların yalnızca, Yönetim onların konuşmalarını engelleme hakkını elinde tutmasına rağmen, düşündüklerini söylemekle yanlış bir şey yapmış olmayacakları anlamına gelmez.

Bu çok önemli bir nokta ve ben üzerinde durmak istiyorum. Kuşkusuz sorumluluk sahibi bir Yönetim yaptığı bir şeyi, özellikle de yurttaşlarının özgürlüklerini sınırlandıran bir şeyi, haklılaştırmaya/gerekçelendirmeye hazırlıklı olmalıdır. Ancak, normalde bir eylemin, özgürlüğü sınırlayıcı bir eylem olsa dahi, filozofların genel yarar dedikleri şeyi artırdığı, yani toplamda zarardan fazla yarar sağladığı hesaplanmışsa, bu yeterli bir gerekçedir. Dolayısıyla, eğer New York şehri yönetimi motorlu araç sürücülerinin Lexington Bulvarı'nda araç kullanmalarını yasaklamak için bir gerekçeye ihtiyaç duyuyorsa, ilgili idarecilerin, sağlam delillere dayanarak, bu durumda çoğunluğun çıkarının azınlığın rahatsızlığından fazla olacağına inanmaları yeterli bir gerekçedir. Ancak, bireylerin yönetimlerine karşı ifade özgürlüğü gibi hakları olduğu söylendiğinde, bu, böyle haklılaştırmaların yeterli olmadığı anlamına geliyor olmalıdır. Aksi halde bu iddia bireylerin, hakları söz konusu olduğunda, yasalar karşısında özel bir korunmaya sahip olduklarını ileri sürmüyor demektir, ki iddianın aslı tam olarak budur.

Hukuki hakların tamamı, hatta Anayasal haklar, Yönetim karşısında sahip olunan ahlaki hakları temsil etmezler. Ben bugün Elli Yedinci Cadde'de her iki yönde de araç kullanma hukuki hakkına sahibim, ancak Yönetim böyle yapmanın genelin çıkarına olduğunu düşündüğü takdirde yolu tekyönlü yapmakla yanlış bir şey yapmış olmayacaktır. İki yılda bir bir senatöre oy vermek anayasal hakkımdır ama ulusal ve eyalet yönetimleri, genel yarara uygun olduğu hükmüne dayanarak, Anayasa'yı değiştirme prosedürünü uyguladıktan sonra bir senatörün görev süresini iki yerine dört yıla çıkarsalardı yanlış bir şey yapmış olmazlardı.

Ancak temel haklar dediğimiz ifade özgürlüğü hakkı gibi anayasal hakların Yönetim karşısında sahip olunan güçlü anlamda temel hakları ifade ettiği varsayılır; bu da bizim hukuk sistemimizin yurttaşların temel haklarına saygı gösterdiğinden ötürü gurur duyulan yönüdür. Eğer yurttaşlar bir ifade özgürlüğü ahlaki hakkına sahipse, o takdirde yönetimler bu hakkı garanti altına alan Birinci Değişikliği yürürlükten kaldırmakla, ifadenin kısıtlanmasıyla çoğunluğun durumunun daha iyi olacağına inan-salar bile, yanlış bir şey yapmış olurlar.

Bu noktayı abartmamalıyım. Yurttaşların yönetimlerine karşı bir hakkı olduğunu iddia eden birisinin Devlet'in bu hakkı engellemeyi 'asla' haklılaştıramayacağını söyleyecek kadar ileri gitmesine gerek yoktur. O, örneğin şunu söyleyebilir, yurttaşlar ifade özgürlüğü hakkına sahip olmakla birlikte Yönetim diğerlerinin haklarını korumak ya da bir felaketin önünü almak, hatta açık ve çok büyük bir toplumsal çıkar elde etmek için (her ne kadar o, bu sonuncuyu olası gerekçelerden biri olarak kabul etmesi halinde söz konusu hakka en önemli ya da temel haklardan biri değilmiş gibi yaklaşmış olacak olsa da) gerekli olduğu zaman bu hakkı engelleyebilir. Onun yapamayacağı, Yönetim'in bir hakkı engellemeyi, böyle bir hak hiç olmasaydı yeterli olacak asgari temellerde, haklılaştırmabileceğini söylemektir. O, Yönetim'in hareketinin muhtemelen, geniş düşünüldüğünde, toplumun yararına olacağı hükmünün ötesinde bir dayanak gerekmeden harekete yetkilendirildiğini söyleyemez. Böyle bir kabul onun hak iddiasını anlamsızlaştırır ve onun 'hakkı' normalde vermesi gerekli olan siyasi önem için zorunlu olan güçlü anlamından başka anlamda kullandığını gösterir.

Ancak o zaman bizim itaatsizlikle ilgili iki sorumuza verilen cevaplar, eğer genel geçer değillerse, açık görünüyorlar. Toplumumuzda bir kişi, bazen güçlü anlamda bir yasaya itaat etmeme hakkına sahiptir. O, bu hakka, yasa kendisinin Yönetim'e karşı haklarına yanlış biçimde müdahale ettiği her zaman sahip olur. Eğer o, ifade özgürlüğü ahlaki hakkına sahipse, onun bu hakkı nedeniyle Yönetim'in yasalaştırmaya hakkı olmadığı herhangi bir yasayı, çiğneme ahlaki hakkına da sahiptir. Yasalara karşı gelme hakkı, vicdanın gereği olarak bir şeyi yapmak, ayrı bir hak değil, Yönetim'e karşı diğer haklara eklidir. O yalnızca Yönetim'e karşı sahip olunan hakların bir özelliğidir ve, ilkesel olarak bu tür hakların varlığını inkâr etmeksizin, inkâr edilemez.

Yönetim karşısında sahip olunan hakları daha önce anlattığım güçlü anlamda haklar olarak ele alırsak, bu cevaplar açıklığa kavuşurlar. Eğer ben siyasi konularda düşündüklerimi söyleme hakkına sahipsem, Yönetim bunu genelin çıkarına uygun görse dahi, benim bu eylemi yapmamı yasadışı hale getirmekle yanlış yapmış olur. Dahası, eğer Yönetim benim eylemimi yasadışı hale getirirse, o takdirde yasayı bana karşı dayatmakla yanlışında bir adım daha ileri gitmiş olur. Benim Yönetim karşısında bu hakka sahip olmam, Yönetim'in beni konuşmaktan menetmesinin yanlış olduğu anlamına gelir; Yönetim, yalnızca ilk adımı atmış olmakla, beni menetmesini haklı kılamaz.

Bu bize, elbette, kişilerin yönetimleri karşısında tam olarak hangi haklara sahip olduklarını bildirmez. Bu bize ifade özgürlüğü hakkının, gösteri hakkını içerip içermediğini de söylemez. Ancak bu, bir yasayı meclisten geçirmenin kişilerin sahip oldukları bu tür hakları etkileyemeyeceği anlamını taşır ve son derece önemlidir, çünkü sivil itaatsizlik söz konusu olduğunda bir bireyin kendi kişisel kararı doğrultusunda tavır almaya yetkili olduğunu buyurur.

Liberaller de tutucular da genel olarak makul bir toplumda herkesin yasalara –onlar her ne olursa olsun– itaat etmek gibi bir ödevi olduğunu varsayarlar. Bu genel geçer tavrıdaki ‘genel ödev’ koşulunun kaynağıdır ve liberaller bu ödevin bazen ‘engellenebileceğine’ inansalar, hatta bunu varsaysalar bile, genel geçer tavrın gereği olarak itaat ödevi gömülü bir biçimde kalacağından, bir kişinin bu ödevi tanıyarak cezayı kabul etmekle iyi edeceğini düşünürler. Ancak bu genel ödev, hakları tanıyan bir toplumda neredeyse saçmadır. Eğer bir insan gösteri yapma hakkı olduğuna inanıyorsa, bir yasa yararına olsun ya da olmasın, Yönetim’in kendini durdurmasının yanlış olduğuna da inanmalıdır. Eğer buna inanmaya hakkı varsa o zaman böyle bir yasaya itaat ödevi ya da Yönetim’in vermeye hakkı olmadığı bir cezayı kabul etme ödevinden bahsetmek aptalcadır.

Tutucular onların konumlarını bir çırpıda halletmeme karşı çıkacaklardır. Onlar, hatta, Yönetim’in kabul etmesinin yanlış olduğu bir yasayı –örneğin, ifadeyi kısıtlayan bir yasa– kabul etmesi durumunda, bir kez kabul edilmiş yasaların dayatılmasında Yönetim’in bağımsız birtakım nedenleri bulunduğu için haklılaştırıldığını iddia edeceklerdir. Onlar, yasa gösterileri yasaklamışsa, artık bireyin ifade hakkından daha önemli bir ilkenin, yani hukuka saygı ilkesinin gündeme geldiğini iddia ederler. Eğer bir yasa, kötü bir yasa bile olsa, uygulanmadan bırakılırsa, hukuka saygı azalır ve toplum bütünüyle bundan zarar görür. Dolayısıyla, bir birey, ifade suç kapsamına alındığında ifade hakkını yitirir ve Yönetim ortak çıkar [*common good*] ve genel yarar [*general benefit*] için yasayı onun aleyhine dayatmalıdır.

Ancak bu argüman popüler olsa da yalnızca bizim, bir bireyin Devlet karşısında bir hakka sahip oluşunun ne anlama geldiğini unutmamız halinde inandırıcıdır. Sivil itaatsizliğin hukuka saygıyı azalttığı gerçeklikten uzaktır, böyle olduğunu varsaysak bile bu gerçek konu dışıdır. Yararcı getiri beklentisi, bir kişiyi yapmaya hakkı olduğu bir şeyi yapmaktan alıkoymayı haklılaştırılmaz ve hukuka saygı içinde varsayılan getiriler de tama-

men yararçı getirilerdir. Bizim birey haklarına saygı duymamız, bir özveri içermedikçe övünülecek bir şey değildir ve söz konusu özveri bizim, bu hakların sakıncalı bulundukları zaman engellenmelerinin ülkemize getireceği marjinal çıkarlar ne olursa olsun, bir kenara bırakmamızdır. Dolayısıyla, genel yarar, söz konusu yarar, artan bir hukuka saygı olsa bile, haklardan mahrum etmek için iyi bir zemin değildir.

Ancak ben hukuka saygı argümanının yalnızca genelin yararını esas alan bir argüman olduğunu varsaymakla sanırım yanlış yapmış olurum. Bir devletin belki başka zeminlerde hakları engellemesinin ya da kısıtlamasının haklılaştırılabileceğini söylemiştim ve biz, tutucu tavrı reddetmeden önce, bu başka zeminlerin herhangi birinin uygulanıp uygulanmayacağını araştırmalıyız. Bu başka zeminlerin en önemlisi –ve en az iyi anlaşılanı– söz konusu hakkın kısıtlanmaması halinde tehlikeye düşecek olan *yarışan haklar* kavramını akla getirmektedir. Yurttaşlar, Yönetim’in müdahalesinden bağımsız olmak üzere sahip oldukları kişisel haklar kadar, Yönetim tarafından korunması gereken haklara da sahiplerdir ve Yönetim’in hakların bu iki türü arasında bir seçim yapması gerekebilir. Örneğin, iftira yasası [*law of defamation*] herhangi bir insanın düşüncesini söyleme kişisel hakkını kısıtlar, çünkü bu onun söylediği şeyler için sağlam zeminlere sahip olmasını gerektirir. Ancak bu yasa diğerlerinin itibarlarının dikkatsiz bir beyanla mahvedilmemesi hakkını koruduğu gerçeğinden ötürü, onun bir kişisel hakkı elden aldığını düşünenler için bile, haklılaştırılır.

Toplumumuzun kabul ettiği bireysel haklar bu biçimde sık sık çelişirler ve bu durumlarda ayırım yapmak Yönetim’in işidir. Eğer Yönetim doğru seçim yapar ve daha önemli olanı, daha az önemli olan pahasına korursa, böylelikle hak kavramını zayıflatmamış ya da ucuzlatmamış olur; daha önemli olanı korumayı başaramadığı aksi durumda ise bunu yapmış olurdu. Dolayısıyla, bizim, Yönetim’in –bir yarışan hakkın daha önemli olduğuna makul biçimde inanması durumunda– hakları sınırlandırmasının bir mantığı olduğunu kabul etmemiz gerekir.

Tutucu bu gerçeği iyice kavrayabilir mi? O, argümanlarını genel yararı esas alan bir tarzda karakterize etmekle benim yanlış yaptığımı, çünkü argümanlarının bunun yerine yarışan hakları, yani çoğunluğun sahip olduğu yasaların uygulanması ahlaki hakkını ya da toplumun arzu ettiği düzen ve güvenlik düzeyinin korunması hakkını, esas aldığını iddia edebilir. Onlar bireyin, haksız yasanın yasakladığı şeyi yapma hakkına karşıt olarak tartılması gereken hakların, işte bu haklar olduklarını söyleyeceklerdir.

Ancak bu yeni argüman karışıktır, çünkü hakların dilindeki bir başka belirsizliğe dayanır. Toplumun istediğini yapma hakkından söz ettiğimiz doğrudur, ancak bu Yönetim'e karşı olan bir hakka el konulmasını haklılaştıracak türden bir 'yarışan hak' olamaz. Yönetim'e karşı sahip olunan hakların varlığı, Yönetim'in bu türden hakları demokratik bir çoğunluğun hakkına baş vurarak, çoğunluğun iradesine göre iş yapmak için çiğneyebilecek olması durumunda tehlikeye düşer. Yönetim'e karşı sahip olunan bir hak, bir şeyin, çoğunluk onun yapılmasının yanlış olduğunu düşünse bile, hatta yapılması halinde çoğunluğun durumu kötüleşecek bile olsa, yapılması hakkı olmalıdır. Eğer şimdi biz toplumun, genel yarar dahilinde her ne olursa yapmaya ya da çoğunluğun yaşamak istediği, her ne türden olursa olsun çevreyi korumaya hakkı olduğunu söylersek, ve bu hakların Yönetim'e karşı sahip olunan haklardan kendileriyle çelişmesi olası olanların geçersiz kılınması için gerekli haklılaştırmayı sağlayan türden haklar olduklarını ifade edersek, böylelikle (yönetime karşı) sonraki hakları yok saymış oluruz.

Bu hakları korumak için, sadece bireyler olarak toplumun diğer üyelerinin haklarının, yarışan haklar olduğunu kabul etmeliyiz. Bireysel hakları geçersiz kılmak için bir haklılaştırma sayılamayacak olan çoğunluk 'hakları' ile, pekâlâ böyle sayılabilen çoğunluğun üyelerinin kişisel haklarını birbirinden ayırmalıyız. Kullanmamız gereken ölçüt budur. Bir kişi, bireysel eylem hakkına karşı yarışan korunma hakkına, eğer bu kişi kendisiyle aynı konumdaki yurttaşlarının çoğunluğunun bu talebe katılıp katılmayacağına aldırmaksızın bir birey olarak kendi adına [title] yönetiminden korunma talebine yetkili ise, sahiptir.

Bu teste göre, bir kişinin ulusun bütün yasalarını uygulamak gibi bir hakkı olduğu doğru değildir. Örneğin, o yalnızca, eğer önceden yasa değilse, yasalaştırılmalarını sağlama hakkına sahip olabileceği ceza yasalarını uygulamak hakkına sahiptir. Kişisel saldırıya (müessir fiile) karşı konulan yasaları bu türden saymak uygundur. Toplumun saldırıya açık –kişisel şiddete karşı polis korumasına gereksinmesi olan– üyeleri yalnızca küçük bir azınlık bile olsalardı, bunların bu korunmaya hakları [entitled] olduğunu söylemek makul olurdu. Ancak kamusal alanlarda belli bir güvenlik düzeyi sağlayan ya da başka ülkelere açılacak bir savaşa yetki veren ve fiyans eden yasaların bireysel haklara bırakılması düşünülemez. Chicago sokaklarındaki ürkek hanımefendi ne şu an kendisine sunulmakta olan güvenlik düzeyini belirleme ne de onayladığı bir savaş için çocuklarını askere aldirmaya yetkilidir. Ona bu avantajları sağlayan yasalar –belki

arzu da edilen yasalar– vardır, ancak bu yasaların haklılaştırılması, eğer bir biçimde haklılaştırılabilirlerse, büyük bir çoğunluğun ortak arzusudur, onun kişisel hakkı değildir. Dolayısıyla, bu yasaların bir başkasının ahlaki protesto hakkını ya da onun kişisel güvenlik hakkını kısıtlaması durumunda, kısıtlamayı haklılaştıran bir ‘yarışan hak’ iddiasında bulunamaz. O, bu tür yasaların ne Kongre’den geçirilmesi ne de uygulatılması hakkına sahiptir.

Dolayısıyla, tutucu, argümanını ‘yarışan haklar’ zemininde çok ilerletemez ancak başka bir zemin kullanmak isteyebilir. O, Yönetim’in, tehlikeli bir durumda [*emergency*], ya da çok büyük bir kaybın önlenilebileceği ya da belki çok büyük bir yararın açıkça güvence altına alınabileceği zamanlarda, yurttaşlarının haklarını kısıtlamasının haklılaştırılabileceğini iddia edebilir. Bir ülkenin savaş halinde olması durumunda, bir kişinin siyasi tartışmalarda düşündüğünü söyleme hakkını elinden alsa da, bir sansür yasası haklılaştırılabilir. Ancak tehlikeli durum gerçek olmalıdır. Oliver Wendell Holmes’un tanımladığı gibi, açık ve yakın bir tehlike olmalı ve tehlike belli bir büyüklükte olmalıdır.

Tutucu, herhangi bir yasa geçtiğinde, yanlış bir yasa olsa bile, yasanın uygulanması için bu tür bir haklılaştırmanın mümkün olduğunu iddia edebilir mi? Onun argümanı şöyle bir şey olabilir. Eğer Yönetim bir kez yanlış olabileceğini itiraf ederse –aslında önemli hakları kısıtlayan bir yasayı, yasamanın kabul edebilmiş, yürütmenin benimsemiş ve mahkemelerin ayakta tutmuş olması– o zaman bu itiraf yalnızca hukuka saygıda pek az bir düşüşe değil, bir düzen krizine yol açacaktır. Dolayısıyla, Yönetim, bir yasa geçirilmeden ve mahkemelerce desteklenmeden önce bir yurttaşın haklarının neler olabileceği üzerinde ısrarla durmalı, daha sonra da onun hakları bu yasayla saptanmalıdır.

Ancak bu argüman ne olabileceği ile ne olacağı arasındaki asli ayrımı göz ardı etmektedir. Eğer biz tehlikeli durum ya da kesin yararı haklılaştıran spekülasyonlara izin verirse, yine hakları yok etmiş oluruz. Learned Hand’in dediği gibi, bir kötülüğün gelme olasılığıyla tehdit eden kötülüğün ağırlığını azaltmalıyız. Ben gerçekleştiricilerinin ahlaki durumlarına saygıdan bir sivil itaatsizliği hoş görmenin, genel suçu artırmak şöyle dursun, bu tür sivil itaatsizliği artırma sonucu doğuracağına ilişkin gerçek bir kanıt bilmiyorum. Gelecek durum adi suçların sirayetine ilişkin belirsiz varsayımlara, kendileri kanıtlanmamış ve herhangi bir olayda büyük ölçüde ilgisiz varsayımlara dayanacaktır. Hoşgörünün yetkililere ve onların ilan ettiği kanunların büyük çoğunluğuna saygıyı artıracığı ya da en azından

artmakta olan saygısızlığın artışını yavaşlatacağını iddia etmek makul görünmektedir.

Eğer sorun yalnızca toplumun katı yasa dayatması altında biraz daha iyi olup olmayacağı olsaydı, o zaman Yönetim'in elimizdeki kanıta göre karar vermesi gerekecekti, ve onun her şeyi hesaba katarak böyle karar vermesi mantıksız olmayabilirdi. Ancak haklar tehlikede olduğundan, sorun hoşgörünün toplumu yok edip etmeyeceği ya da onu büyük bir zararla tehdit edip etmediğinden çok farklıdır, ve kanıtın bunu muhtemel, hatta makul kılması bile bana saçma görünmektedir.

Tehlikeli durum argümanı farklı bir biçimde de karıştırılır. Bu argüman Yönetim'in, ya bir kişinin hiçbir zaman yasayı çiğneme hakkına sahip olmadığı ya da daima sahip olduğu biçiminde bir tavır alması gerektiğini varsayar. Bir biçimde hakları tanıdığını iddia eden bir toplumun her durumu kapsayan bir yasaya itaat etme genel ödevi düşüncesinden vazgeçmesi gerektiğini söylemiştim. Bu önemlidir, çünkü bir yurttaşın hak talebini karşılayan kestirme bir yol olmadığını göstermektedir. Bir yurttaş askerlik yapmamak gibi bir ahlaki hakkı olduğunu iddia ya da bunu etkili gördüğü bir şekilde protesto ettiğinde, yalnızca itaat için coplayan değil ona cevap vermek isteyen bir yönetici, kesin olmak bir yana, özel bir ağırlığa sahip olarak zorunlu askerlik yasasını ya da bir Yüksek Mahkeme kararını gösteremez bile; onun ileri sürdüğü belirli noktaya karşılık vermelidir. Bazen yurttaşın ahlaki argümanlarının iyi niyetli olduğunu düşünen bir yetkili yurttaşın isteminin makul hatta doğru olduğuna ikna olabilir. Ancak bu onun her zaman ikna olabileceğini ya da ikna olması gerektiğini göstermez.

Bütün bu önermelerin güçlü anlamda hak ile ilgili olduklarını ve bu yüzden doğru şeyi yapma konusunda önemli soruları açık bıraktıklarını vurgulamalıyım. Bir kişi yasayı çiğneme hakkına sahip olduğuna inanıyorsa, bu kez de bu hakkı kullanmakla doğru olanı yapıp yapmadığını sorgulamalıdır. O, mantıklı insanların, onun Yönetim karşısında bir hakka, dolayısıyla sahip olduğunu düşündüğü kanunu çiğneme hakkına sahip olup olmadığı konusunda farklılık gösterebileceklerini ve dolayısıyla bu makul insanların iyi niyet doğrultusunda ona karşı çıkabileceklerini hatırlarında tutmalıdır. Eylemlerinin sebep olacağı farklı sonuçları, şiddet içerip içermediklerini ya da içinde bulunulan durumun ortaya çıkardığı ilgili diğer düşünceleri hesaba katmalı, iyi niyet iddiası ile kullanabileceği hakların ötesine geçip diğerlerinin haklarına tecavüz etmemelidir.

Öte yandan, eğer bir görevli, örneğin bir savcı, yurttaşın yasayı çiğneme hakkına sahip *olmadığını* düşünüyorsa, o da yasayı uygulamakla doğru

olan şeyi yapıp yapmadığını sorgulamalıdır. 8. Bölüm’de ben hukuk sistemimizin belirli özelliklerinin, özellikle de hukuki ve ahlaki sorunların Anayasa’mızda kaynaştırılmış olmasının, yurttaşların sıklıkla yasayı çiğneme ahlaki hakkı olarak algıladıkları şeyleri yapmakla doğru yaptıkları ve savcılarının sıklıkla onları bu yüzden kovuşturmakta zafiyet göstermekle doğru şeyi yaptıkları anlamına geldiğini iddia ediyorum. O tartışmaları buraya taşımayacağım; bunun yerine ben, Yönetim’in yurttaşlarının haklarını ciddiye alma gereğinin, bu hakların ne oldukları kritik sorusuyla bir ilgisi olup olmadığını sormak istiyorum.

3. TARTIŞMALI HAKLAR

Argüman şimdiye değin varsayımsaldı: Eğer bir kişi Yönetim karşısında belli bir ahlaki hakka sahipse, bu hak yasama ya da yargılamaya [*adjudication*] karşıt olarak var olur mu. Ancak bu bize kişinin sahip olduğu hakların ne olduğunu söylemez ve makul kişilerin bu konudaki anlaşmazlığı herkesçe bilinmektedir. Bazı apaçık durumlar üzerinde geniş bir uzlaşma vardır; haklara bir biçimde inancı olan hemen herkes, sözgelimi bir kişinin tahrik edici olmayan bir yolla siyasi konularda düşüncesini ifade etme ahlaki hakkına sahip olduğunu ve bunun Yönetim’in büyük sıkıntıları göze alarak koruması gereken önemli bir hak olduğunu kabul edecektir. Ancak bu tür örnek [*paradigm*] hakların sınırları hakkında çok büyük anlaşmazlıklar vardır ve son on yılın ünlü ‘Chicago Seven’ davasını kapsamına alan sözüm ona ‘isyan-önleme’ [*anti-riot*] yasası buna tam bir örnektir.

Sanıklar isyan çıkarmak kastıyla eyalet sınırlarını geçmeye yönelik plan yapmakla suçlandılar. Bu isnat muğlaktır –belki anayasaya aykırı olacak kadar muğlaktır– ancak yasa açıkça siyasal eşitliği korumak için şiddetin meşru olduğunun iddia edildiği duygusal konuşmaları suç olarak tanımlamaktadır. İfade özgürlüğü hakkı bu türden bir konuşmayı korur mu? Bu elbette hukuki bir sorundur, çünkü Anayasa’nın Birinci Değişikliği’ndeki ifade özgürlüğü koşuluna başvurur. Ancak bu aynı zamanda ahlaki bir sorundur da, çünkü, daha önce de belirttiğim gibi, Birinci Değişikliği bir ahlaki hakkı koruma çabası olarak görmemiz gerekir. Yönetim görevinin bir bölümü de yasalar ve adli kararlarla ahlaki hakları ‘tanımlamak’, yani hukukta ahlaki haklara sahip olma kapsamını resmen bildirmektir. Kongre ‘isyan-önleme’ yasa tasarısının oylanması sırasında bu görevle karşı karşıya

kaldı ve Yüksek Mahkeme sayısız davada onunla karşıya geldi. Yönetimin farklı organları ahlaki hakları tanımlamada nasıl bir yol izlemelidir?

Bunlar verecekleri kararların, yanlış olabileceği düşüncesiyle işe başlamalıdır. Tarih ve ardılları onları, kendileri doğru olduklarını düşündükleri zamanlarda adaletsizlik etmiş olmakla suçlayabilir. Eğer görevlerini ciddiye alıyorsa, hatalarını sınırlandırmaya, bunun için de hata tehlikelerinin nerede olduğunu bulgulamaya çalışmalılar.

Bu amaç için iki çok farklı modelden birini seçebilirler. İlk model bireyin hakları ile geniş anlamda toplumun talepleri arasında bir denge kurulmasını önerir. Eğer Yönetim bir ahlaki hakka (örneğin ifade özgürlüğü hakkını adaletin gerektirdiğinden daha dar anlamda tanımlayarak) *tecavüz ederse*, bu durumda bireye haksızlık etmiş olur. Öte yandan, eğer Yönetim bir hakkı (onu adaletin gerektirdiğinden daha geniş tanımlayarak) *şışirir*se, bu sefer de toplumu güvenli sokaklar gibi, sahip olmaması için hiçbir nedenin olmadığı bir genel çıkardan yoksun bırakarak aldatmış olur. Demek ki, bir taraftaki hata, en az diğer taraftaki hata kadar ciddidir. Genel iyi ile kişisel hakları dengelemek, her birine hak ettiği kadarını vermek için Yönetim orta yoldan ilerlemelidir.

İlk modele göre, Yönetim ya da onun organlarından birisi, bir hakkı tanımlarken farklı önerilerin sosyal maliyetini akılda tutmalı ve gerekli ayarlamaları yapmalıdır. Örneğin o, gürültülü gösterilere, sakin siyasi tartışmalara verilen serbestinin aynısını vermemelidir, çünkü ilki ikincisinden çok daha büyük sıkıntılara neden olur. Bir hakkı ne kadar tanıyacağına bir kez karar verdikten sonra, kararını tamı tamına uygulamalıdır/dayatmalıdır. Bu, bir bireyin, Yönetim'in onları tanımladığı şekilde hakları çerçevesinde, ancak öteye geçmeksizin, hareket etmesine izin vermek, böylece vicdani gerekçelerle bile olsa birisi hukuku çiğnerse cezalandırılmalıdır, demektir. Kuşkusuz her Yönetim hatalar yapacaktır ve artık bir kez alınmış olan kararlardan pişmanlık duyacaktır. Bu kaçınılmazdır. Ancak bu orta yol politikası uzun vadede bir taraftaki hataların diğer taraftakilerle dengeleneceğini garanti eder.

Bu biçimde tanımlanan ilk model oldukça büyük bir inandırıcılığa sahiptir ve sanıyorum ki hukukçuların ve meslekten olmayanların çoğu ona sıcak bakabilecekti. Kamu yararının kişisel taleplere karşı dengelenmesi metaforu, bizim siyasi ve hukuki retorikimiz üzerine bina edilir ve bu metafor, modele hem yakınlık hem de çekicilik verir. Yine de, bu ilk model, genellikle önemli olarak kabul edilen haklar konusunda kesinlikle yanlış bir modeldir ve metafor, onun yanlışlığının tam da merkezidir.

Yönetim karşısında sahip olunan haklar kurumu Tanrı'nın bir armağanı, eski bir ayın ya da bir ulusal spor değildir. Bu, Yönetim'in genel yararı koruma görevini daha zor ve pahalı hale getiren karmaşık ve zahmetli bir uygulamadır ve bir amaca hizmet etmemesi halinde yanlış ve ciddiyetsiz bir uygulama olur. Hakları ciddiye aldığını açıkça iddia eden ve Yönetim'imizi onlara gösterdiği saygıdan ötürü öven birisi, bu amacın ne olduğu konusunda bir fikre sahip olmalıdır. O, en azından şu iki önemli fikrin birini ya da her ikisini birden kabul etmelidir. İlki belirsiz ancak güçlü insan saygınlığı fikridir. Kant'ı anımsatmakla birlikte, farklı okulların filozoflarınca savunulan bu fikir bir insana, onu insan topluluğunun tam bir üyesi olarak tanımakla uyuşmayan muamele biçimleri olduğunu varsayar ve böyle bir muamelenin kökten haksız olduğunu savunur.

İkincisi daha tanıdık olan siyasi eşitlik fikridir. Siyasi bir topluluğun daha zayıf üyelerinin Yönetim'lerine karşı, daha güçlü üyelerin kendileri için güvenceye aydıklarıyla aynı ilgi ve saygı hakkına sahip olduklarını varsayar; böylece, eğer bazı kişiler genel yararı etkileyecek şeyler hakkında bir karar alma özgürlüğüne sahip olacaksa, o zaman bütün herkesin aynı özgürlüğe sahip olması gereklidir. Ben burada bu iddiaları savunmak ya da derinlemesine işlemek istemiyorum, yalnızca, yurttaşların haklara sahip olduğunu iddia eden birisinin bunlarla çok yakın olan fikirleri kabul etmesi gerektiğini vurgulamak istiyorum.³

Bir kişinin Yönetim'e karşı, örneğin ifade özgürlüğü hakkı gibi güçlü anlamda, temel bir hakka sahip olduğunu söylemek, eğer bu hak o insanın saygınlığını, ya da saygı ve ilgiye eşit ölçüde hakkı olduğu durumunu, ya da aynı derecede önemli başka kişisel değerlerini korumak için gerekli ise, anlamlıdır. Aksi halde anlamlı değildir.

Dolayısıyla, eğer haklar bir anlam ifade ediyorsa, bu durumda oransal olarak önemli bir hakkın elden alınmasının çok ciddi bir problem olması gerekir. Bu bir insana, insandan daha aşağıymış gibi davranmak ya da diğer insanlardan daha az ilgiye değermiş gibi davranmak anlamına gelir. Haklar kurumu, bunun vahim bir haksızlık olduğu ve bunu önlemek için

3) Bu kişinin bu iddiaları aksiyomatik olarak değerlendirmesi gerekmez. Yani onun, saygınlık ve eşitliğin önemli değerler olduğunda ısrarcı olmak için nedenleri olabilir ve bu nedenler yararcı olabilirler. O, sözgelimi genel yararın *uzun vadede*, yalnızca bizim saygınlık karşıtlığı ve eşitsizliği çok büyük adaletsizlikler olarak almamız ve onları haklılaştırmak için genel yararı bahane eden kanılara asla izin vermememiz halinde, ilerletileceğine inanabilir. Ben bu tür bir 'kurumsal' yararcılık lehine ya da aleyhine kullanılacak iyi argümanlar bilmiyorum, ancak bu, benim bulunduğum konuyla uyuşur çünkü saygınlığa ve eşitliğe tecavüzü, sıradan yararcı haklılaştırmayı aşan, özel ahlaki suçlar olarak ele almamız gerektiğini iddia eder.

sosyal politika ya da verimlilik alanında fazladan bedel ödemeye degeceği inancına dayanır. Ancak bu durumda hakların şişirilmesinin onları kısıtlamak kadar ciddi olduğunu söylemek yanlış olur. Eğer Yönetim, bireyin yanında olmakla hata yapmışsa, bu durumda sosyal verimlilik için ödemek zorunda olduğundan biraz daha fazla ödeyecektir; aynı bedelden, yani ödenmesi gerektiğine önceden karar verilmiş olan bedelden biraz daha fazla. Ancak, eğer bireyin aleyhine yanılırsa onu ciddi biçimde aşağılamış olur; Yönetim açısından, bundan kaçınmak için büyük bir miktarı gözden çıkarmaya değerdir.

Dolayısıyla ilk model savunulamazdır. Bu model aslında daha önce de söz ettiğim bir yanılsa, yani toplumun haklarını, toplumun üyelerinin haklarıyla karıştırma yanlısına dayanmaktadır. ‘Dengeleme’, Yönetim, yarışan hak talepleri arasında –örneğin Güneylilerin birleşme özgürlüğü ile siyah kişinin eşit eğitim talebi arasında– bir seçim yapmak zorunda olduğu zaman yerindedir. Bu durumda, Yönetim’in yarışan hakların değerlerini belirlemek ve biçtiği değerlere göre davranmaktan başka yapabileceği bir şey yoktur. İlk model çoğunluğun ‘hakkı’nın bu yolla dengelenmesi gereken bir yarışan hak olduğunu varsaymaktadır; ancak bu, daha önce de söz ettiğim gibi, bireysel haklar kavramını yok etmekle tehdit eden bir karıştırma’dır. Ceza yargılaması süreci gibi, birey için en büyük tehlikenin olduğu alanda ilk modelin toplum tarafından reddedilmesi dikkate değerdir. Biz pek çok suçlunun salıverilmesinin bir masumun cezalandırılmasından daha iyi olduğunu söylüyoruz ve bu nasihat Yönetim için ikinci model seçeneğine dayanıyor.

İkinci model bir hakkı kısıtlamayı, onu şişirmekten daha ciddi olarak ele alıyor ve önerileri bu hükmü izliyor. Bu model, bir hak net davalarda bir kez tanındıktan sonra Yönetim’in bu hakkı yalnızca zorlayıcı bir nedenin, özgün hakkın temellendirildiği varsayımlara uygun bir nedenin, varlığı halinde kısıtlaması gerektiğini şart koşar. Toplumun bir hakkın genişletilmesi için fazladan bir bedel ödeyecek olması, bir kez kabul edilmiş hakkın kısıtlanması için argüman olamaz. Bu fazladan bedelle ilgili özel bir şey olmalıdır, ya da durumun, özgün hakkın korunması için büyük bir toplumsal bedelin teminat gösterilmesine rağmen, bu özel bedelin gerekli olmadığını söylemeyi mantıklı kılan bir başka özelliği olmalıdır. Aksi halde Yönetim’in bu hakkı genişletmede gösterdiği zafiyet, onun bu hakkı özgün davada tanınmasının aslında yapmacık olduğunu, bunun yalnızca uygunsuz bir duruma geleceği zamana kadar tutmaya niyet ettiği bir söz olduğunu gösterecektir.

Bir hakkın ilk tanımını geri almadan belirli bir bedelin ödenmeye değmeyeceğini nasıl kanıtlayabiliriz? Ben belli bir hakkın tanımını sınırlamak için kullanılabilecek yalnızca üç tutarlı zemin düşünebiliyorum. Birincisi, Yönetim marjinal davada, özgün hak tarafından korunan değerlerin gerçekte tehlikede olmadığını ya da sadece çok hafif bir tür tehlike hali olduğunu kanıtlayabilir. İkincisi Yönetim, eğer hak marjinal davayı içerecek tanımlanmışsa, o zaman daha önce tanımlamış olduğum güçlü anlamda bir yarışan hakkın kısıtlanacağını kanıtlayabilir. Üçüncüsü, Yönetim, eğer hak bu biçimde tanımlanmışsa, bu durumda topluma maliyetinin öyle basitçe artımlı olmayacağını, orijinal hakkı onaylamak için ödenen bedelin çok daha ötesinde bir dereceden, saygınlık ya da eşitliğe ne saldırı yapılırsa yapılsın haklılaştırılmasına yetecek kadar yüksek bir derecede olacağını kanıtlayabilir.

Bu gerekçeleri Yüksek Mahkeme'nin karşılaştığı, anayasal konularda içkin olan bir grup soruna uygulamak oldukça kolaydır. Zorunlu askerlik yasası vicdani retçilere bir muafiyet tanımaktaydı, ancak bu muafiyet zorunlu askerlik kurulları [*draft boards*] tarafından yorumlandığı gibi, *dinsel* zeminde/gerekçeyle, *bütün* savaşlara karşı olan kimselerle sınırlandırıldı. Eğer biz muafiyetin, bir bireyin kendi ilkelerini çiğneyerek birini öldürmek gibi bir ahlaki hakkı olduğu zemininde haklılaştırıldığını varsayarsak, bu durumda ahlaki din temelli olmayanların ya da ahlaki savaşılar arasında ayırım yapmak için yeterince girift olanların bunun dışında tutulmasının yerinde bir şey olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Mahkeme, bir Anayasa Hukuku sorunu olarak zorunlu askerlik kurullarının ikinciye dışarıda tutmaya yetkili olmakla birlikte, ilkinin dışarıda bırakmalarının yanlış olduğunu saptadı.

Saydığım her üç zemin de, siyasi ahlak sorunu olarak, bu dışarıda bırakmaların ne birini ne de ötekini haklılaştırabilir. Öldürmenin ahlak dışı olduğuna inandıklarında insanları öldürmeye zorlayarak kişiliğe saldırmak, bu inançlar laik zeminlere dayandığında da o denli büyüktür ya da savaşıların ahlaken uygun olanlar biçiminde ayrıldığı gerçeği hesaba katılır, ve yarışan haklar ya da ulusal tehlike arasında geçerli bir fark yoktur. Bu durumlar arasında elbette farklılıklar vardır, ancak bunlar ayırımı haklılaştırmaya yeterli değildir. İlkede laik bir Yönetim, burada olduğu gibi, dini bir ahlaki dini olmayan bir ahlaka tercih edemez. İstisnayı dini ya da evrensel zeminlerle sınırlandırma yanlısı yararcı argümanlar vardır – bu şekilde sınırlanan bir muafiyet idare açısından daha ucuz olabilir ve samimi ve riyakâr başvurular arasındaki ayırımın daha kolay olmasını sağ-

layabilir. Ancak bu yararcı gerekçeler uygun değildirler, çünkü bunlar bir hakkı kısıtlamak için zemin olarak kabul edilemezler.

Peki ya Chicago davasında uygulandığı şekliyle isyan-önleme yasasına ne demeli? Yasa Birinci Değişiklik tarafından korunduğu varsayılan ifade özgürlüğü hakkının uygunsuz bir kısıtlamasını mı ifade etmektedir? Eğer bu sorun karşısında yönetim için ilk modeli kullanmak durumunda olsaydık, isyan-önleme yasasının argümanı güçlü görünürdü. Ancak yersiz olduğu için dengelemeden söz etmeyi bir tarafa bırakır ve bir hakkı sınırlamanın uygun zeminlerine dönersek, bu argüman büyük ölçüde zayıflar. Özgün ifade özgürlüğü hakkı, bir insanı özellikle nasıl yönetildiğini etkileyen sorunlar hakkında, içtenlikle inandığı şeyleri açıklamaktan alıkoymanın insan kişiliğine bir tecavüz olduğunu varsayması gerekir. Onun en hareketle inandığı ve çığnınenmelerini pek fena bulduğu siyasi ahlak ilkelerini ifade ederken engellenmesi halinde tecavüzün daha küçük değil, daha büyük olduğu kuşkusuzdur.

İsyan-önleme yasasının onu bu ilkeleri kışkırtıcı olmayan bir biçimde ifade etmekte serbest bıraktığı söylenebilir. Ancak bu, ifade ile saygınlık arasındaki bağlantı noktasını kaybeder. Bir kişi belagatı [*rhetoric*] ile öfkesini eşleştiremediği zaman ya da onların ötesinde hiçbir şey olmadığını düşünerek doğruluğunu kanıtlamaya uğraştığı değerleri korumak için özenli hareket etmek zorunda olduğu zaman, kendini özgürce ifade edemez. Bazı siyasi muhaliflerin, çoğunluğu şok edici şekilde konuştukları doğrudur, ancak genel geçer ifade yöntemlerinin konuşmanın uygun yolu olduğunu varsayması, eşit ilgi ve saygının inkârı olduğundan, çoğunluğun küstahlığıdır. Eğer hakkın özü muhaliflerin saygınlıklarını korumaksa, o zaman bizim düşünülen muhaliflerin kişilikleriyle uygun konuşma hakkında yargılarda bulunmamız gerekir, isyan-önleme yasasının hiç de sınırlamadığı 'sessiz' çoğunluğun kişiliği hakkında değil.

Dolayısıyla, özgün hak tarafından korunan kişisel değerlerin bu marjinal durumda daha az tehlikede olduğu argümanı işlemez. Biz yine de yarışan hakların ya da topluma yönelik feci bir tehdidin isyan-önleme yasasını haklılaştırıp halkalaştırmadığı üzerinde düşünmeliyiz. Biz bu iki zemini bir arada ele alabiliriz çünkü şiddetten korunması gereken haklar yalnız makul yarışan haklardır ve toplum için tek makul tehdit, bağlamın şart koştuğudur [şiddettir].

Ben bunları birer doğal ifade yöntemi olarak görsem bile, evinizi yakma, sizi ya da arabanızı taşlama, başınıza bisiklet zinciri indirme hakkına sahip değilim. Ancak Chicago davası sanıkları doğrudan şiddetle suçlan-

mıyorlardı; argüman, onların planladıkları konuşma eylemlerinin, diğerlerini, onların söylediklerini desteklemek için ya da onların söylediklerine düşmanlıktan ötürü, şiddet eylemleri yapmaya yöneltmesinin muhtemel olduğunu ileri sürmekteydi. Bu bir haklılaştırma sağılar mı?

Eğer biz güvenle isyan-önleme yasasının, ne kadar ve ne tür şiddeti önlemesinin beklenebileceğini söyleyebilseydik soru farklı olurdu. Yasa yılda iki hayatı mı, iki yüz hayatı mı, yoksa iki bin hayatı mı kurtaracak? İki bin dolarlık, iki yüz bin dolarlık, yoksa iki milyon dolarlık mülkü mü? Bunu kimse söyleyemez ve neden, yalnızca geleceği tahmin etmenin imkânsız oluşu değil aynı zamanda bizim gösterilerin isyana dönüştüğü süreci ve özelde tahrik edici konuşma tarafından oynanan bölümü, yoksulluk, polis acımasızlığı, kana susamışlık ile diğer bütün insani ve ekonomik başarısızlıklar dışında sağlam bir anlayışımız olmayışdır. Yönetim elbette mal ve can kaybına yönelik şiddeti azaltmaya çalışmalıdır ancak bir isyanın nedenini bulmaya ve yok etmeye yönelik, toplumun yeniden düzenlenmesinde yetersiz kalacak her çabanın, spekülative bir deneme, dert ve hata olduğunu kabul etmelidir. O, kararlarını yüksek düzeyde belirsiz koşullar altında almalıdır ve ciddiye alınan haklar kurumu onun bu tür koşullar altında deneme yapma özgürlüğünü kısıtlar.

O, Yönetim'i, bir kişinin konuşmasını ya da gösteri yapmasını engellemenin, her hangi bir olayda belki daha masraflı diğer [biçimde] ulaşılabilecek spekülative bir yarar için, ona kesin ve büyük bir hakaret olduğunu dikkate almaya zorlar. Hukukçular diğer hakları korumak ya da büyük bir felaketi önlemek için hakların kısıtlanabileceğini söylediklerinde kafa- larındaki durumlar, kalabalık bir tiyatro salonunda yanlışlıkla "yangın!" diye bağırın adamın bilindik örneğinde olduğu gibi, neden ve sonucun görece açık olduğu durumlardır.

Ancak Chicago öyküsü nedensel bağlantıların ne denli karanlık olabileceğini göstermektedir. Hoffman ya da Rubin'in konuşmaları, gerekli isyan koşulları mıydı? Ya da binlerce insan Chicago'ya Yönetim'in de iddia ettiği gibi bir biçimde isyan çıkarmak amacıyla mı gelmişlerdi? Her durumda şartlar bunun için yeterli miydi? Ya da polis, Başkanlık Şiddet Komisyonu'nun dediği gibi, ona katkıda bulunmakla bu kadar meşgul olmasaydı şiddeti kontrol altına alabilir miydi?

Bunlar kolay sorular değil, ancak, eğer hakların bir anlamı varsa, o zaman Yönetim öyle kolayca kendi tavrını haklılaştıracak cevaplar versayamaz. Eğer bir kişi konuşma hakkına sahipse bu hakkı destekleyen gerekçelerin tahrik edici konuşmaları da kapsaması ve konuşmanın şiddete

etkisi belirsiz ise bu durumda Yönetim'in soruna, bu hakkı inkâr ederek ilk hamleyi yapma yetkisi yoktur. Konuşma hakkını kısıtlama belki en ucuz, polisin moralini en az bozan ya da siyasi olarak en popüler yol olabilir. Ancak bunlar bir yerden çok, bir başka yerden başlama lehine olan yararçı argümanlardır ve bu tür argümanlar haklar kavramı tarafından değerlendirilme dışında bırakılırlar.

Bu nokta, siyasal eylemcilerin şiddeti dört gözle bekledikleri ve söyledikleriyle 'bela aradıkları' yaygın inancı tarafından karartılmaktadır. Genel anlayışa göre, bunlar eğer umut ettikleri şiddetin sorumluları olarak görülüp buna göre bir muameleye tabi tutuluyorlarsa, bu durumdan şikayetçi olabilmeleri çok zordur. Ancak bu, bir şeyi yapmaya hakkı olmakla, doğru olan şeyi yapmak arasındaki daha önce de açıklamaya çalıştığım karıştırmayı tekrarlamak olur. Konuşmacının dürtüleri, dinleyicileri öfkeli edecek ya da tahrik edecek sorunlara ilişkin tutkulu bir konuşma yapmakla, doğru şeyi yapıp yapmadığına karar vermesiyle ilgili olabilir. Ancak, eğer kişi konuşma hakkına sahipse, konuşmasına izin verilmesinin tehlikeli olduğu tahmini olduğundan, bu kişinin güdüleri/saikleri, onu durdurmayı haklılaştıran argümanda bağımsız kanıt sayılamazlar.

Peki ya bir isyanda mahvolacak olanların, geçerken bir pusu kurşunu ile öldürülecek olanların, ya da dükkânı yağmalandığından iflas edecek esnafın bireysel haklarına ne demeli? Bir yarışan haklar sorusu olarak, sorunu bu biçimde ele almak belirsizliğin etkisini azaltacak bir ilkeyi akla getirmektedir. Bazı koruma haklarının, Yönetim'in onları korumak için yapabileceği her şeyi yapmasını haklılaştıracak kadar önemli olduklarını mı söyleyeceğiz? Bunun için Yönetim'in, diğerlerinin eylem hakkını, bunların eylemleri, hafif ya da tahmini bir ölçüde de olsa, bir kişinin yaşam ya da mülkiyet hakkının çiğnenmesi riskini artıracığı zaman, kısıtlayabileceğini mi söyleyeceğiz?

Böyle bir ilkeye Yüksek Mahkeme'nin polis prosedürü hakkında aldığı liberal kararlara karşı olanlar bel bağlamaktadır. Bu kararlar suçlu bir kişinin salıverilmesi olasılığını ve dolayısıyla az da olsa toplumun belli bir üyesinin öldürülmesi, tecavüze uğraması ya da soyulması riskini artırmaktadır. Bazı eleştirmenler Mahkeme'nin kararlarının bu yüzden yanlış olduğuna inanıyorlar.

Ancak hakların çeşitliliğini tanımak iddiasında olan hiçbir toplum, bir insanın saygınlık ya da eşitliğinin çeşitli şekillerde çiğnenebileceği zemininde, böyle bir ilkeyi kabul edemez. Bir insanı kendi aleyhine ifade vermeye zorlamanın ya da onu konuşmaktan menetmenin, onun varsayılan kendini

suçlamaya karşı [*self-incrimination*] hakları ve ifade özgürlüğü hakkını zedelediği kabul ediliyorsa, o zaman Yönetim'in bir kişiye, diğer kişilerinin kayıp riskini az da olsa azaltacağı olasılığı için bu zararın acısına katlanması gerektiğini söylemesi, bir aşığılamadır. Eğer hakların bir anlamı varsa, bu durumda onların önem dereceleri diğerlerinin söz konusu olduğu durumlarda, bazılarının hiç de hesaba katılmayacakları bir ölçüde farklılık gösteremez.

Kuşku yok ki Yönetim bir kişinin konuşmasının, tıpkı tiyatrodaki "yan-ğın!" diye bağırarak adamın durumunda olduğu gibi, bir kişiye ya da diğerlerinin mallarına büyük bir zarar vermesinin açık ve önemli bir risk taşıdığı- nın ve bunu önlemenin başka bir yolu olmadığına ayırmasını yapabilir ve onun konuşma hakkını kullanmasını engelleyebilir. Ancak biz, Yönetim'in yaşam ve mülk söz konusu olduğunda konuşma haklarını öyle kolayca göz ardı edebileceği ilkesini reddetmeliyiz. Konuşmanın bu diğer haklar üzerindeki etkisi spekülasyon ve marjinal kaldığı sürece, o sarılacak dayanak- lar bulmak için başka yerlere bakmalıdır.

4. NİÇİN HAKLARI CİDDİYE ALMAK?

Bu denemenin başında bireysel haklarını tanıdığını iddia eden bir Yöne- tim'in ne yapması gerektiğini göstermek istediğimi söylemiştim. Böyle bir Yönetim, yurttaşlarının onun yasalarını çiğneme hakkına asla sahip olmadıkları iddiasından vazgeçmeli ve yurttaşların haklarını varsayımsal genel yarar nedenleri için kısıtlanabilecek haklar olarak tanımlamamalıdır. Bu yüzden herhangi bir Yönetim'in sivil itaatsizliğe karşı sert tutumunun ya da sesli protestolara karşı her kampanyasının, onun içtenliği ile çeliştiği düşünülebilir.

Ancak birisi çıkıp hâlâ hakları bu kadar ciddiye almanın akıllıca olup olmadığını sorabilir. Amerika'nın dehası, en azından kendi efsanesine göre, herhangi bir soyut doktrini mantıksal sınırına [*extreme*] dek izleme- miş olmasının altında gizlidir. Zaman, soyutlukları görmezden gelmenin, bunun yerine yurttaşlarımızın çoğunluğuna, onların refahına ve yönetme yetkilerine yönelik yönetimlerinin yeni bir tarzdaki ilgisini sunmanın üze- rinde yoğunlaşma zamanı olabilir.

Bu herhalde, eski başkan yardımcısı Agnew'in inanır gibi görüldüğü şeydir. 'Garipler' [*weirdos*] ile toplumsal uyumsuzlara ilişkin siyasi bir be- yanda o, liberallerin birey haklarına bakışının devlet gemisine karşı esen

bir prova rüzgârı olduğunu söylemişti. Bu zayıf bir metafordur gerçi, ama ifade ettiği felsefi nokta çok iyi belirlenmiştir. O, pek çok liberalin aksine, bireylerin, yine çoğunluğun ifadesiyle, yanlış olan şeyleri yapma haklarını kabul etmesi halinde çoğunluğun dilediğince hızlı ve ileriye gidemeyeceğini kabul ediyordu.

Spiro Agnew hakların bölücü olduğunu, ve ulusal birliğin ve yeni bir hukuka saygı anlayışının haklara daha kuşkucu yaklaşılarak geliştirilebileceğini düşünüyordu. Ancak o hatalıdır. Amerika, sosyal ve dış politikası dolayısıyla bölünmeye devam edecek ve ekonomik büyüme tekrar zayıflarsa, bölünmeler daha şiddetli olacaktır. Eğer biz yasalarımızın ve hukuki kurumlarımızın, bu sorunların çerçevesinde tartışılacağı temel kuralları sağlamasını istiyorsak o zaman bu temel kurallar, Marx'ın kapitalist bir toplumun hukukunda olması gerektiğini varsaydığı gibi, baskın sınıfın zayıf olana empoze ettiği fatihin hukuku olmamalıdır. Yasaların gövdesi –sosyal, ekonomik ve dış politikayı tanımlayan ve uygulamaya koyan bölümü– tarafsız olamaz. O en büyük bölümü içinde, çoğunluğun genel yarar görüşünü ifade etmelidir. Haklar kurumu bu yüzden çok önemlidir, çünkü o, çoğunluğun, azınlıklara vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü temsil eder. Gruplar arasındaki ayrılık en şiddetli olduğu zaman, eğer hukukun işlemesi gerekiyorsa, bu jest de en samimi halini almalıdır.

Haklar kurumu azınlıklar kısmına bir inanç edimini gerektirir, çünkü azınlıkların haklarının kapsamı, bu haklar önemli haklar olduğu her durumda tartışmalı olacaktır ve çoğunluğun idarecileri bu hakların gerçekte ne oldukları hakkında kendi fikirleri doğrultusunda hareket edeceklerdir. Kuşkusuz bu idareciler, bir azınlığın taleplerinin pek çoğuna katılmayacaklardır. Bu onların kararlarını ciddiyetle almalarını, daha da önemli kılar. Bunlar, hakların ne olduğunu anladıklarını kanıtlamalı ve doktrinin tüm anlamlarıyla aldatmaya gitmemelidirler. Yönetim hukuka bir saygı talebi tanımaksızın, hukuka saygıyı yeniden kuramaz. O, hukuku, vahşet düzeninden [*ordered brutality*] ayıran özelliklerden birini ihmal ederse bunu başaramaz. Eğer Yönetim hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir.

Hükümet zorunlu askerlik yasalarına vicdanen itaatsizlik gösterenlerle nasıl başa çıkmalı? Pek çok insan cevabın açık olduğunu düşünüyor: Hükümet muhaliflere dava açmalı ve eğer suçlu bulunurlarsa onları cezalandırmalı. Bazı insanlar bu sonuca kolay varıyorlar, çünkü vicdani itaatsizliğin kanunsuzlukla aynı olduğu yönünde ahmakça bir görüşe sahip. Muhaliflerin yozlaşmaları yayılmadan cezalandırılmaları gereken anarşistler olduklarını düşünüyorlar. Bununla beraber birçok avukat ve entelektüel daha sofistike görünen bir konuda aynı sonuca varıyor. Kanuna itaatsizliğin *ahlaken* haklılaştırılabileceğini kabul ediyorlar ancak *yasal* olarak haklılaştırılamayacağına ısrar ediyorlar ve bu malum gerçekten de kanunların zorla uygulanabileceğinin çıktığını düşünüyorlar. Bir zamanlar Birleşik Devletler Baş Hukuk Müşaviri* ve öncesinde de Harvard Hukuk Fakültesi Dekanı olan Erwin Griswold da bu görüşü benimsemiş görünüyor. Erwin Griswold, “Hukukun özü, herkese eşitçe uygulanması ve kişisel gerekçeye bakmaksızın herkesi bağlamasıdır. Bu nedenle, ahlaki inanç nedeniyle sivil itaatsizlik niyetinde olan kişi bunu cezai mâhkumiyet takip

* *Solicitor General*: Başsavcı (*attorney general*) danışmanı. (ç.n.)

ettiğinde şaşırmamalı ve kızmamalıdır. Organize toplumun başka bir temelde devam edemeyeceği gerçeğini kabul etmelidir' diyor.

The New York Times bu beyana alkış tuttu. Birçok üniversitenin bin üyesi, Adalet Bakanlığı'nı, Rahip William Sloane Coffin, Dr. Benjamin Spock, Marcus Raskin, Mitchell Goodman ve Michael Ferber'in çok sayıda zorunlu askerlik celbine muhalefet suçuna danışmanlık yapmayı tasarladıkları suçlamalarını kaldırmaya çağıran bir *Times* ilanına imza atmışlardı. *The Times* suçlamaları kaldırma ricasının 'ahlaki haklarla, yasal sorumlulukları birbirine karıştırdığını' söyledi.

Ancak hükümetin bir adamı suç işlediği için tutuklaması gerektiği argümanı görüldüğünden daha zayıf. Toplum bütün itaatsizliklere hoşgörü gösterirse 'ayakta kalamaz'; ancak bundan, birazına hoşgörü gösterirse dağılacağına dair bir kanıt da çıkmıyor. Birleşik Devletler'de savcıların belirli davalarda cezai kanunları uygulayıp uygulamama takdiri vardır. Eğer kanuna karşı gelen gençse, tecrübesizse, ailenin tek desteğiye, pişmansa, suç ortağı aleyhine ifade veriyorsa, yasa popüler değil, uygulanamaz ve genellikle kullanılmıyorsa veya mahkemeler daha önemli davalarla doluysa ya da düzinelerce başka nedenden dolayı savcı doğru olarak suç duyurusunda bulunmayabilir. Bu takdir serbestlik değildir –savcıların bunu uygulamak için iyi nedenleri olmasını bekleriz– ancak vicdani nedenlerle zorunlu askerlik kanunlarına karşı çıkanlara dava açmamak için bazı, en azından *prima facie*, iyi nedenler vardır. Bir tanesi, kanuna açgözlülükten uymamak veya hükümeti devirme isteğinden daha iyi gerekçelerle hareket ettikleri yönündeki açık nedendir. Eğer gerekçe hırsızları ayırt ederken kullanılıyorsa, o zaman neden taslak suçlularına da kullanılsın? Diğeri, eğer cezalandırırsa toplumun –taslak muhaliflerinde olduğu gibi– en sadık ve yasalara saygılı vatandaşlarını kaybetme üzüntüsünü yaşayacakları yönündeki pratik nedendir. Böyle insanları hapse atmak onların topluma yabancılaşmasını güçlendirir ve tehdidin yıldırıldığı onlar gibileri de yabancılaştırır. Eğer yasakları dayatmaya karşı bunlar gibi pratik sonuçlar ileri sürülüyorsa, onlar neden vicdan suçlarına karşı hoşgörü iddiasında bulunmuyorlar.

Vicdanen taslağa karşı çıkanların her zaman cezalandırılmaları gerektiğini düşünenler bunların takdir yetkisinin kullanımı için iyi nedenler olmadığını göstermeliler veya bunlardan daha ağır basan karşıt nedenler bulmalılar. Hangi argümanları üretebilirler? Zorunlu askerlik kanunlarını uygulamak için pratik nedenler vardır ve bunların bazılarını daha sonra bakacağım. Ancak, Dekan Griswold ve onunla aynı fikirde olanlar muhalifleri

cezalandırmadan bırakmanın sadece pratik olmayacağı değil de adil olmayacağı temel ahlaki argümanına güveniyor gözüküyorlar. Zannederim, eğer herkes onaylamadığı veya dezavantajlı gördüğü kanunlara itaatsizlik ederse toplum işleyemeyeceğinden adil olmadığını düşünüyorlar. Eğer hükümet ‘oyunu oynamayacak’ birkaç kişiye hoşgörü gösterirse, bu onların herkesin zorunlu askerlik kanunları gibi sorunları omuzlamadan kanuna saygı göstermesinin yararlarını koruma altına almasına izin verir.

Bu ciddi bir argümandır. Sadece, muhaliflerin diğer herkesin ahlaksız bulunduğu bir kanuna uymaması imtiyazına olanak sağlayacağı şeklinde cevaplanamaz. Aslında, çok az zorunlu askerlik kanunu muhalifi, gerçek ayrımcıların nefret ettikleri sivil haklara uymama özgürlüklerinin olduğu değişmiş bir toplumu kabul ederdi. Çoğunluk, hiçbir şekilde, böyle bir değişim istemiyor çünkü toplumun bununla daha kötüleşeceğini düşünüyorlar; onlara bunun yanlış olduğu gösterilene kadar resmi görevlilerden genel yarar adına olduğunu düşünmedikleri bir imtiyazı uman herkesin cezalandırılmasını bekleyecekler.

Ancak argümanda bir hata var. Mantık yürütme, Birleşik Devletler’deki zorunlu askerlik kanunu davalarında ve aslında herhangi bir ciddi sivil itaatsizlik davasında konuyu neredeyse bu davalara tamamen alakasız yapan saklı bir varsayım içeriyor. Argüman, muhaliflerin geçerli bir yasaı ihlal ettiklerini bildiklerini ve üstünde durdukları imtiyazın da bunu yapabilme imtiyazı olduğunu varsayıyor. Elbette, sivil itaatsizliği tartışan hemen herkes Amerika’da bir yasanın anayasal olmadığı için geçersiz olabileceğini kabul eder. Ancak eleştirmenler bu karmaşıklığı farklı hipotezlerle tartışarak hallederler: Eğer yasa geçersizse, o zaman bir suç işlenmemiştir ve toplum ceza vermeyebilir. Eğer yasa geçerliyse, o zaman suç işlenmiştir ve toplum cezalandırmalıdır. Bu mantık yürütme, yasanın geçerliliğinin şüpheli olabileceği [gibi] önemli bir gerçeği saklar. Resmi görevliler ve hâkimler yasanın geçerli olduğuna inanabilir, muhalifler karşı çıkabilir ve her iki tarafın da kendi durumları için makul argümanları olabilir. Eğer öyleyse, durumlar, yasalar açıkça geçerli veya açıkça geçersiz olduğundan farklıdır ve bu alternatifler için tasarlanan adil olma [*faimess*] argümanı alakasızdır.

Şüphesiz, sivil itaatsizlik durumlarında kanun hiçbir şekilde özel veya egzotik değildir. Tam tersine. En azından Birleşik Devletler’de dikkate değer sayıda insanın ahlaki nedenlerle uymamaya teşvik olduğu hemen hemen her yasa –açıkça geçersiz olmasa bile– anayasal temelde de şüpheli olurdu. Anayasa geleneksel siyasi ahlakımızı geçerlilik sorunuyla alakalı

hale getirir; bu ahlakla uzlaşır görünen herhangi bir yasa anayasal sorular doğurur ve eğer uzlaşım ciddiye anayasal şüpheler de ciddidir.

Ahlaki ve yasal konular arasındaki bağlantı son on yılın taslak davalarında özellikle daha açıktı. Muhalefet o dönemde sıradaki ahlaki itirazlar üzerine kuruluydu: (a) Birleşik Devletler Vietnam'da ahlaka aykırı silahlar ve taktikler kullanıyor. (b) Savaş hiçbir zaman insanların vekillerinin kasıtlı, düşünülmüş ve açık oyuyla onaylanmamıştır. (c) Birleşik Devletler'in Vietnam'da, bir grup vatandaşının hayatını orada zorla ölüm riskine atmasını haklılaştıracak, tehlikeye düşmüş uzaktan yakından yeterince güçlü bir çıkarı yoktur. (d) Eğer bu savaşta savaşmak için bir ordu toplanacaksa bunu üniversite öğrencilerini sonraya bırakan veya ayrı tutan ve böylelikle ekonomik açıdan imkânları yetersiz olanlara karşı ayrımcılık yapan bir zorunlu askerlik kanunu ile toplamak ahlaka aykırıdır. (e) Zorunlu askerlik kanunu dini nedenlerle savaşa karşı olanları ayrı tutar ama ahlaki nedenlerle belirli savaşlara karşı olanları ayrı tutmaz; bu durumlar arasında alakalı bir fark yoktur ve böylece zorunlu askerlik kanunu bu ayrımı yaparak ikinci grubun ulusun saygısına birinciden daha az layık olduğunu ima eder. (f) Zorunlu askerlik kanununa karşı çıkma danışmanlığı yapmayı suç yapan kanun savaşa karşı olanları bastırır, çünkü ahlaki olarak savaşmayı reddedenleri cesaretlendirmeden ve yardımcı olmadan savaşın tamamen ahlaka aykırı olduğunu öne sürmek imkânsızdır.

Hukukçular bu ahlaki durumların, eğer biz kabul edersek, sıradaki anayasal argümanlara temel oluşturduğunu kabul edecekler: (a) Anayasa anlaşmaları ülkenin kanununun bir parçası yapar ve Birleşik Devletler muhaliflerin ulusu katılmakla suçladığı savaş fiilini illegal ilan eden uluslararası kongrelere ve sözleşmeye taraftır. (b) Anayasa Kongre'ye savaş ilan etme yetkisi verir; Vietnam'daki fiilimizin savaş olup olmadığı ve Tonkin Körfezi Kararı'nın 'deklarasyon' olup olmadığı yasal konusu hükümetin kasıtlı ve açık bir karar verip vermediği ahlaki konusunun merkezindedir. (c) Hem Beşinci ve On Dördüncü Değişikliklerin ilgili yürütme maddesi hem de On dördüncü Değişikliğin eşit koruma maddesi yükümlülük veya sınıflandırma mantıklı değilse seçilmiş bir sınıf üzerine uygulanan özel yükümlülükleri yasaklar; yükümlülük açıkça kamu yararına değilse veya istenilen yarara hiç de uygun değilse mantıksızdır. Eğer Vietnam'daki askeri fiilimiz muhaliflerin iddia ettiği gibi manasız veya sapkındıysa, o zaman askere gitme mecburiyeti yaşındakilere yüklediğimiz mesuliyet mantıksızdı ve anayasal değildi. (d) Her şekilde, üniversite öğrencilerinin lehine olan ayrım anayasal olarak garanti edilen kanun tarafından eşit korunmayı

fakirlerden esirgedi. (e) Eğer her savaşa karşı olma dini nedeni ve bazı savaşlara karşı olma ahlaki nedeni arasında uygun bir fark yoksa, o zaman mecburi askerlik kanununun yaptığı sınıflandırma keyfidir, mantıksızdır ve bu durumda anayasal değildir. Birinci Değişikliğin 'din kurumu' maddesi organize din lehine hükümetin baskı yapmasını yasaklar; eğer zorunlu askerlik kanununun ayrımı erkekleri bu yönde zorladiysa, aynı zamanda bu yönden de geçersizdi. (f) Birinci Değişiklik aynı zamanda konuşma özgürlüğüne müdahaleyi de yasaklar. Eğer zorunlu askerlik kanununun danışmayı yasaklaması savaş hakkındaki farklı görüşleri dile getirmeye engel olduysa konuşma özgürlüğünü kısıtlamıştır.

Mahkemelerin mecburi askerlik kanununu anayasal yapmış olması gerektiğini destekleyen temel karşıt argüman aynı zamanda ahlaki konuları da içerir. 'Politik soru' denen doktrinin altında mahkemeler –dış veya askeri politika gibi– kararın hükümetin başka branşlarına devredilmesinin daha iyi olduğu durumlarda kendi dairelerinin karar vermesini reddederler. Coffin, Spock davasını gören Boston Mahkemesi bu doktrini temel alarak savaşın yasal olduğu hakkındaki argümanları dinlemeyeceğini açıkladı. Ancak Yüksek Mahkeme kendisinin, (örneğin yeniden paylaşırma davalarında) yargı dairesi önemli siyasi ahlak konularının tehlikede olduğuna ve siyasi yürütme yönünden hiçbir çarenin olmadığına inandığında, reddetmeye isteksiz olduğunu gösterdi. Eğer muhalifler haklıysa ve savaş ve zorunlu askerlik kanunu devletçe bir grup vatandaşa yapılan ciddi haksızlık suçlarıysa, o zaman mahkemelerin takdiri reddetmiş olmaları gerektiği büyük ölçüde zayıflıyor.

Bu argümanlardan (ya da herhangi bir parçasından) zorunlu askerlik kanununun anayasal olmadığını çıkaramayız. Yüksek Mahkeme bu soru üzerine karar vermeye çağırıldığında bazılarını geri çevirmiş bazılarını da siyasi oldukları gerekçesiyle incelemeyi reddetmiştir. Avukatların çoğu bu kararla aynı fikirdeydi. Ancak anayasallık argümanı en azından inandırıcıdır ve mantıklı ve yetenekli bir avukat onların karşıt argümanlardan, dengede ağır basacak bir dava sunabileceklerini düşünebilir. Eğer bunu yaparsa, zorunlu askerlik yasasının anayasal olmadığını göz önünde tutacak ve avukatın hatalı olduğunu kanıtlamanın hiçbir yolu olmayacak.

Bu nedenle zorunlu askerlik kanunu muhaliflerine ne yapılmış olması gerektiğini değerlendirirken geçerli yasalara itaatsizlik etme imtiyazını öne sürdüklerini varsayamayız. Diğer sorulara cevap vermeye çalışmadan hakkaniyetli olmanın cezalandırılmalarını gerektirdiğini söyleyemeyiz: Yasa açık olmadığında ve başkalarının yasanın izin vermediğini düşündükleri

şeye, vatandaş izin verdiğini düşündüğünde ne yapmalıdır? Tabii ki *yasal* olarak ne yapmasının uygun olduğunu veya *yasal* haklarını sormuyorum – bu, iddiayı ispatlanmış varsaymak olurdu, çünkü bu durum onun veya diğerlerinin haklı olup olmadığına bağlı. Bir vatandaş olarak uygun seyrin ne olması gerektiğini, başka bir deyişle neyi ‘oyunu oynamak’ olarak dikkate aldığımızı soruyorum. Bu önemli bir soru, çünkü, eğer düşünceleri böyleyken, bizim istediğimiz gibi hareket ediyorsa onu cezalandırmamak adaletsiz olamaz.¹

Birçok vatandaşın üzerinde hemen anlaşacağı açık bir cevap yok ve bunun kendisi dikkate değer. Bununla beraber, eğer yasal kurumlarımızı ve uygulamalarımızı incelersek alakalı bazı altta yatan ilke ve politikalar keşfedeceğiz. Soruya üç muhtemel cevap vereceğim ve sonra bizim uygulamamıza ve beklentimize hangisinin en iyi uyduğunu göstermeye çalışacağım. İncelemek istediğim üç ihtimal şunlar:

(1) Eğer kanun şüpheliyse böylece birinin yapmak istediğini yapmasına izin verip vermediği açık değildir, kişi en kötüsünü beklemelidir ve izin vermediği varsayımından hareket etmelidir. Siyasi yürütmeyi kullanırken hatalı olduklarını düşünse bile, eğer yapabiliyorsa, kanunu değiştirmek için ona emir veren yönetici otoritelere uymalıdır.

(2) Eğer kanun şüpheliyse kendi yargısını izleyebilir; yani, hukukun izin verdiği durumun izin vermediği durumdan daha güçlü olduğuna inanıyorsa istediğini yapabilir. Ancak kendi yargısını, mahkeme gibi, yetkili bir kurum onu veya başka birini ilgilendiren bir davada aksine karar verene kadar izleyebilir. Bir kez kurumsal bir karar verildiğinde, bu karara, yanlış olduğunu düşünse bile, itaat etmek zorundadır. (Teoride bu ikinci olasılığın birçok alt bölümü var. Bireyin seçimi herhangi bir mahkemenin, eğer dava temyiz edilmemişse en alt mahkeme sistemi de dahil olmak üzere, karşıt kararıyla engellenir diyebiliriz. Ya da belli bir mahkemenin veya kurumun kararını isteyebiliriz. Bu ikinci olasılığı, bireyin konu üzerinde karar verebilecek yetkide en üst mahkemenin –zorunlu askerlik kanunu konusunda bu Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’ydi– karşıt kara-

1) Hükümetin geçerli olduğunu bildiği halde kasti olarak kanuna uymayanları her zaman cezalandırması gerektiğini ima etmiyorum. Bu gibi adamları cezalandırmamak için, üçüncü paragrafta sıraladığım gibi, pratik nedenler veya adil olma nedenleri olabilir. Ancak zorunlu askerlik kanunu gibi durumlar hoşgörü için özel argümanlar sunabiliyor: Bu argümanlar üzerine yoğunlaşmak ve böylece bu durumları izole etmiş olmak istiyorum.

rına kadar kendi yargısını izleyebileceği yönündeki en liberal haliyle tartışacağım.)

(3) Eğer kanun şüpheliyse, yetkili en yüksek mahkeme tarafından verilen karşıt bir karardan sonra bile, kişi kendi yargısını izleyebilir. Elbette kanun ne istediği konusunda kendi yargısını oluştururken herhangi bir mahkemenin vereceği karşıt kararı da hesaba katmalıdır. Öbür türlü yargı dürüst ve mantıklı olmaz, çünkü hukuk sistemimizin kabul edilmiş bir parçası olan emsaller doktrini mahkeme kararının kanunu *değiştirmesine* izin verme etkisine sahiptir. Örneğin, bir vergi mükellefinin belirli gelir çeşitlerinde vergi ödememesinin istendiğine inandığını düşünün. Eğer Yüksek Mahkeme bunun tersine karar verirse, vergi konularında Yüksek Mahkeme'nin kararlarına verilen büyük önemi de hesaba katarak, Mahkeme'nin kararının denge getirdiğini ve şimdi kanunun kendisinden vergiyi ödemesini istediğine karar vermelidir.

Bazıları bu nitelemenin birinci ve ikinci modeller arasındaki farkı kaldırdığını düşünebilir, ancak kaldırmaz. Emsaller doktrini farklı mahkemelerin kararlarına farklı ağırlıklar verir ve Yüksek Mahkeme'nin kararına en çok ağırlığı verir, ama hiçbir mahkemenin kararını kesin yapmaz. Bazen, karşıt bir Yüksek Mahkeme kararından sonra bile, birey mantıklı olarak kanunun kendi tarafında olduğunu düşünebilir; bu gibi durumlar azdır ancak en çok sivil itaatsizlik söz konusu olduğunda anayasal hukuk üzerindeki tartışmalarda ortaya çıkar. Mahkeme eski kararlarını, eğer bunlar önemli kişisel veya siyasi hakları kısıtladıysa, geçersiz kılma eğiliminde olduğunu gösterdi ve bir muhalifin karşı çıkmak istediği tam da bu kararlardır.

Başka bir deyişle, Anayasa'nın her zaman Yüksek Mahkeme'nin dediği şey olduğunu farz edemeyiz. Örneğin, Oliver Wendell Holmes *Gitlow* davasındaki ünlü muhalefetine böyle bir kural izlemedi. Birkaç yıl önce, *Abrams*'de, mahkemeyi Birinci Değişikliğin hükümete karşı genel greve kışkırtan bir anarşisti koruduğuna ikna etme savaşını kaybetmişti. Benzer bir konu *Gitlow*'da da sunulmuştu ancak Holmes bir kez daha muhalefet etti. "Benim fikrimce bu kriterden [*Abrams*'de] uzaklaşıldığı doğrudur ancak o davada dile getirdiğim kanaat bunun yasayı sabitlediğine inanma olanak sağlamayacak kadar derindir." Holmes, her ne kadar Yüksek Mahkeme yakın zamanda suçlu olduğu fikrinde olsa da, yaptığıının suç olmadığına dayanarak *Gitlow*'un beraat etmesine karar verdi.

İşte, kanun şüpheli olduğunda yönetici yetkililerle anlaşılamayan muhafililerin üç olası davranış modeli bunlar. Bizim yasal ve toplumsal uygulamalarımıza hangisi en iyi uyar?

Bu modellerden ilkinin, vatandaşlardan en kötüyü ummalarını beklemememizi, izlemememizin açık olduğunu düşünüyorum. Eğer hiçbir mahkeme davaya karar vermediyse ve bir kişi, her şeyi hesaba katarak, kanunun kendi tarafında olduğuna inanıyorsa, avukatlarımızın çoğu ve eleştirilenler onun kendi yargısını izlemesinin son derece uygun olduğunu düşünürler. Çoğu yaptığını onaylamasa da –pornografiyle uğraşması gibi– sadece davranışının yasallığı şüpheye maruz kaldığı için son vermesi gerektiğini düşünmezler.

Birinci modeli takip ederse toplumun ne kaybedeceğini veya, konuyu başka bir şekilde açıklamak gerekirse, bu gibi durumlarda insanlar kendi yargılarını izlerlerse ne olacağını düşünmek için duraksamak kayda değerdir. Kanun –avukatların bir mahkemenin vermesi gereken karar üzerinde mantıklı bir şekilde anlaşmazlık yaşayabilecekleri şekilde– kesin olmadığından neden genellikle farklı yasal ilkelerin ve politikaların çarpışmasıdır ve bu çekişen ilkeler ve politikaların nasıl barındırılacağı açık değildir.

Tarafların kendi anladıklarının peşinden gitmelerinin cesaretlendirildiği uygulamamız ilgili hipotezlerin test edilmesine olanak sağlıyor. Eğer soru belirli bir kanunun belli istenmeyen sonuçlarının olup olmayacağı veya bu sonuçların sınırlı veya geniş ayrıntılarının olup olmayacağı ise, o zaman davaya karar verilmeden önce, insanlar bu kanun doğrultusunda hareket ettiklerinde aslında ne olduğunun bilinmesi yararlıdır. (Tröst karşıtı ve iş yönetmeliğinin çoğu bu şekil test etme yoluyla gelişti.) Eğer soru belirli bir çözümün yasal toplum tarafından derin bir saygı duyulan ilkelere ve centilmenliğe uyup uymayacağı ve bunun ne dereceye kadar olup olmayacağı ise, yine toplumun cevabını test ederek deneylemek yararlıdır. Örneğin, toplumun doğum kontrolü karşıtı kanunlara kayıtsızlığı belli organizasyonlar kasıtlı olarak bunları çiğnemeseydi asla belirlenemeyecekti.

Eğer birinci model izlenseydi bu testlerin avantajlarını kaybederdik. Kanun, özellikle bu model anayasal konulara uygulansaydı zarar görcekti. Suçla ilgili bir yasanın geçerliliği şüpheliyse, yasa bazı insanlara hemen hemen her zaman haksız ve adaletsiz gelecektir, çünkü Anayasa'ya inşa edildiğini düşündükleri bazı özgürlük prensipleri veya adaleti veya tarafsızlığı ihlal edecektir. Eğer uygulamamız, bir kanun bu gerekçelerle her geçersiz sayıldığında kişinin geçerliymiş gibi hareket etmesi gerektiği

yönünde olsaydı, o zaman kanuna ahlaki nedenlerle karşı çıkarken kullandığımız baş araç kaybolmuş olurdu ve zaman içinde itaat ettiğimiz kanun daha az adil ve haklı olurdu ve vatandaşlarımızın özgürlüğü kesinlikle azalmış olurdu.

Eğer birinci modelin bir varyasyonunu kullansaydık –bir vatandaş mahkemelerin kanuna kendi bakışıyla aynı fikirde olduğunu tahmin edemiyorsa en kötüsünü beklemeli– hemen hemen aynısını kaybederdik. Eğer herkes mahkemenin ne yapacağıyla ilgili kendi tahminine uyarsa toplum ve toplumun hukuku daha zayıf olurdu. Birinci modeli reddetmekteki zannımız, bir vatandaşın, fırsatı olduğunda yargısını desteklemek için yaptığı argümanlarla birlikte, kendi yargısını izleyerek yaptığı kayıtların mümkün en iyi adli kararı oluştururken yararlı olduğuydu. Bu, vatandaşın dava açtığı dönemde, ihtimaller onun mahkemedeki başarısına karşı olsa bile doğru kalır. Karar verildiğinde vatandaşın örneğinin değerinin tüketilmediğini de hatırlamalıyız. Uygulamalarımız, yasal uzmanlıkla ve hukuk okullarınca, kararın eleştirilmesini gerektirir ve muhalefetin kaydı burada değersiz olabilir.

Elbette bir adam kendi yargısını izlemenin *basiretli* olup olmayacağına karar verdiğinde mahkemelerin ne yapacağını düşünmelidir. Eğer izlerse hapse girmekle, iflas etmekle veya yüz kızartıcı suçla karşılaşmak zorunda kalabilir. Ancak sağduyu hesaplamasını, iyi bir vatandaş olarak düzgünce ne yapabileceği sorusundan ayırmamız temeldir. Toplumun, mahkemeleri yanlış karara vardığına inanıyorsa, ona nasıl davranması gerektiğini inceliyoruz; bu nedenle yargısı diğerlerinden farklı olduğunda ne yapmakta haklılaştırıldığını sormalıyız. Eğer uygun olarak ne yapabileceğinin, toplumun ona nasıl davranacağını tahmin etmesine dayandığını varsayıyorsak, iddiayı ispatlanmış varsayırız.

Aynı zamanda, kanun açık değilse, bir vatandaşın en yüksek mahkeme hatalı olduğu kararını verene kadar düzgünce kendi yargısını izleyebildiği ikinci modeli de reddetmeliyiz. Bu, Yüksek Mahkeme de dahil olmak üzere herhangi bir mahkemenin kendisini geçersiz kılabileceği gerçeğini hesaba katmakta başarısız olur. 1940'da, Mahkeme öğrencilerin Bayrağa selam durmasını getiren bir Batı Virginia yasasının anayasal olduğu kararına vardı. 1943'de kararını geri aldı ve böyle bir yasanın hiç de anayasal olmadığı hükmüne vardı. 1941 ve 1942 yıllarında Bayrağı vicdani nedenlerle selamlamayı reddeden ve Mahkeme'nin 1940 kararının yanlış olduğunu düşünenlerin vatandaş olarak ödevi neydi? Ödevlerinin birinci kararı izlemek olduğunu söyleyemeyiz. Bayrağı selamlamanın vicdana aykırı ol-

duğuna ve mantıklı olarak hiçbir geçerli yasanın onlardan bunu yapmalarını istemediğine inandılar. Yüksek Mahkeme daha sonra bunda haklı olduklarına karar verdi. Mahkeme sadece ikinci karardan sonra selamlamanın suç olmayacağı kararında değildi, (böyle bir durumda hemen her zaman yapacağı gibi) birinciden sonra da suç olmadığı kararındaydı.

Bazıları bayrak selamlama muhaliflerinin, onlar yasama meclisinde kanunu kaldırmaya uğraşırken ve mahkemelerde kanunu aslında çiğnemediği tekrar nasıl mücadele edeceklerinin yolunu bulmaya çalışırken, Mahkeme'nin birinci kararına itaat etmiş olmaları gerektiğini söyleyecek. Vicdanın katılmaması, belki de, daha dikkate değer bir öneri olabilir, çünkü düzgün bir prosedürdeki kazanç kişisel sabır fedakârlığına değer. Ancak vicdan katıldı ve, eğer muhalifler uygun zamanı beklerken kanuna uymuş olsalardı vicdanlarının yapmasını engellediği şeyi yapmış olmanın onarılamaz zararına katlanmış olacaktı. Bir bireyin kanunun bunu yapmasını buyurduğunu bildiğinde bazen vicdanına uymaması gerek demek bir şeydir. Mantıklı olarak kanunun bunu istemediğine inandığında bile vicdanına uymaması gerek demek çok başka bir şeydir; çünkü, eğer kendisinin haklı ve diğerlerinin hatalı olduğunu göstermeye çalışmanın en doğrudan ve belki de tek yolunu seçerse, bu kendi yurttaşlarına rahatsızlık verir.

Bir mahkeme kendi kararını iptal edebileceğinden birinci modeli reddederken sıraladığımız gerekçeler ikincisine karşı da geçerlidir. Eğer muhalefetin baskısı olmasaydı muhalife karşı bir mahkeme kararının hatalı hissedildiği derecenin dramatik bir ifadesi, kararın doğru olup olmadığı sorusuyla kesinlikle alakalı bir ispat olmayacaktı. Hizmet ettiğimizi düşündüğümüz prensipleri çiğneyen kanunlarla yönetilme şansını artırırdık.

Bu hususlar bizi, sanırım, ikinci modelden uzaklaştırıyor ama bazıları onun bir varyasyonunu yerine koymak isteyecekler. Bir kez Yüksek Mahkeme suçla ilgili bir kanunun geçerliliğine karar verdiğinde vatandaşların, sadece kanunun kötü olması değil ancak Yüksek Mahkeme'nin iptal etme eğiliminde olması gibi, mantıklı bir inanca kadar bu karara uyma ödevi olduğunu öne sürecekler. Bu görüş altında 1942'de Bayrağı selamlamayı reddeden Batı Virginia muhalifleri doğru davranıyorlardı çünkü Mahkeme'nin fikrini değiştirebileceğini mantıklı olarak öngörmüş olabilirlerdi. Ancak bir kez Mahkeme zorunlu askerlik kanunu gibi kanunları anayasal kabul edince bu kanunlarla mücadele etmeye devam etmek uygun olmazdı, çünkü Mahkeme'nin yakında fikrini değiştirebileceği yüksek bir ihtimal olmazdı. Bununla beraber bu öneri de reddedilmelidir. Çünkü

bir kez vatandaşın kanun hakkında kendi yargısını gerektiği gibi izleyebileceğini söylersek, mahkemenin muhtemelen ona karşı olacağı yönündeki kendi yargısına rağmen, karşıt bir karar çoktan kitaplarda olduğundan neden farklı hareket etmesi gerektiğine dair akla yatkın bir neden yoktur.

Böylece, üçüncü model veya ona yakın bir şey, toplumumuzda bir adamın toplumsal görevinin en açık ifadesi gibi görünmektedir. Bir vatandaşın bağlılığı belirli bir kişinin kanunun ne olduğu hakkındaki görüşüne değil kanunadır ve kanunun ne istediği hakkındaki düşünülmüş ve mantıklı fikrince hareket ettiği sürece çok da adaletsiz davranmaz. Bunun bireyin mahkemenin söylediğini göz ardı edebileceğini söylemekle aynı olmadığını tekrarlamama (çünkü önemli) izin verin. Emsaller doktrini yasal sistemimizin merkezine yakın durur ve kimse, mahkemelere genel kararlarıyla kanunları değiştirme garantisi vermeden, kanunu izlemek için mantıklı bir çaba sarf edemez. Ancak, eğer konu temel kişisel veya siyasi haklara değiniyorsa ve Yüksek Mahkeme'nin hata yaptığı tartışılıyorsa, bir adam bu kararı kati kabul etmeyi reddederken kendi toplumsal hakkını kullanmaktadır.

Bu gözlemleri zorunlu askerlik kanunu direnişine uygulamadan önce büyük bir soru kalıyor. Kanunun diğer insanların düşündüğü veya mahkemelerin karar verdiği şey olmadığına inanan bir adamın durumundan bahsettim. Bu tanım zorunlu askerlik kanununa vicdanen karşı çıkanların bazılarına uyar ancak çoğunluğuna uymaz. Muhaliflerin çoğu avukatlar veya siyaset felsefecileri değildir; kitaplardaki kanunların ahlaka aykırı ve ülkelerinin idealleriyle uyumsuz olduğuna inanırlar ancak onların da aslında geçersiz olup olmadığı sorusunu göz önünde bulundurmamışlardır. O zaman kişinin kanun hakkındaki kendi görüşünü gerektiği gibi izleyebileceği önermesinin durumlarıyla ilgisi nedir?

Bunu cevaplamak için daha önce belirttiğim noktaya dönmem gerekecek. Anayasa ilgili hukukun doğru uygulanması [*due process*] koşuluyla, eşit korunma koşulu, Birinci Değişiklik ve bahsettiğim diğer koşullarla kanunun geçerli olup olmadığı konusuna alışılmışın dışında siyasi ahlaklılık sokuyor. Bu nedenle birçok zorunlu askerlik kanunu muhalifinin yasanın geçersiz olduğunun farkında olmadıkları ifadesi nitelemeye ihtiyaç duyar. Eğer doğruysa kanunun onların tarafında olduğu görüşünü şiddetle destekleyen inançları vardır; ileri bir yasal sonuca ulaşamamış olmaları, en azından durumların çoğunda, yasal donanımdan yoksun olmalarında bulunabilir. Eğer kanun şüpheli olduğunda kanun hakkında kendi yargılarını izleyen insanların doğru davrandıklarına inanıyorsak,

bu görüşün yargıları aynı şeye çıkan muhalifleri de kapsamına almaması yanlış görünürdü. Üçüncü model için tasarladığım durumun hiçbir tarafı onları daha çok bilen meslektaşlarından ayırt etmemiz yetkisini vermiyor.

Şu ana kadar bu argümandan birden fazla kesin olmayan sonuç çıkarabiliriz: Kanun –her iki tarafın da makul bir durum ortaya koyabileceği şekilde– kesin olmadığında, kendi yargısını izleyen vatandaş adaletsiz davranmış olmuyor. Uygulamalarımız onun böyle durumlarda kendi yargısını izlemesine izin veriyor ve onu cesaretlendiriyor. Bu nedenle hükümetimizin, diğer politikalara çok da zarar vermeden ne zaman yapabilirse, onu korumaya ve kötü durumunu yumuşatmaya çalışmak gibi özel bir sorumluluğu vardır. Bundan hükümetin ona dokunulmazlık sağlayabileceği sonucu çıkmaz – vicdani nedenlerle hareket edenlere dava açmayacağı veya mahkemeyle mantıklı olarak anlaşmazlık yaşayanları mâhkum edemeyeceği kuralını benimseyemez. Bu, hükümetin politikalarını yerine getirme yeteneğini felç ederdi; bunun ötesinde üçüncü modeli izlemenin en önemli yararını da fırlatıp atardı. Eğer devlet hiçbir zaman dava açmasaydı, o zaman mahkemeler muhalefetin yarattığı argümanlar ve tecrübe üzerine dava açamazlardı. Ancak bundan, dava açmak için gerekli pratik nedenler belirli bir durumda oldukça zayıf olduğunda veya başka bir şekilde karşılanabildiğinde, adil olmaya giden yolun hoşgöründen geçtiği çıkıyor. Kanunun kanun olduğu ve her zaman zorla uygulanması gerektiği yönündeki popüler görüş şüpheli bir kanuna kendi yargısıyla yaklaşan ve böylece uygulamalarımız doğrultusunda davranan bir adamla sıradan bir suçluyu ayırt etmeyi reddediyor. Bu iki durum arasında prensipte bir ayırım yapmamak için, ahlaki körlükten başka, hiçbir neden bilmiyorum.

Bu sonuçlara felsefi bir itiraz öngörüyorum: Hukuku ‘gökyüzünde her zaman açıkça bulunan’ olarak ele alıyorum. Kanunun kesin olmadığı ve ispatlanamadığı durumlarda bile ne istediği konusunda yargıya varan insanlardan bahsettim. Kanun bir şey, Yüksek Mahkeme başka şey söylemiş olsa bile ve fikrini yakın zamanda değiştireceği ihtimali olmasa da, istediğini düşünen adamların olduğu durumlardan bahsettim. Bu nedenle, yasal bir sorun için daima doğal hukukta bulunabilecek ya da aşkın [*transcendental*] bir kasada kilitli bir ‘doğru cevap’ olduğu görüşüyle itham edileceğim.

Hukukun kasa teorisi elbette bir saçmalık. Kanun şüpheli olduğunda insanlar kanun hakkında görüş sahibi olurlar ve bu görüşler sadece mahkemelerin vereceği kararların tahmini değildir demekle böyle bir metafiziğe niyetlenmiyorum. Yasal sürecimizin parçası olan uygulamaların çoğunu becerebildiğim kadar doğru özetlemek istiyorum.

Avukatlar ve hâkimler, bunların ispatlanamaz olduklarını bildikleri halde, yasal hak ve ödev açıklaması yaparlar ve onları, bu argümanların herkese hitap etmeyeceğini bildikleri halde, argümanlarla desteklerler. Bu argümanları profesyonel dergilerde, sınıflarda ve mahkemelerde birbirlerine yaparlar. Başkaları yaptığında bu argümanları iyi, kötü veya ortalama olarak değerlendirip cevap verirler. Böyle yaparak verilmiş bir şüpheli durum için bazı argümanların diğerlerinden daha iyi olduğunu farz ederler. Fazla zorlanmadan bu argümanları mahkemelerin vereceği kararların öngörülerinden ayırt ederler.

Bu uygulamalar, şüpheli konular hakkındaki yasal yargılar saçmalıktır veya sadece mahkemelerin vereceği kararların öngörüleridir teorisi tarafından başarısızlıkla temsil edilmiştir. Bu gibi teorilere inananlar bu uygulamaların gerçeğini inkâr edemezler; belki de bu kuramcılar uygulamalar tutmayan varsayımlar üzerine kurulduğundan veya başka bir nedenden dolayı mantıklı olmadığını söylüyor. Ancak bu itirazlarını gizemli yapıyor çünkü hiçbir zaman bu uygulamaların altında yatan amaçların ne olduğunu belirginleştirmiyorlar; ve bu amaçlar belirginleştirilmedikçe kişi bu uygulamaların mantıklı olup olmadığına karar veremez. Altta yatan bu amaçların daha önce tanımladıklarım olduğunu anlıyorum: kanunun muhalif süreçle ve vatandaşlarca deneyimlenerek geliştirilmesi ve test edilmesi.

Yasal sistemimiz bu amaçların peşinden vatandaşları yasal argümanların gücüne veya zayıflığına kendilerinin, veya onlara danışarak, karar vermelerine ve bu yargılarla hareket etmelerine davet ederek, her ne kadar bu izin mahkemeler aynı fikirde olmazsa sıkıntı çekecekleri kısıtlı tehdidiyle nitelense de, gider. Bu stratejide başarı toplumda neyin iyi veya kötü argüman olduğuyla ilgili yeterli uzlaşmanın olup olmadığına bağlıdır ki, böylece farklı insanlar farklı yargılara varacaktır, bu farklılıklar ne çok derin ne de sistemi çalışmaz yapacak kadar sık veya kendi ışıklarıyla hareket edenler için tehlikeli olacaktır. Ben argümanın kriterleri hakkında, her ne kadar yasal felsefenin temel görevlerinden biri bu kriterleri göstermek ve açığa çıkarmak olsa da, bu tuzakları bertaraf edecek kadar uzlaşma olduğuna inanıyorum. Her şekilde bahsettiğim uygulamaların henüz yanlış yöne sevk edici olduğu gösterilmedi; bunun için başkalarının kanun olduğunu düşündüğü şeyi çiğneyenlere hoşgörülü olmanın haklı ve adil olup olmadığı belirlenirken hesaba katılmalıdır.

Hükümetin bir kanunun geçersiz olduğu mantıklı yargısından hareket edenlere karşı özel bir sorumluluğu olduğunu söyledim. Başka politikalarla tutarlıysa, hükümet onlara mümkün olduğunca çok yer ayırmalı.

Karar bir denge sorunu olacak ve açık kurallar yardımcı olmayacak. Yine de bazı ilkeler konabilir.

Savcının suç soruşturmasında bulunup bulunmama kararıyla başlayacağım. Hem hoşgörülü olma sorumluluğunu ve hem de suçlamaların toplumu parçalayacağı riskini eğer muhalifleri yalnız bırakırsa, peşinden kanun politikasının uğrayabileceği zarara karşı dengelemelidir. Bu hesaplamayı yaparken sadece diğerlerinin uğrayacağı zararın boyutunu değil, kanunun bu zararı nasıl değerlendireceğini de gözden geçirmelidir ve bu nedenle sıradaki ayrımı yapmalıdır. Hukukun her kuralı geliştirmesi beklenen bir seri politika veya saygı göstermesi beklenen bir seri prensiple desteklenir ve muhtemelen haklılaştırılır. Bazı kurallar (örneğin, cinayeti ve hırsızlığı yasaklayan kanunlar) korunan bireylerin yasaklanan zararlardan uzak yaşamaya ahlaki bir hakkı olduğu önermesiyle desteklenir. Diğer kurallar (örneğin, daha teknik olan tröst karşıtı kurallar) herhangi bir altta yatan hak varsayımıyla desteklenmez; onların desteği başta yükseltmeye çalıştıkları ekonomik ve toplumsal politikaların iddia edilen yararından gelir. Bunlara ahlaki prensipler eklenebilir (zayıf bir rakibin fiyatlarının altına inmenin katı bir iş uygulaması olduğu görüşü gibi) ancak bunlar söz konusu zarara karşı ahlaki bir hak tanımaya yetmez.

Burada ayrımın amacı şudur: Eğer hukukun belli bir kuralı bireylerin bazı zararlardan uzak olmasının ahlaki hakları olduğu resmi kararını temsil ediyorsa, o zaman bu zararları getiren ihlallere hoşgörülü olma karşıtı güçlü bir argümandır. Örneğin, insanları kişisel zararlardan veya mülklerinin yok olmasından koruyan kanunlar bu tarz bir kararı temsil ederler ve bu şiddet içeren sivil itaatsizliğe hoşgörülü olmaya karşı güçlü bir argümandır.

Bir kanunun ahlaki bir hak varsayımına dayanıp dayanmadığı elbette tartışmalı olabilir. Sorun kanunun arka planı ve hazırlanmasından kanunu yapanların böyle bir hakkı kabul ettiğini var saymanın mantıklı olup olmadığıdır. Şiddet karşıtı kurallara ek olarak, kabul ettiklerinin açık olduğu durumlar vardır; sivil haklar kanunları bunlara örnektir. Birçok samimi ve istekli ayrımcı sivil haklar kanunlarının ve kararlarının anayasal olmadığına inanır, çünkü yerel hükümet ilkelerinden ve kurumlaşma özgürlüklerinden fedakârlık ederler. Bu ikna edici olmasa da tartışılabilir bir görüştür. Ancak bu kanunlar ve kurallar açıkça birey olarak zencilerin ayrımcılık yapılmamasına hakları olduğunu belirtir. Eğer okulun kapısını kapatan adama karşı harekete geçmezsek, içeri almadığı kız çocuğunun yasalarla teyit edilen ahlaki haklarını çiğnemiş oluruz. Hoşgörülü olma sorumluluğu bu kadar ileri gidemez.

Bununla beraber, kız öğrencinin durumu, eğer zorunlu askerlik kanunu muhalifleri cezalandırılmazsa daha erken çağrılabilir veya daha tehlikeli bir göreve verilebilecek, zorunlu askerlik kanunu yükümlüsünden farklıdır. Zorunlu askerlik kanunlarının, hazırlanmasına da göz atılarak bütün olarak ele alındığında, bir adamın sadece belli bazı adamlar veya gruplar çağrılmadan zorunlu olarak askere alınamayacağı ahlaki hakkı olduğu yargısını yansıttığı söylenemez. Zorunlu askerlik sınıflandırmaları ve sınıflandırmalardaki çağırılma listesi toplumsal ve idari kolaylık için düzenlenmiştir. Aynı zamanda savaşta iki oğlundan birini kaybetmiş bir annenin diğerini de kaybetme riskine girmemesi önermesi gibi adil düşünceleri de yansıtır. Ancak hiç sabit hak varsaymazlar. Zorunlu askerlik kanunu heyetine sınıflandırma sürecinde dikkate değer bir takdir yetkisi verilir ve ordunun, elbette, tehlikeli görevler verirken tam takdir yetkisi vardır. Eğer savcı zorunlu askerlik kanununu çiğneyenlere hoşgörülü davranırsa kanunun adil olma ve yararlılık hesaplarında küçük oynamalar yapar. Bunlar askerlik yükümlüleri havuzundakilere dezavantaj yaratabilir ve ancak bu onların ahlaki haklarına karşı çıkmaktan daha farklı bir durumdur.

Ayırım ve zorunlu askerlik kanunu arasındaki fark kanunların nasıl yazılmış olduklarıyla ilgili bir kaza değildir. Vatandaşların içinde hizmet etmeye çağrıldıkları düzene nazaran ahlaki hakları olduğunu varsaymak yüzyılın uygulamalarına ters düşerdi; örneğin, kura seçim sistemi bu varsayım doğrultusunda nefret uyandırıcı olurdu. Eğer tarihimiz farklı olsaydı ve eğer toplum böyle bir ahlaki hakkı tanısaydı, bazı zorunlu askerlik kanunu muhaliflerinin hareketlerini, en azından bu haklara saygı göstermeyi deneyecek şekilde değiştirmiş olacağını varsaymak adil görünür. Öyleyse, birçok eleştirmenin hoşgörünün haklılaştırılıp haklılaştırılmadığı üzerine düşünürken yaptığı gibi, zorunlu askerlik kanunu davalarını şiddet ve sivil haklar davalarıyla aynı şekilde analiz etmek yanlıştır. Zorunlu askerlik davalarında başkalarına adil olmak alakasızdır demiyorum; bu dikkate alınmalıdır ve muhaliflere adil olma ve topluma uzun vadede yarar sağlama karşısında dengelenmelidir. Ancak burada haklar tehlike de olduğunda oynadığı amir rolünü oynamaz.

O zaman adil olma ile kamuya yararlı olma dengesi zorunlu askerlik kanunu direnişine danışmanlık yapanların durumunda nerede yatmaktadır? Eğer bu adamlar şiddeti cesaretlendirmiş veya diğer bir şekilde başkalarının haklarını çiğnemiş olsalardı, o zaman dava açmak için güçlü bir durum olmuş olurdu. Ancak bana böyle fiillerin yokluğunda adil olma ve kamu yararı dengesi başka bir yönde yatıyor gibi görünüyor ve bu neden-

le de Coffin, Spock, Raskin, Goodman ve Ferber'i dava etme kararının yanlış olduğunu düşünüyorum. Eğer zorunlu askerlik yasasına danışmanlık yapanlara dava açılmıyorsa askere alınmaya direnenlerin artacağı öne sürülebilirdi ama bence buna her şekilde karşı çıkacakların sayısının çok da ötesinde olmazdı.

Eğer bu yanılsıza ve daha da fazla direniş varsa, o zaman kalan bu huzursuzluk politika belirleyicileri için önemlidir ve bir konuşma yasağının altına gizlenmemiş olması gerekir. Vicdan konuyla derinden ilgilidir – direnişe danışmanlık yapanların çoğunun bunu başka nedenlere dayandırarak yapmış olmasına inanmak güçtür. Danışmanlığı bir suç sayan yasaların anayasal olmadığı durumu güçlüdür; durumu ikna edici bulmayanlar bile argümanlarının sağlam olduğunu itiraf edecekler. Potansiyel zorunlu askerlik kanunu yükümlülerine –hem direnmeye ikna edilenlere hem de diğerleri ikna olduğu için daha erken çağrılanlara– gelebilecek zarar uzak ve spekülâtifti.

Zorunlu askere alındıklarında göreve başlamayı reddeden erkeklerin durumu daha karışıktır. Önemli soru, dava açamamanın hizmetin toptan reddedilmesine yol açıp açamayacağıdır. Açmayabilir – reddettiklerinde hapse girmeyeceklerini bilseler bile birçok genç Amerikalıyı askere çağrıldığında gitmeye zorlayacak, kariyer dezavantajı da dahil olmak üzere, toplumsal baskılar vardı. Eğer sayı artmasaydı, o zaman Devletin muhalifleri yalnız bırakmış olması gerekirdi ve bu politikanın etkisi daha açık olmadan dava açmayı ertelemekten büyük bir zarar görmezdi. Eğer askere alınmayı reddedenlerin sayısının çok olduğu ortaya çıksaydı, bu, dava açmak için ileri sürülebilirdi. Ancak, aynı zamanda sorunu akademik yapardı çünkü eğer bizi bu hükme getirebilecek yeterli muhalefet olsaydı savaşa devam etmek, totalitere yakın bir rejim haricinde, her şekilde zor olurdu.

Bu çıkarımlarda bir paradoks varmış gibi görünebilir. Daha önce kanun açık olmadığında vatandaşın kendi yargısını, kısmen bu uygulamanın karar için konuları şekillendirdiğine dayanarak izleyebileceğini öne sürmüştüm; şimdi kararı eleyen veya ileriye atan bir gidiş öneriyorum. Ancak çelişki sadece ortada. Uygulamamızın kararı kolaylaştırdığı ve kanunu geliştirerek daha yararlı hale getirdiği gerçeğinden, vatandaşlar kendi ışıklarıyla her hareket ettiğinde, bir davanın izleyeceği çıkmaz. Her durumda soru, konuların karar için olgun olup olmadığında ve kararın konuları daha fazla muhalefet şansını azaltacak veya buna uygun koşulları ortadan kaldıracak şekilde verilir verilmeyeceğinde belirir.

Zorunlu askerlik kanunu durumlarında, bu her iki sorunun cevabı da olumsuzdu: Savaş hakkında çok çelişki ve zorunlu askerlik kanununun içerdiği ahlaki konuların alanı hakkında da belirsizlik ve cehalet vardı. Bir mahkemenin bu konular hakkında karar vermesi için hiç de en iyi zaman değildi, ve muhalefeti bir zaman için hoş görmek daha açık bir şey üretene kadar tartışmayı sürdürmenin bir yolu. Ayrıca, anayasal konuların bir kararının da kanunu belirleyemeyeceği açıktı. Zorunlu askerlik kanununun anayasal olup olmadığı konusunda şüphesi olanlar Yüksek Mahkeme anayasalıdır dedikten sonra bile aynı şüphelere sahiptiler. Bu, temel haklara dokunan, emsaller prensibi uygulamamızın böyle şüpheleri cesaretlendirdiği o durumlardan biri.

Savcı harekete geçmese bile, yine de altta yatan sorunun sadece geçici olarak çaresine bakılmış olacak. Kanun muhalefet fiillerini suç saymaya devam ettiği sürece bir vicdan adamı tehlikeyle karşılaşacak. Hoşgörü sorumluluğunu paylaşan Kongre bu tehlikeyi azaltmak için ne yapabilir?

Kongre söz konusu kanunları muhaliflere ne kadar yer verilebileceğini görmek için gözden geçirebilir. Kanun koyucuların benimsediği her program politikaların ve kısıtlayıcı prensiplerin bir karışımıdır. Örneğin, itham edilmiş suçluların haklarına ve mülk sahiplerinin zararlarının tazminine saygı duyabilelim diye suçun belirlenmesinde ve şehir yenilenmesinde etkinlik kaybını kabul ediyoruz. Kongre muhaliflere olan sorumluluğuna diğer politikaları düzelterek veya fedakârlık yaparak gerektiği gibi uyabilir. İlgili sorular şunlardır: Mümkün en büyük vicdani hoşgörüye, politikaya etkisini en aza indirirken, izin veren ne gibi araçlar bulunabilir? Bu durumda hükümetin hoşgörü sorumluluğu ne kadar güçlüdür – vicdan ne kadar ilgilidir ve aslında kanunun geçersiz olduğu durumu ne kadar güçlüdür? Söz konusu politika ne kadar güçlüdür – politikaya karışmak ödenmesi çok pahalı bir bedel midir? Bu sorular şüphesiz çok basit, ama yapılması gereken seçimlerin merkezini oluşturuyorlar.

Aynı nedenlerden dolayı direnişe danışmanlık yapanlara dava açılmamış olması gerekirdi, bunu suç sayan kanunun iptal edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Bu kanunun konuşma özgürlüğünü kısıtladığı güçlü bir durumdur. Vicdanı kesinlikle baskı altına alır ve muhtemelen hiçbir faydalı etkiye hizmet etmez. Eğer danışmanlık başka türlü yapmayacak birkaç kişiyi direnmeye ikna edecekse, sınırlamanın etkisi küçük demektir; eğer danışmanlık çok kişiyi ikna edecekse, bu bilinmesi gereken önemli bir siyasi gerçektir.

Durumlar zorunlu askerlik kanunu direnişinin kendisinde, yine daha karışık. Vietnam'daki savaşın kendisinin grotesk bir budalalık olduğuna inananlar kanunda barışı daha mümkün kılan bir değişikliği tercih etmiş olurlardı. Ancak, eğer savaşın gerekli olduğunu düşünenlerin durumunu ele alırsak, o zaman zorunlu askere almayı devam ettiren ama muhalifleri tamamen ayrı tutan bir politikanın akılsızca olacağını itiraf etmeliyiz. Bununla beraber, daha az zorlayıcı iki alternatif gözden geçirilmeliydi: gönüllü bir ordu ve savaş ahlaka aykırı bulanları içeren bir genişlemiş vicdani retçi kategorisi. Her iki öneriye karşı söylenecek çok şey var, ama muhalefet için istenen saygı bir kez kabul edilirse ilkenin dengesi onların yararına eğilebilir.

Böylece, vicdani zorunlu askerlik yasası ihlalcilerine dava açılmaması ve yasaları onların yararına değiştirmek güçlü bir durumdu. Bununla beraber, bu politikanın galip geleceğini ummak gerçekdışı olurdu çünkü siyasi baskılar buna karşı çıktı.

Bu nedenle, mahkemelerin ne yapabileceğini ve ne yapmış olduğunu gözden geçirmeliyiz. Bir mahkeme, elbette, zorunlu askerlik kanunlarının bir şekilde, genel olarak veya eldeki davada savunmaya uygulandığı şekliyle, anayasal olmadığı argümanını destekliyor olabilir. Ya da savunmayı mâhkumiyet için yeterli kanıt bulunamadığından beraat ettirebilirdi. Anayasal konuları veya belli bir davanın gerçeklerini tartışmayacağım. Bunun yerine, bir mahkemenin, kanunları desteklese ve gerçekleri itham edildiği gibi bulsa bile, en azından bazı durumlarda mâhkum etmemesi gerektiğini önermek istiyorum. Yüksek Mahkeme, birden fazla zorunlu askerlik kanunu davası ortaya çıktığında, zorunlu askerlik kanununun anayasal olmadığı konusundaki başlıca argümanlar üzerinde karar vermediği gibi, bu argümanların kendi yargı dairesinin sınırları dışında siyasi sorular yarattığına da karar vermedi. Bir mahkemenin, sonradan zorunlu askerlik kanununu desteklese bile, neden bu şartlarda beraat ettirmesi gerektiği konusunda güçlü nedenler vardır. Mahkemenin kararından önce zorunlu askerlik kanununun geçerliliğinin şüpheli olması ve insanları şüpheli bir kanuna itaatsizlikten cezalandırmanın adil olmayacağı nedeniyle beraat ettirmesi gerekir.

Bu yönde bir karar için emsal olurdu. Mahkeme birçok kez ilgili süreç nedenlerine dayanarak cezai mâhkumiyetleri geri çevirdi, çünkü söz konusu kanun oldukça belirsizdi. (Örneğin, mâhkumiyetleri 'pahalı fiyatlar' istemeyi veya 'çete' üyesi olmayı suç sayan kanunlara dayanarak bozdu.) Belirsiz bir kanunla mâhkumiyet almak davanın yürürlükteki kurallarla

ele alınması gerektiği ahlaki ve siyasi ideallerini iki yönden çığner. Birincisi, vatandaşı ya kendi sorumluluğunda hareket etme ya da hayatında yasa koyucunun uygun gördüğünden daha sıkı bir kısıtlamayı kabul etme haksız durumuna koyuyor: Daha önce de tartıştığım gibi, toplumsal bir davranış biçimi olarak, böyle durumlarda en kötüyü beklemesi gerektiği kabul edilebilir değildir. İkincisi, savcıya ve mahkemeye olaydan sonra bir veya diğer mümkün yorumu seçerek cezai kanunu yapma gücünü veriyor. Bu yasa koyucunun otoriteyi, bizim güçlerin ayrılığı tasarımızla tutarsız olarak, devretmesi olur.

Şartları belirsiz olmayan ancak anayasal geçerliliği şüpheli olan cezai bir kanunla hüküm giymek davanın yürürlükteki kurallarla ele alınmasını bu yolların birincisinde ihlal eder. Bir vatandaşı en kötüyü beklemeye veya kendi sorumluluğunda hareket etmeye zorlar. İkinci yol gibi bir durumda da davanın yürürlükteki kanunlarla ele alınmasını ihlal eder. Vatandaşların birçoğu, eğer onu çığnemekle hapse girme riskini yaşayacaklarsa şüpheli bir kanundan yıldı. O zaman kongre, mahkemeler değil, cezai kanunların anayasallığına karar veren etkili ses olurdu ve bu da güçlerin ayrılığını ihlal eder.

Eğer muhalefet fiilleri Yüksek Mahkeme kanunların geçerli olduğuna karar verdikten sonra olmaya devam ederse veya siyasal sorun doktrini uygulanırsa, o zaman bahsettiğim nedenlerle beraat ettirmek artık uygun değildir. Mahkeme'nin kararı kanunu, daha önce verilen nedenlerden dolayı, sonunda kesinleştirmiş olmayacak, ancak Mahkeme kesinleştirmek için yapılabilecek her şeyi yapmış olacak. Bununla beraber, mahkemeler hâlâ mâhkumiyet takdirlerini uygulayabilir ve muhalifin pozisyonuna bir saygı nişanesi olarak asgari ceza verebilir veya tecil edebilir.

Bazı avukatlar, vicdani nedenlerle zorunlu askerlik yasasına itaatsizlik edenlere karşı sorumluluğumuz olduğu ve onlara dava açmamamızın ancak daha çok kanunlarımızı değiştirmemiz veya mâhkumiyet prosedürümüzde onları barındıracak düzenleme yapmamızın istenebileceği genel çıkarımına şaşıracaklar. Suçun cezalandırılması ve kanunu yanlış değerlendirenlerin sonuçlarına katlanması gibi basit Drakonyen* önermeler hem profesyonel hem de popüler hayal gücünde önemli bir yer tutuyor. Ancak hukukun kuralı bundan daha karmaşık ve akıllı, ve uzun ömürlü olması önemli.

* Eski Yunan'daki ilk iki yasa yapıcıdan biri olan Drakon (diğeri Solon), İÖ 642'de yaptığı ceza yasasındaki cezaların sertliği ile bilinir. (ç.n.)

1.

1945 yılında Sweatt adında bir siyah Texas Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başvurdu ancak kabul edilmedi, çünkü eyalet kanunu sadece beyazların gidebileceği şartını koyuyordu. Yüksek Mahkeme bu kanunun Sweatt'ın haklarını, Birleşik Devletler Anayasası'nın, hiçbir eyaletin bireyi kanunun eşit korumasından mahrum edemeyeceğini şart koşan On Dördüncü Değişikliği gereğince ihlal ettiğini beyan etti.¹ 1971'de DeFunis adında bir Yahudi Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başvurdu; test sonuçları ve kolej notları –eğer bir siyah, bir Filipinli, bir Meksika kökenli veya Amerikan yerlisi [Kızılderili] olsaydı kabul edilebileceği kadar– iyi olmasına rağmen reddedildi. DeFunis Yüksek Mahkeme'den azınlık gruplarından daha az özen gerektiren standartlar talep eden Washington uygulamasının On Dördüncü Değişiklik gereğince haklarını ihlal ettiğini beyan etmesini istedi.²

Washington Hukuk Fakültesi'nin kabul prosedürleri karmaşıktı. Başvurular iki gruba ayrılıyordu. Belirtilen azınlık gruplarından olmayan ço-

1) *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629, 70 S. Ct. 848.

2) *DeFunis v. Odegaard*, 94 S. Ct. 1704 (1974).

ğunluk, ilk olarak, aldıkları ortalama (okul notlarıyla yetenek testi sonuçlarının ortalaması) belirli bir seviyenin altına düşenleri elemek için sınavdan geçirirdi. Bu birinci kısmı geçen çoğunluk adayları sonra gittikçe daha dikkatli gözden geçirilen kategorilere yerleştiriliyordu. Diğer taraftan azınlık grubu başvuruları sınava alınmıyordu; her biri siyah bir hukuk profesörü ve siyah öğrencilere yardımcı olan programlarda öğretmenlik yapmış beyaz bir profesörden oluşan özel bir komitenin oldukça dikkatli incelemesinden geçiriliyorlardı. DeFunis'in reddedildiği yıl, kabul edilen azınlık adaylarının çoğu, sınır seviyesinin altında ortalama tutturmuştu ve hukuk fakültesi, onun ortalamasını tutturan herhangi bir azınlık adayının kesinlikle kabul edilmiş olacağını itiraf etti.

DeFunis davası geleneksel olarak liberal nedenleri destekleyen siyasi hareket gruplarını böldü. Örneğin, B'nai Brith Anti –Defamation League ve AFL–CIO, DeFunis'in iddiasını destekleyen danışman raporları [*amici curiae*] vermelerine karşılık, Amerika Yahudi Kadınlar Konseyi, UAW ve UMWA karşıt raporlar verdiler.

Eski müttefikler arasındaki bu bölünmeler davanın hem pratik hem de felsefi önemini gözler önüne seriyor. Geçmişte liberaller bir dizi tavır içinde üç önermeyi benimsiyorlardı: Irksal sınıflandırma kendisellelikle (bizatihi) bir kötülüktür; her bireyin yeteneklerine uygun bir eğitim imkânına hakkı vardır; ve olumlu [*affirmative*] eyalet hareketi Amerikan toplumunun ciddi eşitsizliklerini düzeltme için uygun araçtır. Bununla beraber, son on yılda aslında bu liberal önermelerin, en etkili eyalet hareket programlarının irksal azınlık gruplarına rekabet avantajı verenler olması nedeniyle, çok da uyumlu olmadığı görüşü gelişti.

Elbette bu görüşe karşı çıkıldı. Bazı eğitimciler merhametli kotaların, tercihli muamele birçok siyahın şimdiden yaşadığı aşağılık duygusunu güçlendireceğinden, etkisiz hatta kendi kendini yıkıcı olduğunu öne sürerler. Diğerleri daha genel bir itirazda bulunuyor. Herhangi bir irksal ayrımcılığın, azınlıklara yarar sağlama amacıyla olsa bile, irksal fark herhangi bir neden için her hoş görüldüğünde önyargı güçlendiğinden, aslında o azınlıklara zarar getireceğini öne sürüyor. Ancak bunlar karmaşık ve çatışmalı deneyimsel yargılardır ve, akli başında eleştirmenlerin kabul ettiği gibi, tercihli muamelenin daha fazla zarar ya da yarar getireceğine karar vermek için çok erkendir. Diğer idarecilerin kararlarını, özellikle anayasal davalarda, hâkimler toplumsal politikaların etkinliği konusunda uzlaşmıyorlar diye iptal etmek hâkimlerin işi değildir. Dolayısıyla, bu deneyimsel eleştiri, karşıt ayrımcılık azınlıklara yarar sağlasa ve uzun vadede önyargıyı

azaltsa bile, yine de ırk ayrımları özünde adaletsiz olduğundan yanlıştır ahlaki argümanıyla güçlendiriliyor. Onlar adaletsizdirler çünkü çok da müsamaha edilmeyen grupların bireysel üyelerinin, DeFunis'inki gibi bir konumu kaybettirerek, haklarını ihlal ederler.

DeFunis bu ahlaki argümanı mahkemeye anayasal bir sav biçiminde sundu. Yüksek Mahkeme sonunda argümanın iyi veya kötü olup olmadığına karar vermedi. DeFunis daha aşağı bir mahkeme lehine karar verdikten sonra hukuk fakültesine alınmıştı ve hukuk fakültesi davaya son olarak nasıl karar verilirse verilsin mezun olmasına izin verileceğini bildirdi. Böylece, Mahkeme davanın konusuz kaldığına karar verdi ve başvuruyu bu gerekçeyle reddetti. Ancak Yargıç Douglas davanın bu taraf-sız tanzimine katılmıyordu; Mahkeme'nin DeFunis'in iddiasını layık olduğu biçimde desteklemesi gerektiğini ileri süren bir karşı oy yazısı yazdı. Birçok üniversite ve kolej yargıç Douglas'ın görüşünü duvardaki el yazısı (görüş bildirimi) olarak aldı ve kendi uygulamalarını bu görüşün üstün gelebileceği ileriki bir mahkeme kararı beklentisiyle değiştirdi. Aslında Douglas'ın görüşü, hukuk fakültelerinin Washington'un kullandığından daha sofistike bir politikayla tamamen aynı sonuca ulaşabileceklerini gösterdi. Bir fakülte, örneğin, her ırk ve gruptan başvuruların inceleneceğini ancak belirli azınlık grupları başvurularının farklı puanlanacağını veya alınan genel ortalamada, tecrübeler standart sınavların başvuranların gerçek yeteneğini ölçmekte farklı nedenlerde dolayı zayıf kaldığını göstermiş olduğundan, daha az ağırlık verileceğini şart koşabilir. Ama, eğer bu teknik kasıtlı olarak aynı sonuca ulaşmak için kullanılıyorsa hilelidir ve geriye Washington Üniversitesi'nde kullanılan samimi programın neden ya haksız olduğunu ya da anayasal olmadığını sormak kalır.

2.

DeFunis'in, eyaletin ona belli nitelikte hukuk eğitimi vermesine ilişkin anayasal hakkı olmadığı açıktır. Eğer eyaletinde bir hukuk fakültesi olmasaydı ya da onun entelektüel meziyetleriyle bir tanesini dolduramayacağı, çok az yeri olan bir hukuk fakültesi olsaydı, hakları ihlal edilmemiş olacaktı. Zekânın özel kabul edilme testi olmasında ısrar etme hakkı da yoktur. Hukuk fakülteleri kabul için ağırlıklı olarak zekâ testlerine güvenirler. Bununla beraber, bu durum, başvuranların bu biçimde değerlendirilmeye hakkı olduğundan değil, toplum, eğer hukukçuları zekiyse, genel olarak

daha iyi olacağından uygun görünüyor. Entelektüel standartlar akıllı olanı ödüllendirdiğinden değil ama yararlı bir toplumsal politikaya hizmet ettiklerinden haklılaştırılırlar.

Ayrıca, hukuk fakülteleri bazen bu politikaya, zekâ testlerine bazı başka standartlar ekleyerek daha iyi hizmet ederler: Örneğin, bazen çalışan adayları, daha zeki ancak daha tembel olanlara tercih ederler. Aynı zamanda zekânın ilgili olmadığı özel politikalara da hizmet ederler. Örneğin, Washington Hukuk Fakültesi sadece azınlık adaylarını değil, askeriye katılmadan önce öğrenci olan kıdemli askerleri de özel tercihle aldı, ve ne DeFunis ne de onun adına sunulan raporların hiçbiri bu tercihten şikâyet etti.

DeFunis'in hukuk fakültesinde bir yer için kesin bir hakkı yok; kabul standardı olarak sadece zekânın kullanılmasını istemeye de hakkı yok. O, ırksal bir sınıflamanın genel refahı artırmada veya toplumsal ya da ekonomik eşitsizliği azaltmada ne denli işe yarasa da, ırkın bir standart olarak kullanılmamasına hakkı olduğunu söylüyor. Bununla beraber, bu hakkı, konuşma veya din özgürlüğü hakkı gibi, Anayasa tarafından özellikle korunan ayrı ve bağımsız siyasal bir hak olarak görmüyor. Anayasa ırksal sınıflandırmayı, sansür veya eyalet dini tesis etmek gibi doğrudan yasaklamıyor. DeFunis ırkın kabul kriteri olarak kullanılmaması hakkının, hiçbir eyaletin hiç kimseyi kanunun eşit korumasından mahrum edemeyeceğini şart koşan, On dördüncü Değişikliğe dayanarak korunan daha soyut eşitlik hakkından çıktığını iddia ediyor.

Ancak her iki tarafın hazırladığı hukuki argümanlar, ne Anayasa metni ne de Yüksek Mahkeme'nin önceki kararlarının Eşit Korunma Koşulu'nun, bütün ırksal sınıflandırmaları, bir hukuk sorunu olarak, anayasaya aykırı kılıp kılmadığı sorununu kesin olarak çözmediğini gösteriyor. Koşul, eşitlik kavramını bir yasama ölçütü haline getiriyor ancak bu kavramın özel bir anlayışını şart koşturmuyor.³ Maddeyi hazırlayanlar kölelik ve ırksal önyargının belli sonuçlarına saldırmaya niyetlendiler ancak bütün ırksal sınıflandırmaları kanundışı bırakmaya niyetlenmeleri ya da böyle bir yasaklamanın kendi yazdıklarının sonucu olduğunu ummaları mümkün değildir. Eşitliği ihlal eden her politikayı kanundışı olarak saptadılar ancak bunun ne anlama geldiğine karar vermeyi zaman zaman diğerlerine bıraktılar. Eğer tüm ırksal sınıflamaların, hatta toplumu bütün olarak daha eşit kılanların da, kendisinin eşit koruma bireysel hakkının özüne tecavüz edici

oldukları biçiminde iyi bir ahlaki argümanı bulunmazsa, DeFunis lehine iyi bir hukuki argüman da olamaz.

Bireyin eşit korunma hakkının bazen başka türlü çekici [olabilecek] bir toplumsal politikayla –toplumu genel olarak daha eşit kılma politikası da dahil– çatışmasında paradoksal bir şey yoktur. Bir hukuk fakültesinin kurayla seçilen birkaç orta sınıf öğrencinin harcını fakir öğrencilerin burs fonunu artırmak için iki katına çıkardığını farz edin. Bu, kurayla seçilen öğrencilerin, artırılmış harçları ödeyebilecek durumda olan diğer öğrencilerle eşitlik hakkını ihlal ederek arzulanan bir politikaya –fırsat eşitliği– hizmet etmek olurdu. Aslında, bizi politika olarak eşitlikle hak olarak eşitlik arasındaki ayrımın, siyaset teorisinin neredeyse görmezden geldiği bir ayrımın, doğruluğunu kabul etmeye zorlaması DeFunis davasının öneminin bir parçasıdır. Washington Hukuk Fakültesi daha fazla genel eşitlik politikası hatırına onun bireysel eşitlik hakkını ihlal etti, aynı şekilde tesadüfen seçilmiş öğrencilerin iki kat harç ödemesi de aynı nedenle onların haklarını ihlal eder.

Dolayısıyla, dikkatimizi bu iddiaya yöneltmeliyiz. Üzerinde döndüğü temel kavramı, bireysel eşitlik hakkının Eşit Korunma koşuluyla anayasal bir hak yapıldığı kavramını tanımlamaya çalışmalıyız. Vatandaşların birey olarak, genel eşitliği ilerletmek de dahil önemli ekonomik ve sosyal politikaları hedefleyen programlara üstün gelecek ne gibi eşitlik hakları vardır?

Sahip olduklarının söylenebileceği iki farklı türde hak vardır. Birincisi, bir olanağın, kaynağın veya yükün eşit dağıtımı olan *eşit muamele* [*equal treatment*] hakkıdır. Örneğin, her vatandaşın demokraside eşit oy hakkı vardır; daha farklı ve daha karmaşık bir düzenleme kolektif refahı daha iyi güvenceye alacak olsa bile, bir kişinin bir oy hakkı olması gereği Yüksek Mahkeme kararının belkemiğidir. İkincisi, *eşit olarak davranılma* [*treatment as an equal*], bir yükün veya yararın dağılımından aynıyı alma değil de, herhangi biriyle aynı saygıyı ve ilgiyi görerek davranılma hakkıdır. Eğer iki çocuğum varsa ve biri diğerini huzursuz eden bir hastalıktan ölüyorsa hangisinin kalan uyuşturucuyu alması gerektiğini belirlemek için yazı tura atarsam eşit ilgi göstermiyorumdur. Bu örnek eşit olarak davranılma hakkının temel ve eşit muamelenin türevi olduğunu gösteriyor. Bazı koşullarda eşit olarak davranılma hakkı eşit muamele hakkını içerecektir, ancak hiçbir şekilde her koşulda değil.

Hukuk fakültesinin yer tayininde DeFunis'in eşit muameleye hakkı yoktur; o, yalnızca diğerlerine yer verildiği için bir yer hakkına sahip değildir. Bireylerin ilköğretimde eşit muameleye hakları olabilir, çünkü

ilköğretimden mahrum bırakılan birinin yararlı bir yaşam sürmesi olası değildir. Ancak hukuk eğitimi herkesin hakkı olmasını gerektirecek kadar yaşamsal değildir.

DeFunis'in ikinci türden bir hakkı vardır – hangi kabul standartlarının kullanılması gerektiği kararındaki eşit olarak davranılma hakkı. Yani, hukuk fakültesinin ırkı, kabulde geçerli bir kriter olarak sayıp saymama-ya karar verdiği zaman onun çıkarlarını, diğerlerinin çıkarları gibi tümüyle ve duygudaşlıkla ele almasına ilişkin hakkı vardır. Ancak bunun ifade ettiği anlamı abartmamaya özen göstermeliyiz.

Bir adayın eşit olarak davranılma hakkının, daha az zeki adayları daha zekilere karşı avantajlı duruma getiren testlerle ihlal edildiğinden şikayetçi olduğunu varsayın. Bir hukuk fakültesi uygun olarak takip eden tarzda cevap verebilir. Herhangi bir standart belli adayları diğerlerine karşı dezavantajlı duruma sokacaktır, ancak bir kabul politikası, yine de, eğer toplumun genel kazancının genel kaybını geçeceğini ummak makul görünüyorsa ve eğer kabaca aynı kazancı üretecek, karşılaştırılabilir bir dezavantaj getirmeyen bir politika yoksa, haklılaştırılabilir. Bireyin eşit olarak davranılma hakkı potansiyel kaybının, ilgili bir sorun olarak ele alınacağı anlamına gelir, ancak yine de bütün olarak toplumun kazancı bu kayba ağır basabilir. Eğer öyleyse, o zaman daha az zeki aday sadece diğerlerinin yaşamadığı bir dezavantajın sıkıntısını çekiyor diye eşit olarak davranılma hakkının elinden alındığını iddia edemez.

Washington DeFunis'e aynı cevabı verebilir. Herhangi bir kabul politikası bazı adayları dezavantajlı yapacaktır ve azınlıklara yönelik bir tercih politikasının bütün olarak topluma yarar sağladığı, DeFunis gibi adayların kayıpları hesaba katıldığında bile, mantıklı olarak düşünülebilir. Eğer daha fazla siyah hukukçu olsaydı, siyah topluma daha iyi hukuki hizmet sağlanmasına çalışırlar ve böylece toplumdaki gerginliği azaltırlardı. Ayrıca, sınıfta toplumsal sorunların tartışmacısı olarak daha çok siyahın olması bütün öğrenciler için hukuk eğitiminin kalitesini yükseltirdi. Bunun ötesinde, eğer siyahlar başarılı hukuk öğrencileri olarak görülürlerse, o zaman normal zekâ düzeyindeki diğer siyahlar da başvurmaları için cesaretlendirilebilir ve bu da karşılık olarak çitanın entelektüel niteliğini artırır. Her durumda siyahların tercihlili kabulü şimdi farklı ırksal grupların arasında var olan zenginlik ve güç farkını azaltabilir ve böylece toplumu bütün olarak daha eşit kılabilir. Söylediğim gibi, tercihlili bir kabul programının bu değişik politikaları ilerletip ilerletmeyeceği tartışmalıdır, ancak ilerleteceğinin makul olmadığı söylenemez. Bu varsayımda DeFunis gibi

adayların dezavantajı daha büyük bir kazanç için ödenmesi gereken bir bedeldir; bu yönden daha az zeki öğrencilerin dezavantajına olan sıradan kabul politikalarının bedeline benzemektedir.⁴

Şimdi, DeFunis davası ile, varsaydığımız hukuk fakültesinin rasgele seçtiği öğrencilere daha fazla harç yüklediği dava arasındaki farkı görüyoruz. Burs fonuna kazanç sağlamak için bu öğrencilere özel dezavantaj gerekli değildi, çünkü aynı kazanç, bedel bunu ödeyebilecek öğrenciler arasında eşit paylaştırılırdı da, kolayca elde edilebilirdi. Bu DeFunis için doğru değildir. O, Washington politikasından kabul edilen çoğunluk öğrencilerinden daha çok sıkıntı çekti. Ancak bu ayrımcılık keyfi değildi; onun onayladığı yeteneklere göre değerlendiren standartların bir sonucuydu. DeFunis'in argümanı bu nedenle başarısızdır. Eşit Korunma Koşulu, eşit olarak korunmaya anayasal dayanak sağlar, ancak o, bu hakta, koşulun her ırksal sınıflandırmayı yasaya aykırı yaptığı iddiasına bir destek bulamaz.

3.

Bununla beraber, eğer DeFunis'in iddiasını bu doğrusal biçimde reddedersek, bu bulmacayla başa baş kalırız. Onun iddiasını ahlak ve hukukta destekleyen birçok yetenekli hukukçu bu hatayı nasıl yapmış olabilir? Bütün bu hukukçular zekânın hukuk fakültelerine kabulde uygun bir kriter olduğunda hemfikirdirler. Herhangi birinin eşit olarak davranılma anayasal hakkından bu kriterle fedakârlık edildiğini düşünmüyorlar. Neden ırkın da, bu on yılın koşullarında, uygun bir kriter olabileceğini inkâr ediyorlar?

Belki de ırk kriterinin yanlış kullanılabileceğinden; böyle bir kriterin, Yahudiler gibi, tutulmayan azınlıklara karşı önyargılı olmanın bahanesi olarak hizmet edeceğinden korkuyorlar. Ancak bu karşı çıkışlarını açıklayamaz.

4) Bu bölümde daha sonra bir politikanın kişinin eşit olarak davranılma hakkını, bu politikanın toplumsal kazancının kayıplarından ağır geldiği gerçeğine rağmen, ihlal ettiği koşullar olduğunu tartışacağım. Bu koşullar, kayıplara ağır basan kazançlar, resmi görevlilerin veya kurumların dikkate almasının son derece uygunsuz olduğu, önyargılardan memnuniyet duyma ve diğer bazı tercihleri içerdiğinde ortaya çıkar. Ancak bu paragrafta betimlenen varsayımsal toplumsal kazançlar o nitelikteki kazançları içermez. Eğer DeFunis'in Washington politikasının ihlal ettiği eşit olarak davranılma hakkının ötesinde başka bir hakkı olsaydı, o zaman elbette politikanın bütünsel bir kazanç sağlayabileceği, ihlali haklılaştırılmazdı (6. Bölüm'e bakınız). Eğer Washington kabul prosedürü, örneğin, dini özgürlük hakkını ihlal eden dini bir ölçüt içerseydi, böyle bir ölçütü kullanmanın toplumu daha çok birleştireceği bahanesi olmazdı. Ancak DeFunis Eşit Korunma Koşulu hakkının ötesinde ayrı bir hakka güvenmiyor.

Herhangi bir kriter yanlış kullanılabilir ve her durumda ırksal kriterlerin, sadece suiistimale açık değil de, ilke olarak yanlış olduğunu düşünüyorlar.

Neden? Cevap *DeFunis* ve *Sweatt*'in, teoride ve pratikte, birlikte çıkmasının veya batmasının gerektiği inancında yatıyor. Onlar, liberallerin Texas'ın *Sweatt*'e karşı bir renk engeli oluşturmasını ayıplamalarını ve ardından Washington'un *DeFunis*'e karşı bir renk engeli oluşturmasını alkışlamalarını mantıksız buluyorlar. Bu iki durum arasındaki farkın sadece şimdi gözde olan bazı azınlıkların liberallerin öznel tercihi olması gerektiğini düşünüyorlar. Eğer ırksal sınıflandırmalarda bir sorun varsa, o zaman bu sorun, sadece şu anda sevilen ırksal gruplara karşı olan sınıflandırmalar değil, bu biçimdeki ırksal sınıflandırmalardadır. Bu, Anayasa'nın renk körü olduğu, *DeFunis* savunucularının güvendiği sloganın arkasındaki söylenmemiş öncüldür. Bu slogan elbette söylediğinin tam tersi anlama gelir: Anayasa'nın, herhangi bir kurumsal ırksal sınıflandırmayı bir hukuki sorun olarak geçersiz kılacak kadar renge duyarlı olduğu anlamına gelir.

Bu nedenle, *Sweatt* ve *DeFunis*'in birlikte batıp çıkmaları gerektiği varsayımını test etmek oldukça önemlidir. Eğer bu varsayım sağlamsa, o zaman *DeFunis*'e doğrusal karşı çıkan argüman hatalı olmalıdır, çünkü hiçbir argüman bizi *Sweatt*'e karşı uygulanan ayrımcılığın haklılaştırılabilir veya anayasal olduğuna ikna edemez.⁵ Ayrıca *DeFunis* karşıtı argümanlar gerçekten de yüzeysel olarak *Sweatt*'e karşı da uygun görünüyor, çünkü Texas'ın ayrımcılığı, siyahların özel dezavantajını bütünün kazancı için ödenmesi gereken bir bedel olarak, kolektif refaha yararlı göstermek için kullanmış olabileceği argümanını oluşturabiliriz.

Texas kabul komitesinin, hiç önyargısı olmayan kadın ve erkeklerden oluşmasına rağmen, Texas ekonomisinin eğitebileceğinden daha fazla beyaz hukukçu istediğini ancak siyah hukukçulara yapacak bir şey bulmadığı kararını verdiğini varsayın. Aslında bu II. Dünya Savaşı'ndan sonra Texas'ta ticari piyasanın hukukçular için gerçekçi bir değerlendirilişi de olabilir. Birleşik hukuk firmaları patlayan işe hizmet etmek için avukatlara ihtiyaç duydu, ancak, ne kadar yetenekli olursa olsun, tuttuklarında

5) Gerçek *Sweatt* kararında Yüksek Mahkeme ayrımcılığa, eğer siyahlar için 'ayrı ama eşit' şartlar hazırlanırsa, anayasal olarak izin verildiği eski kuralını uyguladı. Texas siyahlar için ayrı bir hukuk fakültesi kurmuştu ancak Mahkeme bunun hiçbir şekilde beyazların okuluyla eşit olmadığı kararına vardı. *Sweatt* davasına, Mahkeme'nin en sonunda 'ayrı ama eşit' kuralını kaldırdığı ünlü *Brown* davasından önce karar verildi ve bugün sadece beyazların gittiği hukuk fakültesinin, beyazlarınkine eşit sadece siyahların gittiği hukuk fakültesi maddi olarak sağlansa bile, anayasal olmadığı kuşkusuzdur.

firmaların işleri bozulacağından siyah avukatlar tutmayı göze alamadılar. Texas'taki siyahi toplumun yetenekli avukatlara çok ihtiyaç duyduğu ve mevcut olsalardı siyah avukatları kullanmayı tercih edeceği şüphesiz gerçektir. Ancak, komite, bütün olarak eyaletin ticari ihtiyacının bu özel ihtiyaca ağır bastığını düşünmüş olabilir.

Ya da komitenin, şüphesiz doğru olarak, siyah bir öğrenciyi aldığı takdirde hukuk fakültesinin mezun öğrenci bağışlarının şiddetle düşeceğini değerlendirdiğini düşünün. Komite bu gerçeğe üzülebilir, ancak yine de bunu izleyen kolektif zararın ırksal kısıtlamayla dışarıda bırakılan siyah adayların zararından daha fazla olacağına inanabilir.

Bu varsayımsal argümanların, siyahları dışarıda bırakan her politika siyahlara karşı benzeri önyargılarla destekleneceğinden ve az önce tanımlanan argümanlar tarzında olanların sadece ussallaştırılmasından ibaret olacağından, ustaca olmadığı söylenebilir. Eğer bu argümanlar gerçekte sağlamsa, o zaman itirazın kabul ettiği önyargılara sahip olmayanlar tarafından kabul edilebilirler. Dolayısıyla bu, kabul memurlarının önyargılı (eğer öyle iselerdi) olduğu, eğer olmasalardı bu argümanları reddetmiş olacakları olgusundan [sonuç olarak] çıkmaz.

Her durumda, tanımladıklarım gibi olan argümanlar dışarıda bıraktıklarına karşı aslında önyargılı olmayan memurlar tarafından kullanıldı. Uzun yıllar önce merhum Profesör Bickel'in B'nai Brith raporunda bize hatırlattığı gibi, Harvard Üniversitesi Başkanı Lowell, üniversitesi tarafından kabul edilebilecek Yahudilerin sayısını sınırlandıran bir kota taraftarı görüş bildirdi. Eğer Yahudiler toplumdaki oranlarından fazla oranlarda, zekâ tek test olsaydı kesinlikle olacağı gibi, kabul edilirlerse, o zaman Harvard artık dünyaya amaçladığı niteliklerde ve mizaçta kişiler, yani Yahudilerden daha çok yönlü ve Yahudilerin eğilimli olduğundan daha az özgün inceliğe sahip, ve böylece hem yönetim içinde hem de dışında diğer kişilere daha iyi ve daha muhtemel liderlik edecek kişiler yetiştiremeyecekti. Lowell konuştuğu zaman Yahudilerin yönetimde önemli görevlerde veya büyük kamu kuruluşlarının başkanları olarak yer işgal etmelerinin pek de muhtemel olmadığı şüphesiz gerçektir. Eğer Harvard toplumun liderlerinin entelektüel kapasitelerini iyileştirerek genel refaha hizmet etmek istiyorsa, sınıfların Yahudilerle doldurulmasına izin vermemek mantıklıydı. Bu sonuca varan kişiler senatör olmaları muhtemel Waspların* şirketi yerine,

* Beyaz, Anglosakson, Protestan, yani Amerika'da yönetimi elinde tuttuğu ve tutması gerektiği varsayılan egemen sınıftan olanlar. (ç.n.)

Yahudilerinkini tercih edebilir. Lowell, belki de görevinin sorumlulukları tercihine sıkça uymasını engellemesine rağmen, böyle yaptığını ima etti.

Buna rağmen, şimdi, makul bir politikayı desteklese bile, siyahlara karşı ayrımcılığın, yine de iğrenç ve aşağılayıcı olduğundan haklılaştırılmadığı söylenebilir. DeFunis'e karşı olan raporlar onun iddiasını Sweatt'inkinden ayırmak için bu argümanı kullanıyor. Siyahlar kölelik ve yasal ayrımcılığın kurbanı olduğundan siyahları dışarıda bırakan bir ayrımcılığın onlar tarafından, onu destekleyen genel refah argümanları ne olursa olsun, aşağılayıcı algılanacağını söylüyorlar. Ancak genel bir durum olarak, eğer dezavantajlı bir duruma getirdiği kişiler aşağılanmış hissediyorlarsa, herhangi bir toplumsal politikanın haksız olduğu doğru değildir. Hukuk fakültesine sadece zekâyla kabul edilme, daha az zeki olanlar dışarıda kalmalarıyla aşağılanmış hissedecekler diye haksız değildir. Her şey aşağılanma hissinin, aşağılanma hissi hissedilmese bile politikayı ortadan kaldıracak nesnel bir özellikten kaynaklanıp kaynaklanmadığına dayanır. Eğer ayrımcılık, genel refahı, siyahların dezavantajı tümüyle hesaba katıldığında bile geliştiriorsa, ve ayrımcılığın niçin yine de haklılaştırılmadığına dair bir başka neden bulunamadığında, o zaman siyahların hissettiği aşağılanma, anlaşılır olmakla beraber, yanlış bir algılamaya dayanır.

Her durumda DeFunis'in pozisyonundaki kişilerin kendi dışarıda bırakılmalarını aşağılayıcı algılamayacaklarını varsaymak yanlış olurdu. Kendilerini, muhtemelen, konforlu ve başarılı liberallerin daha şiddetli toplumsal değişimi geciktirmek için feda etmeye istekli oldukları Yahudiler, Polonyalılar veya İtalyanlar gibi, diğer bir grup azınlık olarak da düşünmeyecekler. Eğer DeFunis'i Sweatt'ten aşağılanma kavramını kullanan bir argümanla ayırmayı dilersek, birinin muamelesinin, ama diğerinin değil, aslında haksız olduğunu göstermeliyiz.

4.

Öyleyse, bu iki davayı ayırabilecek bildik argümanlar ikna edici değildir. Bu, Sweatt ve DeFunis'in benzer şekilde muamele görmesi ve böylece ırksal sınıflandırmanın tamamen hukukun dışına çıkarılması gerektiği görüşünü onaylar görünmektedir. Ancak neyse ki, davaların aslında çok farklı olduğu ilk fikrimizi destekleyecek daha başarılı bir ayırım zemini bulunabilir. Bu ayırım, ikna edici olmayan argümanların yaptığı gibi, ırk ve ayrımcılık konularına özgü özelliklere veya eğitim fırsatına özgü özellik-

lere bile dayanmaz. Bunun yerine benim DeFunis karşıtı, bazı koşullarda birçok kişiyi dezavantajlı duruma getiren bir politikanın yine de toplumu genelde daha iyi yaptığı için haklılaştırılabileceği argümanımın temelinde olan düşüncenin ileri analizine dayanır.

Ayrımcı bir politikayı haklılaştırmak için bu fikri kullanan herhangi bir kurum, bir dizi teorik ve pratik sorunla karşılaşır. Öncelikle, iki ayrı anlamda bir toplumun belli üyelerinin kötü durumda [*worse off*] olduğu gerçeğine rağmen, bir bütün olarak iyi [*better off*] olduğu söylenebilir, ve herhangi bir haklılaştırma hangi durumun kastedildiğini belirtmelidir. *Yararcı* anlamda daha iyi olunabilir çünkü toplumdaki ortalama veya kolektif refah düzeyi, bazı bireylerinkinin düşmesine rağmen, yükselir. Ya da *ideal* anlamda daha iyi olabilir, çünkü böylesi, ortalama refah yükselse de yükselmese de, daha adildir veya bir şekilde ideal bir topluma daha yakındır. Washington Üniversitesi ırksal sınıflandırmayı haklılaştırmak için yararcı veya ideal argümanları kullanabilir. Örneğin, siyah hukukçu sayısını artırmanın, toplumdaki hemen herkesin refahını yükselttiğinden, toplumdaki gerginliği azaltacağını öne sürebilirler. Bu yararcı bir argümandır. Veya azınlık tercihinin genel refah üzerinde etkisi ne olursa olsun, toplumu daha eşit ve böylece daha adil yaptığını öne sürebilirler. Bu, yararcı değil, ideal bir argümandır.

Diğer taraftan, Texas Üniversitesi ayrımcılık için ideal bir argüman ortaya koyamaz. Ayrımcılığın toplumu, ortalama refahı yükseltse de yükseltmese de, daha adil yaptığı söylenemez. Bu nedenle, ayrımcılığı savunmak için öne sürdüğü bütün argümanlar yararcı olmalıdır. Beyaz avukatların Texas'ın ticari etkinliğini artırmak için siyah avukatlardan daha çok şey yapabileceği argümanı gibi benim icat ettiğim argümanlar, ticari etkinlik eğer sadece ortalama refahı yükseltirse toplumu daha iyi yapabileceğinden, yararcıdır.

Yararcı argümanlar ideal argümanların karşılaşmadığı özel bir zorlukla karşılaşır. Ortalama veya kolektif refahla ne kastedilmektedir? Bireyin refahı, ilkede bile, nasıl ölçülebilir ve farklı bireylerin refah kazanımları, genelde kazançların kayıplara ağır bastığı iddiasını haklılaştırsın diye nasıl toplanır ve sonra kayıplarla karşılaştırılır? Ayrımcılığın ortalama refahı yükselttiği yönündeki yararcı argüman böyle hesaplamaların yapılabileceğini baştan kabul eder. Ama nasıl?

Sadece yararcı argümanların siyasi kararları haklılaştırılabileceğine inanan Jeremy Bentham izleyen cevabı vermiştir. Bir politikanın bireyin refahı üzerindeki etkisi o politikanın verdiği haz veya acının miktarıyla

belirlenebilir ve bu politikanın kolektif refah üzerindeki etkisi herkese getirdiği tüm haz toplanarak ve tüm acıdan çıkarılarak hesaplanabilir. Ancak, Bentham'ın eleştirmenlerinin ısrar ettiği gibi, bir politikadan yarar sağlayan herkesin ortak bir haz durumu veya onunla bir şeyler kaybedenlerin ortak bir acı durumu olup olmadığı şüphelidir; her durumda belirlemek, ölçmek ve çok sayıda insan tarafından hissedilen farklı zevkleri ve acıları toplamak imkânsız olurdu.

Yararcı argümanları çekici bulan ancak Bentham'ın psikolojik yararcılığını reddeden felsefeciler ve ekonomistler farklı bir birey ve genel refah kavramı öneriyorlar. Bir kurum ya da bir idarecinin bir politikaya her karar vermesi gerektiğinde, toplumun üyelerinden her birinin bir kararın sonuçlarını diğerlerinininkine tercih edeceğini varsayıyorlar. Örneğin, DeFunis standart kabul politikasının sonuçlarını Washington'un kullandığı azınlık tercihi politikasına tercih ederken şehrin kenar mahallelerinde yaşayan bazı siyahların her biri sonrakinin sonuçlarını öncekininkilere tercih edebilir. Eğer her bireyin neyi ve ne yoğunlukta tercih ettiği keşfedilebilirse, o zaman belli bir politikanın tartıda, yoğunluklarını da hesaba katarak, alternatif politikalardan daha fazla tercihi tatmin edebileceği gösterilebilir. Bu refah kavramı üzerine bir politika, bazılarının tercihlerini karşılamasa da, eğer tercihlerin toplamını alternatif politikaların yapacağından daha çok tatmin edebilirse yararcı açıdan toplumu daha iyi bir duruma [*better off*] getirebilir.⁶

Hukuk fakültesi, elbette, kabul politikalarının etkileyeceği herkesin tercihleri hakkında doğru yargılarda bulunmaya uygun hiçbir araca sahip değil. Bununla birlikte, tahmini olsa da, makul olmadığı için reddedilebilecek yargılarda bulunmaz. Örneğin, savaş sonrası Texas'ta genel olarak insanların tercihinin, sadece bu tercihe sahip olanların sayısı değil fakat bütünleşme için mücadele eden tercihin yoğunluğu da hesaba katıldığında, hukuk fakültelerindeki ayrımcılığın sonuçlarının lehine olduğunu düşünmek makuldür. Texas hukuk fakültesinin idarecileri bu karara varırken oy verme davranışına, gazete makalelerine ve sadece toplumları hakkındaki kendi fikirlerine dayanmış olabilirler. Yanılmış olabilmelerine rağmen, sonradan değerlendirmenin üstünlüğü ile de öyle olduğunu söyleyemeyiz.

6) Birçok ekonomist ve felsefeci psikolojik yararcılık gibi tercihlerin bilinebilmesi yararcılığına da karşı çıkar. İlkede bile bireysel tercihlerin yoğunluğunu hesaplayacak ve karşılaştıracak bir yolun olmadığını öne sürerler. Bazı yararcı argümanlardaki farklı eksiklikleri ortaya koymayı dilediğimden, bu denemenin amaçları için, genel toplum tercihleri hakkında en azından kabaca ve tahmini hesaplamaların yapılabileceğini varsayıyorum.

Böylece, Bentham'ın psikolojik yararcılığı reddedilse bile, hukuk fakülteleri en azından bazı aday sınıflarını dezavantajlı bir duruma getirecek kabul politikaları için kaba ve spekülâtif bir haklılaştırma sağlayan tercih yararcılığına başvurabilirler. Ancak bir kez bu yarırcı argümanların toplumun bireylerinin gerçek tercihleri hakkında yargılara dayandığı açık hale getirildiğinde yeni ve daha ciddi bir zorluk ortaya çıkar.

Bir politikanın genel olarak daha çok tercihi karşıladığı takdirde haklılaştırıldığı yarırcı argüman, ilk bakışta eşitlikçi bir argüman gibi görünür. Tam bir tarafsızlığı gözetiyormuş gibi görünür. Eğer toplumun sadece hasta olanların bazılarını tedavi edecek kadar ilacı varsa, argüman en hasta olanların ilk önce tedavi edilmesi gerektiğini öneriyor görünür. Eğer toplum bir yüzme havuzu ya da yeni bir tiyatroyu karşılayabilecekse (ama her ikisini de değil) ve daha fazla insan havuzu istiyorsa, o zaman toplumun, tiyatroyu isteyenler tercihlerinin daha yoğun olduğunu ve sayılarına rağmen daha fazla ağırlıklarının olduğunu göstermedikleri takdirde, havuzu inşa etmesini önerir. Hasta bir kişi resmi ilgiye daha layık olduğu için diğerine tercih edilmemelidir; tiyatro izleyicisinin zevkleri daha takdire değer olduğu için tercih edilmemelidir. Bentham'ın deyişiyle, her insan bir kişi olarak sayılır ve hiç kimse birden fazla olarak sayılmaz.

Bu basit örnekler yarırcı argümanın vatandaşın diğer biri gibi eşit davranılma hakkına sadece saygı göstermediğini, aynı zamanda somutlaştırdığını belirtir. Toplumsal politika çekişmesinde her bireyin tercihinin başarılı olması ihtimali, tercihinin onun için ne kadar önemli olduğuna ve çekişen tercihlerin yoğunluğu ve sayısıyla karşılaştırıldığında diğerlerinden kaçının bunu paylaştığına bağlı olacaktır. Şansı idarecilerin veya yurttaşların itibarından veya hor görmesinden etkilenmeyecek ve bu nedenle onlara boyun eğmeyecek ve borçlu olmayacaktır.

Eğer bireylerin aslında sahip olduğu tercihlerin çeşitliliğini incelersek, yarırcı argümanın görünen eşitlikçi karakterinin aslında yanıltıcı olduğunu göreceğiz. Tercih yararcılığı idarecilerden insanların tercihlerini mümkün olduğunca yerine getirmelerini ister. Ancak bireyin belli bir politikanın sonuçlarını tercih etmesinin, ileri bir analizde, bazı mal ve fırsatların kişisel eğlencesi için tercihinin veya başkalarına mal ve fırsat ayarlama harici tercihinin veya her ikisini yansıttığı görülebilir. Örneğin, beyaz bir hukuk fakültesi adayının politika kendi şansını artırdığından ayrımcılığın sonuçları için kişisel tercihi olabilir veya bu sonuçlar için, siyahlara nefret duyduğu ve ırkların karıştığı toplumsal durumları onaylamadığından, harici bir tercihi olabilir.

Kişisel ve harici tercihler arasındaki ayrım bu nedenle oldukça önemlidir. Eğer yararçı bir argüman harici tercihleri kişisel tercihlerle birlikte ele alıyorsa, o zaman bu argümanın eşitlikçi karakteri bozulur, çünkü birinin tercihlerinin başarılı olma şansı, yalnızca diğerlerinin kişisel tercihlerinin kısıtlı kaynaklardan yaptıkları taleplere değil de, aynı zamanda kişiye veya kişinin yaşam tarzına duydukları saygı veya sevgiye bağlı olacaktır. Eğer harici tercihler dengeyi bozarsa, o zaman bir politikanın toplumu yararçı anlamda daha iyi yapacağı gerçeği, dezavantaj getirdiklerinin eşit olarak davranılma hakkıyla, uyumlu bir haklılaştırma sağlamaz.

Yararcılığın bozulması, bazı insanların tercihi harici olduğunda açıktır, çünkü onlar yararcılığa karşı olan siyasi teorileri benimserler. Kendileri hasta olmayan birçok vatandaşın siyaset teorisinde ırkçı olduğunu ve bu nedenle kısıtlı ilacın daha fazla ihtiyacı olan siyah bir adamansa ihtiyacı olan beyaz bir adama verilmesini tercih ettiğini varsayın. Eğer yararcılık bu siyasi tercihleri yüzeysel olarak ele alırsa, kişisel tercihler açısından kendini yıkıcı olacaktır, çünkü ilacın dağıtımı, o zaman, bu açıdan hiç de yararçı olmayacaktır. Dağıtım, kendini yıkan veya yıkmayan her durumda, betimlenen anlamda eşitlikçi olmayacaktır. Siyahlar, diğerleri onları daha az saygıya ve ilgiye layık gördüğünden, ırkçı tercihin gücüne bağlı olan bir derecede sıkıntı çekeceklerdir.

Hesaba katılan tercihler özgecil veya ahlaki olduğunda da benzeri bir bozulma vardır. Kendileri yüzmeyen birçok vatandaşın sporu veya atletleri takdir ettiğinden veya tiyatronun ahlaka aykırı olduğu ve baskı altına alınması gerektiğini düşündüklerinden havuzu tiyatroya tercih ettiklerini varsayın. Eğer özgecil tercihler yüzücülerin kişisel tercihlerini güçlendirecek şekilde hesaba katılırlarsa, sonuç çifte sayılmanın [*double counting*] bir çeşidi olacak: Her bir yüzücü yalnızca kendi tercihinin değil, aynı zamanda onun başarısından zevk duyan başka birinin tercihinin de kazancına sahip olacaktır. Eğer ahlaki tercihler sayılırsa, sonuç yine aynı olacaktır: Aktörler ve izleyiciler kendi tercihlerine, kişisel tercihleri ilgili olmayan vatandaşlarca daha az saygı duyulduğundan sıkıntı çekecekler.

Bu örneklerde harici tercihler kişisel tercihlerden bağımsızdır. Ancak, elbette siyasi, özgecil ve ahlaki tercihler sıklıkla bağımsız değildirler, güçlendirdikleri kişisel tercihlere aşılanmışlardır. Eğer beyaz ve hastaysam, aynı zamanda ırkçı bir siyasi kurama da sahip olabilirim. Eğer kendi keyfim için bir yüzme havuzu istiyorsam atlet dostum için de özgecil olabilirim ya da aynı zamanda tiyatronun ahlaka aykırı olduğunu düşünebilirim. Bu harici tercihleri sanki kişisel tercihten bağımsızmışçasına saymanın sonuç-

ları ciddi olur, çünkü harici tercihlerin karşıt olduğu kişiler, dengeyi doğrultacak mukabil harici tercihler geliştirmede beceriksiz veya isteksiz olabilirler.

Bu nedenle, harici tercihler yararcılık için büyük sorun yaratır. Bu kuram popülaritesinin çoğunu vatandaşlara eşit olarak davranılması hakkını somutlaştırdığı varsayımına borçludur. Ancak, eğer harici nedenler genel nedenler içinde sayılırsa, o zaman bu varsayım tehlikeye atılır. Bu kendi içinde, siyaset kuramında önemli ve ihmal edilen bir noktadır; örneğin yönetimin yaygın ahlaki kanunla dayatmaya hakkı olmadığı, ilk olarak Mill'in meşhur ettiği liberal tezle ilgilidir. Sıklıkla liberal tezin yararcılıkla uyuşmadığı söylenir; çünkü, örneğin eşcinselliğin baskı altına alınması yönündeki çoğunluk tercihleri yeterince güçlüyse yararcılık onların dileğine olanak vermelidir. Ancak eşcinsellik karşıtı tercih harici bir tercihtir ve şu andaki argüman yararcılığın, harici tercihlerin herhangi bir biçimini niçin saymaması/hesaba katmaması gerektiğiyle ilgili genel bir neden sağlar. Eğer yararcılık uygun bir şekilde sadece kişisel tercihleri içine alacak biçimde yeniden kurulursa, o zaman liberal tez bu teorinin bir düşmanı değil, sonucu olur.

Buna rağmen yararcı bir argümanı sadece kişisel tercihleri sayacak biçimde yeniden oluşturmak her zaman mümkün değildir. Bazen kişisel ve harici tercihler birbirine öyle ayrılmazcasına bağlanmış ve birbirlerine öyle muhtaçtırlar ki, tercihleri ölçen hiçbir pratik test herhangi bir bireyin genel tercihinde kişisel ve harici elementleri ayırt edemeyecektir. Bu, özellikle tercihler önyargıdan etkilendiklerinde doğrudur. Örneğin, beyaz bir hukuk öğrencisinin sınıf arkadaşları için birleşik [associational] tercihini göz önüne alın. Bunun diğerinden ziyade, bir tür meslektaşla birlik kurma kişisel tercihi olduğu söylenebilir. Ancak bu, beyaz bir öğrencinin ırkçı toplumsal ve siyasal inançları olduğu veya bir grup olarak siyahlardan nefret ettiği için diğer beyazların arkadaşlığını tercih ettiği nadir durumlar dışında, harici tercihler üzerinde parazit olan kişisel bir tercihtir. Eğer bu birleşik [associational] tercihler ayrımcılığı haklılaştırmak için kullanılan yararcı bir argümanda hesaba katılıyorsa, o zaman argümanın eşitlikçi karakteri altta yatan harici tercihler doğrudan hesaba katılmışçasına bozulur. Siyahlar, kabul politikası tasarısında kendi tercihlerinin üste çıkma şansı diğerlerinin onlara gösterdiği düşük itibarla sakatlanmış olacağından, eşit olarak davranılma hakkından mahrum bırakılmış olurlar. Belli bir azınlığa karşı önyargının güçlü olduğu herhangi bir toplumda yararcı bir argümanın üzerine oturacağı kişisel tercihler bu önyargıyla

dolu olacaktır; bundan da, böyle bir toplumda o azınlığın bir dezavantajını haklılaştırmaya çalışan hiçbir yararcı argümanın adil olamayacağı çıkar.⁷

Bu nedenle, bu son zorluk Texas'ın ayrımcılık lehine yararcı argümanları için ölümcüldür. Bu tarz herhangi bir argümanı destekleyebilecek tercihler ya genel olarak ırksal ayrılık yanlısı bir toplumun tercihleri gibi belirgin biçimde haricidirler, ya da beyaz öğrencilere beyaz sınıf arkadaşları ve beyaz avukatlara beyaz meslektaşlar birleşik tercihleri gibi harici tercihlerle ayrılmaz biçimde birleşmiştirler ve onlara dayanırlar. Bu harici tercihler öyle yaygındır ki böyle bir argümanı bozarlar. Texas'ın, ayrımcılığın yararcı anlamda toplumu daha iyi yaptığı iddiası, bu nedenle Sweatt'in Eşit Korunma Koşulu tarafından garantilenen eşit olarak davranılma hakkıyla bağdaşmaz.

Harici tercihlerin temel bir politikanın haklılaştırılmasında ya da daha temel bir politikanın gelişmesi için tasarlanan ikincil/türev politikaların haklılaştırılmasında rol oynayıp oynamadığı bu çıkarım için önemli değildir. Texas'ın ayrımcılığı, toplumun ekonomik refahını artırma yönündeki, herkesin daha iyi ev, yemek ve eğlence kişisel tercihlerini karşılayan, güya tarafsız politikasına işaret ederek haklılaştırdığını varsayın. Eğer ayrımcılığın toplum refahını artıracığı argümanı harici tercih gerçeğine dayanıyorsa; örneğin, eğer argüman, fabrikalar ayrılırsa önyargıdan dolayı endüstrisinin daha verimli işleyeceğini dile getirirse, o zaman argümanın sonucu, siyah insanın kişisel tercihlerinin diğerlerinin onun hakkında düşündüğüne yenilmesi olur. Önyargının kendilerine karşı olduğu bir ırkın üyelerinin bir dezavantajını haklılaştıran yararcı argümanlar, önyargı olmadığına da aynı dezavantajın haklılaştırılmış olacağı gösterilemiyorsa, her zaman haksız argümanlar olacaklardır. Eğer önyargı, gerçekten siyah-

7) Bu paragrafın argümanı güçlüdür; ancak –kendi içinde– önyargı[dan] sıkıntı çeken azınlıklara önemli dezavantajlar üreten her yararcı argümanı eleyecek kadar değildir. Yönetimin, diğer biçimde enflasyondan sıkıntı çekeceklerin kazancı işlerini kaybedenlerin kaybına ağır basacağından, işsizliğin artmasına izin veren yararcı bir argümana karar verdiğini varsayın. Bu politikanın yükü, orantısız olarak, önyargı onlara karşı olduğundan, öncelikle kovulacaklar olan siyahlara düşecektir. Ancak önyargı işsizlik politikasının sonuçlarını bu şekilde etkilese de, bu politikayı destekleyen yararcı argümanda, dolaylı da olsa, rol oynamaz. (Eğer oynarsa da ona karşı olan yararcı bir argüman olarak oynar.) Bu nedenle, siyahların yüksek işsizlik politikası nedeniyle yaşadığı özel zararın bu denemede tanımlanan nedenlerden dolayı haksız olduğunu söyleyemeyiz. Başka nedenlerden dolayı da haksız olabilir; örneğin, eğer John Rawls haklıysa politika halihazırda daha kötü olanları [*worse off*] harcayarak çoğunluğun durumunu iyileştirdiğinden haksızdır.

ların durumunda olduğu gibi yaygın ve kapsamlı ise bu asla gösterilemez. Ayrımcılığı haklılaştıran herhangi bir ekonomik argümanın üzerine kurulması gerektiği tercihler önyargıyla öyle dokunmuşlardır ki, böyle bir gerçeğe aykırı hipotezi akla yatkın hale getirmek için gerekli derecede çözülemeyecekler.

Şimdi siyahlara dezavantaj getiren herhangi bir tür ayrımcılığın Birleşik Devletler’de neden onlar için kendiliğinden aşağılayıcı olduğunu ve neden böyle bir ayrımcılığın onların eşit olarak davranılma haklarını ihlal ettiğini gösteren bir açıklamamız var. Bu argüman ayrımcılığın haklılaştırılması iddiasındaki yararçı argümanların yalnızca detay açısından hatalı değil de ilke açısından da yersiz olduğu düşüncemizi onaylıyor. Bununla beraber, yararçı argümanlara bu itiraz ırkla, hatta önyargıyla sınırlı değildir. Harici tercihleri hesaba katmanın vatandaşların eşit olarak davranılma haklarını ihlal ettiği başka durumlar vardır ve argümanı, yalnızca ırksal soruna yönelik ad hoc [buna özgü] oluşturulduğu suçlamasına karşı korumak için olsa bile, bunlara kısaca değinmek gerekir. Çalışan kadınlara karşı ahlaki bir tercihim ya da erdemli erkekler lehine özgecil bir tercihim olabilir. Kimi kabul edeceklerine karar verirken bu tarz tercihleri hesaba katmak hiçbir hukuk fakültesi için adil olmazdı; adil olmaz çünkü bu tercihler, ırksal önyargılar gibi, bir adayın kişisel tercihlerinin başarısını, çekişen kişisel tercihlerdense başkalarının itibarına ve onaylamasına dayandırılar.

Bununla beraber, aynı itiraz zekâyâ dayandırılan kabulü haklılaştırmak için kullanılan yararçı argümana karşı ileri sürülemez. Bu politikanın, doğrudan veya dolaylı olarak, zeki avukatların esasen daha çok saygıya layık olduğu yönündeki herhangi bir toplumsal düşünceye dayanması gerekmez. Bunun yerine, hukuk fakültesinin –doğru veya yanlış– kendi yargısına dayanır: Zeki avukatlar, diğerlerinin refaha ya da davaları kazanmaya yönelik tercihleri gibi kişisel tercihlerini karşılamada daha etkilidirler. Hukuk firmalarının ve müşterilerinin zeki avukatların hizmetlerini tercih ettiği doğrudur; bu gerçek bizi, önyargıya dayanmadığı söylenen ayrımcılığı haklılaştıran herhangi bir argüman hakkında olduğu kadar, bu tercihe dayanmadığı söylenen herhangi bir yararçı argüman hakkında da şüpheli yapabilir. Ancak zeki avukatların yaygın olarak tercih edilmesi genellikle harici tercihler üzerinde parazit değildir: Hukuk firmaları ve müşteriler zeki avukatları tercih ederler çünkü aynı zamanda böyle avukatların kişisel tercihlerini karşılamada daha etkili olacaklarını düşünürler. Herhangi bir hukuk fakültesi kendi sorumluluğunda böyle tercihlerin dayandığı aracı

hipotezi kabul edebilmekle birlikte, bu özellikteki aracı tercihlerin kendileri yararçı argümanlarda rol oynamazlar.⁸

5.

Böylece, elimizde *DeFunis*'i *Sweatt*'ten ayırmak için gerekli farklar bulunuyor. Siyahlara karşı ayrımcı olan bir kabul programının argümanları hep yararçı argümanlardır ve hepsi siyahların eşit olarak davranılma anayasal hakkını ihlal edecek şekilde harici tercihlere dayanan yararçı argümanlardır. Siyahlar lehine ayrımcılık yapan bir kabul programı yönündeki argümanlar hem yararçı hem de idealdir. Yararçı argümanların bazıları, en azından dolaylı olarak, belli siyahların avukat olarak kendi ırklarından birini tercihi gibi harici tercihlere dayanır; ancak bu tür tercihlere dayanmayan yararçı argümanlar güçlüdür ve yeterli olabilir. İdeal argümanlar bir biçimde tercihlere dayanmazlar; ancak, daha eşit bir toplum vatandaşları eşitsizliği tercih etse de daha iyi bir toplumdur bağımsız argümanına dayanırlar. Bu argüman hiç kimsenin eşit olarak davranılma hakkını reddetmez.

Bu nedenle, *DeFunis*'te, başladığımız basit ve doğrudan argümanla [yalnız] kalıyoruz. İrsal kriterler hukuk fakültelerine hangi adayların kabul edilmesi gerektiğine karar vermek için doğru standartlar değildir. Ancak entelektüel kriterler de değildir ve aslında herhangi başka bir kriter dizisi de değildir. Bir kabul programının hakkaniyeti –ve anayasallığı– aynı şekilde test edilmelidir. O, eğer toplumun her bireyinin eşit olarak davranılma hakkına saygı gösteren doğru dürüst bir politikaya hizmet ediyorsa haklılaştırılır, ancak başka bir şekilde değil. Siyahları değerlendirmeye almayı reddeden okulların kullandığı ölçütler bu testte başarısız oldular, ancak Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından kullanılan ölçütler başarısız olmadılar.

8) Şüphesiz bazı kadın ve erkeklerin entelektüel arkadaşlar yönündeki tercihi harici tercihler üzerinde parazitir; arkadaşlarına, başka bir şeye araç olarak değil de, zeki insanların diğerlerinden daha iyi ve saygıya daha layık olduklarını düşündükleri için değer verirler. Eğer böyle tercihler yeterince güçlüyse ve yaygınsa ayrımcılık hakkında ulaştığımız sonucun aynısına ulaşabiliriz: Daha az zeki kadın ve erkeklere karşı ayrımcılığı haklılaştırma iddiasındaki hiçbir yararçı argümanın haklı olduğuna güvenilemez. Ancak Birleşik Devletler'in bu kadar seçkin [intellectualistic] olduğunu varsayacak bir neden yoktur; kesinlikle, ırkçı olacak derecede seçkin olduğunu düşündürecek bir neden yoktur.

Hepimiz haklı olarak ırksal sınıflamalardan şüpheleniyoruz. Eşitlik hakkına saygı göstermektense bunu reddetmek için kullanıldılar ve biz bunu izleyen adaletsizliğin farkındayız. Ancak, bu adaletsizliğin doğasını, onu kavramak için gerekli basit ayrımları yapmadığımız için yanlış anlarsak, o zaman daha da fazla adaletsizlik tehlikesi içindeyiz demektir. Tercihsel kabul programları aslında daha eşit bir toplum oluşturmamalıdır, çünkü bu programlar onları savunanların sahip olduklarına inandıkları etkiye sahip olmayabilir. Bu Stratejik soru, programlarla ilgili bu tartışmanın merkezinde olmalıdır. Ancak işe yarasalar da bu programların adaletsiz olduğunu varsayarak tartışmayı yozlaştırmamalıyız. Eşit Korunma Koşulunu, kendimizi eşitlikten mahrum etmek için kullanmamaya dikkat etmeliyiz.

Kuşkusuz birçok Amerikalı ve İngiliz eşcinselliğin, fuhşun ve pornografi yayımının gayri ahlaki olduğunu düşünmekte. Bu olgu onları suç yapıp yapmama kararında hangi rolü oynamalı? Bu, felsefi ve sosyolojik ihtilaf-lardaki kökleriyle sorunlar içinde karmaşık bir mesele. Bununla beraber, hukukçuların yüzleşmesi gereken bir mesele ve yeni ve tartışma konusu olabilecek vakalar – İngiltere’de, fuhuş ve homoseksüellik hakkında kamu-sal tartışmanın takip ettiği Wolfwenden Raporu’nun¹ yayımlanması ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin bir dizi müstehcenlik ka-rarı² onu üzerimize sürüyor.

Her biri kendi güçlükleriyle birlikte kimi duruşlar mevcuttur. Bir fiilin suç olarak düzenlenmesini savunmak için toplumsal kınamanın kendi içinde ve kendinden yeterli olduğunu söyleyecek miyiz? Bu bizim bireysel özgürlük geleneğimizle ve en geniş kalabalıkların bile ahlakının doğruluk için garanti olamayacağı bilgimizle bağdaşmaz gözüküyor. Eğer toplumsal ayıplama yeterli değilse daha ne gereklidir? Söz konusu uygulamayla doğ-

1) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. no. 247 (1957).

2) *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 502 (1966), *Ginzburg v. United States*, 383 463 U.S. (1966), *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966).

rudan etkilenen her bir insana mevcut zararın kayda değer kanıtı olmak zorunda mıdır? Ya da sosyal ortamı tahrif eden, sosyal gelenek ve kurumlar üzerinde kayda değer etkiyi ve böylece toplumun tüm üyelerinin dolaylı olarak etkilendiğini göstermek yeterli midir? Bu ikisinden sonuncusuysa, bu sosyal değişikliklerin suçta artış ya da verimlilikte azalma gibi uzun dönemde bazı standart tarzların hasarının belirtisi olduğunun kanıtları da olmak zorunda mıdır? Ya da mevcut toplumun büyük çoğunluğunun değişimi onaylamayacağını gösterilmesi yeterli midir? Eğer böyleyse, zarar gereksinimi, toplumsal kınama gereksiniminin açıklığına çok şey katar mı?

1958'de, Lord Devlin, Britanya Akademisi'ne ikinci Maccabean Konuşması'nı sundu. "Ahlakın Dayatılması" olarak isimlendirdiği konuşmasını ahlakın bu ilke sorunlarına ayırdı.³ Çıkarımlarını eşcinsellik fiili hakkındaki şu sözlerle özetledi: "İlk fırsatta kendimize onu, sakince ve serinkanlı bakarak, sadece varlığı suç olacak kadar çok tiksindirici bir kusur olarak görüp görmediğimizi sormalıyız. Eğer bu içinde yaşadığımız toplumun yegâne hissiyse, toplumun bunu yok etme hakkından nasıl mahrum bırakılabileceğini anlamıyorum."⁴

Konuşma ve özellikle eşcinsellerin cezalandırılmasındaki ikiye bölünmüş Akademik yayınlardan radyoya ve adeta popüler basına saçılan bir karşı çıkış dalgasını kışkırttı.⁵ Lord Devlin o zamandan beri Maccabean Konuşması'nda açıklanan görüşleri geliştiren ve savunan sonraki altı makale, tamamı için bir önsöz ve dipnotlarla birlikte konuşmasını tekrar yayımladı.⁶

Amerikalı hukukçular Lord Devlin'in argümanlarına kulak vermeli. Bazı eleştirmenlerin bulduğu mağrur duyarsızlık dikkatli bir okumada kaybolursa da sonuçları popüler olmayacak. Popüler ya da değil, argümanlarını karşılandıklarından memnun olana kadar göz ardı etmeye hakkımız yok. Bu argümanlardan birinin –tartışacağım iki argümandan ikincisi– hatırı sayılır şekilde, dikkatimizi demokratik kuram ve ahlakın uygulanması arasındaki bağlantıya yöneltme yeteneği var. Bizi, bu bağlantının dayandığı çok önemli düşünce üzerine –toplumsal ahlak düşüncesi– yaptığımızdan daha yakın değerlendirme yapmaya zorluyor.

3) Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959). Yeniden basımı, Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965). (Buradan sonrasında Devlin olarak gösterilmiştir.)

4) Devlin 17. Bu pozisyon dikkatlice ikiye bölünmüş olarak belirtilmiştir. Görünüşte Lord Devlin şimdi durumun karşılandığını düşünmektedir çünkü kitabın yayımından beri eşcinsellik hakkındaki konuların değişikliğinde alenen ısrar etmiştir.

5) Lord Devlin bir bibliyografide bu yorumlara referansları da katar. Devlin xiii.

6) Devlin.

LORD DEVLIN'İN HAYAL KIRIKLIĞI

Yeni kitabın önsözü Lord Devlin'in nasıl çatışmalı fikirlere sahip olduğunu açıklayıcı hikâyesini içeriyor. Maccabaeen Konuşması'nı yapmak için çağırıldığında meşhur Wolfenden Komitesi rıza gösteren yetişkinler arasındaki mahrem eşcinsel fiillerin artık cezai olmaması yönündeki önerisini yeni yayımlamıştı. Komite'nin suç ve günah arasındaki düzgün ayrımının ifadesini tam bir onayla okumuştı:

Bu alanda, gördüğümüz gibi, toplumsal düzeni ve terbiyeyi korumak, vatandaşın incitici ya da zarar verici olandan korumak ve başkalarının istismarına ve yozlaştırılmasına karşı yeterli teminat sağlamak, hukukun görevidir. (...) Bize göre kanunun görevi, ana hatlarını açıkladığımız amaçları yerine getirmenin ötesinde, vatandaşların özel hayatlarına karışmak ya da herhangi bir belli davranış biçimini bulmaya çalışmak değildir. (...)

[O]rada,* kısaca ve inceliksiz bir şekilde söylemek gerekirse, hukukun işi olmayan bir özel ahlaklılık ve ahlaka aykırılık alanı kalmalı.⁷

Lord Devlin, Jeremy Bentham ve John Stuart Mill'in öğretilerinden türetildiğini kabul ettiği bu ideallerin sorgulanamaz olduğuna inanıyordu. Konuşmasını, Komite'nin önerdiği eşcinsellik suçundaki değişikliklerin ötesinde, İngiltere'nin ceza hukukunu bunlara uydurmak için gerekli ne gibi ileri değişikliklerin yapılabileceğinin itinayla gözden geçirilmesine adamaya karar verdi. Ancak çalışma, kendi sözleriyle, "onaylamak yerine göreve başladığım sade inancı yok etti"⁸ ve bu ideallerin yalnızca sorgulanamaz değil aynı zamanda yanlış olduğu inancıyla sona erdi.

Hayal kırıklığı olgusu açık ancak kapsamlı değil. Bazen Komite'nin pozisyonunun tam tersini, yani toplumun üyelerinin şiddetle onayladığı bir davranış, bu davranışın başkalarını incitici hiçbir etkisi varsayılmasa da, devletin oynaması gereken ahlaki bir öğretmen rolü olması ve ceza hukukunun onun kendine özgü tekniği olması nedeniyle, cezalandırmaya hakkı olduğunu tartışılır görünüyor. Bunu onun pozisyonu olarak alan okurlar, seçkin felsefeci ve hukukçuların, bu doğru olarak acayip sayılabilecek bir pozisyon olduğundan, cevap verecek kadar alakadar oldukları gerçeğine hayret ederler. Aslında bu pozisyonu değil de daha

* Yazar "[T]here" diyerek kelime oyunu yapmış: "Burada/Orada." (ç.n.)

7) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 9-10, 24.

8) Devlin vii.

karmaşık ve ne çok acayip ne de Wolfenden idealleriyle açıkça çakışan pozisyonları savunuyor. Hiçbir yerde hiçbir özlü şekilde özetlenmiyorlar (aslında, alıntı yaptığım eşcinsellik hakkındaki söylemi onun verdiği bir özet kadar iyi) ancak geliştirdiği içinden çıkılması zor argümanlardan anlaşılmalı.

İki temel argüman var. Birincisi, Maccabaeen Konuşması'nda düzenli bir biçimde açıklanmış. Toplumun kendi varlığını koruması hakkında yola çıkarak tartışıyor. İkincisi, oldukça farklı ve çok daha önemli bir argüman, çeşitli makalelerle tutarsız biçimde geliyor. Çoğunluğun, karşı çıktığı değişimden kendi sosyal ortamını savunurken, kendi ahlaki inançlarını takip etme hakkında yola çıkarak tartışıyor. Bu iki argümanı sırasıyla gözden geçireceğim, ancak ikincisini daha uzunca.

BİRİNCİ ARGÜMAN: TOPLUMUN KENDİNİ KORUMA HAKKI

Birinci argüman –ve eleştirmenlerin ilgisini bir hayli çekmiş argüman– şudur:⁹

(1) Modern bir toplumda bazı insanların kendine rehberlik için benimsedikleri ancak başkalarına empoze etmeye kalkışmadıkları çeşitli ahlaki ilkeler vardır. Ayrıca, çoğunluğun hoşgörüsü sınırlarının dışında saydığı ve karşı çıkanlara empoze ettiği ahlaki standartlar da vardır. Bizce, belli bir dinin dikte ettikleri ilk durumun ve monogami uygulaması da sonrakinin örneğidir. Bir toplum, ikinci türdeki bazı standartlar olmadıkça varlığını sürdüremez, çünkü ahlaki uyum toplumun yaşamı için elzemdir. Her toplumun kendi varlığını koruma hakkı ve dolayısıyla bazı böylesi uygunlukta ısrar etme hakkı vardır.

(2) Eğer toplumun böyle bir hakkı varsa, öyleyse bu hakkı icra etmek için kendi ceza hukukunun kurumlarından ve yaptırımlarından faydalanma hakkı vardır – “Toplum, kendi varlığı için elzem olan başka herhangi bir şeyi korumak için faydalandığı gibi, ahlaki korumak için de hukuktan faydalanabilir.”¹⁰ Aynen ihaneti engellemek için kendi hukukundan fay-

9) Temelde, Devlin 7-25'de geliştirilmiştir.

10) A.g.e., 11

dalandığı gibi, toplum, kendini birlikte tutan uygunluğu bozulmasının önüne geçmek için de kendi hukukundan faydalanabilir.

(3) Ancak toplumun hukuken gayri ahlakiliği cezalandırma hakkının her çeşit ve her yapılan gayri ahlakiliğe karşı zorunlu olarak uygulanamayacaktır – bazı kısıtlayıcı ilkelerin etki ve önemini tanımak zorundayız. Bu ilkelerden çok vardır, ancak en önemlisi şudur: “Toplumun bütünlüğüyle tutarlı, maksimum kişisel özgürlüğe hoşgörülü olmak gerekir.”¹¹ Bu kısıtlayıcı ilkeler, birlikte ele alındıklarında, bir fiilin son derece gayri ahlaki olduğu düşünüldüğü sonucuna varıldığında tedbir uygulamamızı gerektirir. Eğer söz konusu fiilin toplumsal kınamasında herhangi bir te-dirginliği, gönülsüzlüğü ya da gizli hoşgörüyü hukuk belirlerse harekete geçmemelidir. Fakat toplumsal hassasiyet yüksek, uzun süredir sürmekte ve acımasız olduğunda, Lord Devlin’in deyişiyle “hoşgörüsüzlük öfke ve iğrençliğe” yükseldiğinde, bu kısıtlayıcı ilkelerin hiçbirisi uygulanmaz ve dolayısıyla toplum kendi haklarını uygulamakta özgürdür.¹² Bundan dolayı, eşcinsellik hakkındaki sonuç özetle şudur: Eğer gerçekten de tiksindirici bir suç olarak bakılıyorsa, toplumun homoseksüelliğin kökünü kurutma hakkı yadsınamaz.

Bu argümanın muhtemel, gerçekten baştan çıkarıcı, yanlış anlaşılmasını önlemeliyiz. Toplumun büyük kısmının, bir hareket tarzının gayri ahlaki olduğunu düşündüğünde onların muhtemelen haklı oldukları gibi herhangi bir varsayıma dayanmaz. Toplumsal ahlaka karşı çıkıldığında, Lord Devlin’in bahis konusu olarak düşündüğü şey, toplumun hakiki hayatta kalışıdır ve [Lord Devlin] inanıyor ki, kendini bir arada tutan ahlaki onaylamadan da toplum kendini korumaya yetkilidir.

Bu argüman geçerli midir? Bu argümanın Maccabaeen Konuşması’nın merkezinde görünüşünü cevaplayan¹³ Profesör H. L. A. Hart, onun bir toplumun ne olduğuna dair kafa karıştıran düşünceye yaslandığını düşündü. Eğer biri geleneksel toplum fikrine sahipse toplumun temelden ahlaka aykırı ve tiksindirici bulduğu her fiilin kendi devamını tehdit ettiğini ima etmek saçmadır dedi. Bu, toplumun varlığının, üyelerinden birinin ölümü ya da doğumuyla tehdit altına girdiğini söylemek kadar aptalcadır ve Lord Devlin –Hart hatırlatır– böylesi bir iddiayı destekler kanıt an-

11) A.g.e., 16.

12) A.g.e., 17

13) H. L. A. Hart, *Liberty and Morality* 51 (1963).

lamında bize hiçbir şey sunmaz. Eğer birisi, toplum zamanın belirli bir anında üyelerince varsayılan belirli karmaşık ahlaki kanaatlerden ve davranışlardan oluşur gibi suni bir toplum tanımı benimserse, böylesi her bir ahlaki statükonun kendi tehlikedeki varlığını zor yoluyla korumaya hakkı olacağına tahammül edilemez. Böylece, Profesör Hart, Lord Devlin'in argümanının, 'toplumun' geleneksel ya da yapay tanımı alınsa da, başarısız olduğunu öne sürdü.

Lord Devlin Profesör Hart'a yeni ve uzunca bir dipnotta cevap veriyor. Hart'ın eleştirisini özetledikten sonra şu yorumu yapıyor: "Toplumun ortak ahlakından *herhangi* bir sapmanın toplumun varlığını tehdit edeceğini, *herhangi* bir yıkıcı aktivitenin toplumun varlığını tehdit edeceğini ileri sürdüğümünden daha fazla ileri sürmüyorum. Her ikisinin de kendi doğaları gereği toplumun varlığını tehdit edebilecek aktiviteler olduğundan hukukun üstünde tutulamayacağını ileri sürüyorum."¹⁴ Bu cevap argümanın mimarisinde ciddi bir kusur olduğunu ortaya koyuyor.

Bu bize argümanın ikinci adımının –toplumun, ahlakını hukuk aracılığıyla uygulayabilme hakkına sahip olduğu önemli iddiası– toplumun asla böyle bir hakkı olmadığı önermesinin yadsınmasına sınırlandırılmış şekilde anlamamız gerektiğini söylüyor. Lord Devlin, görünüşte, Wolfenden Raporu'nun 'mahrem ahlak alanında (...) hukukun işi olmadığı'nı sonsuza dek [hukukun] incelemesinin ötesinde olan mahrem cinsel fiiller arasına yetkisel sabit bariyer koymak 'kanunun işi değildir' açıklamasını anladı. Argümanları, yeni dipnotun söylediğine göre, yalnızca böyle hiçbir anayasal bariyerin konmaması gerektiğini göstermek için tasarlanmıştır, çünkü kurulu ahlaka meydan okuma öyle esaslı olabilir ki ahlaka uymanın varlığı, böylece toplumun kendisinin varlığı, tehdit edilmiş olur.¹⁵

14) Devlin 13.

15) Bu okuma yeni dipnot olmadan bile metinde büyük destek aldı: "Bu nedenle Devlet'in gayri ahlakiliğe karşı yasa koyma gücüne kuramsal sınırlar çekmenin mümkün olmadığını düşünüyorum. Genel kural istisnalarını önceden belirlemek ya da kanunun hiçbir koşulda girmesine izin verilmediği ahlak alanlarını katıca tanımlamak mümkün değil." (Devlin 12-13).

Sunulan argümanlar bu oluşumu destekliyor. Ahlaka aykırı olanın teoride toplumu yıkılabileceği olasılığını sömüren *reductio ad absurdum* çeşidindenler. "Ancak toplumun çeyreğinin ya da yarısının her gece sarhoş olduğunu varsayın, bu nasıl bir toplum olurdu? Toplumun sarhoşluğa karşı yasa koyma yetkisi olmadan sarhoş olabilecek insanların sayısına teorik bir kısıtlama koyamazsınız." (A.g.e., 14.)

Her örnek, her sarhoşun ya da her kumar fiilinin toplumu tehdit ettiğini değil, hiçbir yetkisel sınırın çizilemeyeceğini öne sürüyor. Aslında toplumun sarhoşluğu ve kumar oynamayı, eğer fiil tehlike değerinin altına düşerse, suç yapmaya yetkili olduğu iması yok. Hakikaten Lord Devlin kumar oynama hakkındaki örneğini desteklemek için Bahis, Piyango ve Kumar

Bu kısıtlı noktadan bile ikna olmamış olabiliriz. Herhangi bir popüler olmayan uygulamanın toplumun varlığını maruz bırakacağı tehdit o kadar küçüktür ki, böyle bir anayasal bariyer koymanın ve riskin periyodik yeniden gözden geçirmesini yasaklamanın, akıllıca bir politika, bireysel özgürlüğün geçici histeriden dikkatli bir koruması olacağına inanabiliriz.

Ancak, eğer bu anayasal bariyerden vazgeçmeye ikna edildiysek sıradaki kaçınılmaz soruyu cevaplandırmak için argümandaki üçüncü adımı beklerdik: Kök salmış ve sahici toplum ahlakının toplumu makul bir şekilde tehdit edebileceği ve bu nedenle hukukun ilgi eşiğinin üstüne yerleştirildiği kabul edilirse, tehlikenin ne zaman sadece incelemeyi değil fakat fiili de haklılaştırmak için yeterince açık ve mevcut olduğunu nasıl anlayacağız? Gerçek bir tehdide maruz olduğumuzu göstermek için istekli toplumsal onay vermeme olgusunun ötesinde neye ihtiyaç vardır?

Üçüncü adımın retoriği onu bu soruya cevap veriyormuş gibi gösterir – ‘özgürlük’, ‘hoşgörü’ ve hatta ‘denge kurma’ hakkında daha fazla konuşması vardır. Ancak, özgürlük, hoşgörü ve denge kurmanın, yalnızca ikinci adımda teşhis edilen toplumsal öfke abartılı gösterildiğinde ve heyecanın sahte olduğu ortaya çıktığında uygun olduğu ortaya çıktığından argüman cevap vermeye hazır değildir. Ne zaman ki heyecan onaylanır, hoşgörü-süzlük, öfke ve tikslenme sahici olur; ‘toplumun bütünlüğüyle tutarlı maksimum bireysel özgürlüğe’ çağrı yapan ilke artık işlemez. Ancak bu, istekli toplumsal onaylamamadan fazla bir şeyin hiç de gerekli olmadığı anlamına gelir.

Kısaca, argüman entelektüel bir el çabukluğunu barındırır. İkinci adımda toplumsal öfke, yalnızca uygulamayı hukukun düzenlemesinin yasak olmadığı bir kategoriye koyan bir eşik kriteri olarak sunulur. Ancak, sahne dışında, üçüncü adıma geçişte bir yerlerde, bu eşik kriterinin kendisi, yeterince karşılandığında kanunun daha fazlası olmadan devam edebileceği, hareket için olumlu olmayan onaylayıcı bir neden olur. Böylece, açık bir şekilde karşılaşıldığında, hukuk daha fazlası olmadan da uygulanabilir. Bu manevranın gücü eşcinsellik hakkındaki bölümle kanıtlanır. Lord Devlin eğer toplumumuz eşcinsellikten yeteri kadar nefret ediyorsa onu kanundışı

Kraliyet Komisyonu'ndan alıntı yapıyor: “Kumar oynamanın derecesi ne olursa olsun, [toplumun bir üyesi olarak kumarcının karakteri üzerindeki] etkisinin zararlı olduğuna ikna olduysak, kumar oynamayı uygulanabilecek en geniş kapsamda kısıtlamanın devletin görevi olduğunu düşünme eğiliminde olmalıyız.” (Cmd. no. 8190, paragraf 159'da (1951), Devlin 14'te alıntılanmıştır.) Çıkarım toplumun inceleyebileceği ve düzenleyebileceği ancak tehdit gerçekten var olana kadar bunu yapmaması gerektiğidir.

ilan etmekte ve insanları, fiilin günümüz toplumuna sunduğu tehlike yüzünden, hüsrânın acıları ve eziyet arasında seçim yapmaya zorlamakta haklılaştırıldığı sonucunu çıkarıyor. Bu sonuca, eşcinselliğin toplumun varlığına, bütün “toplumun ortak normlarından sapmalar (...) kendi doğalarından topluma tehditkâr olma becerisindedirler” ve bu nedenle “kanunun ötesine konamazlar” çıplak iddiasının ötesinde, herhangi bir büyük tehlike yarattığı yönünde bir kanıt sunmadan ulaşıyor.¹⁶

İKİNCİ ARGÜMAN: TOPLUMUN KENDİ İŞİĞİNİ İZLEME HAKKI

Böylece, birinci argümanı kenara bırakmakta ve ikincisine dönmekte mazur gösterilebiliriz. Yeniden yapılandırmam üstü kapalı olduğuna inandığım şeyleri açık etmeyi çok fazla içeriyor ve böylece biraz çarpıklık riski barındırıyor, ancak ikinci argümanı şu olarak alıyorum:¹⁷

(1) Eğer eşcinsel istekleri olanlar onları özgürce tatmin ederlerse toplumsal çevremiz değişecekti. Değişikliğin ne olabileceği herhangi bir kesinlikle hesaplanamaz; ancak, örneğin insan merkezli eğitimsel, ekonomik ve eğlendirici hazırlıklarının etrafında toplandığı ve varsayımsal ve doğal bir kurum olarak ailenin pozisyonunun baltalanacağını ve bunun ileri pratik ayrıntılarının çok büyük olacağını varsaymak akla yatkındır. Tıpkı fiyatlar ve ücretlerin sadece onları tartışanları etkilediğini sanmak için aşırı saf olmadığımız gibi, eşcinsellikteki artışın sadece fiile katılanlarla etkili olacağını varsaymak için de aşırı saf değiliz. Bizim ve çocuklarımızın içinde yaşamak zorunda olduğu çevre, birçok şeyin yanı sıra, kendimizden çok başkaları tarafından özel olarak şekillendirilen biçimler ve ilişkilerle belirlenmiştir.

(2) Bu kendi içinde topluma eşcinsel davranışları yasaklama hakkı vermez. Sevdiğimiz her adeti onu korumak istemeyenleri hapsederek muhafaza edemeyiz. Ancak bu, yasa koyucularımızın kaçınılmaz olarak bazı ahlaki konular üzerinde karar vermesi gerektiği anlamına gelir. Tehdit

16) Devlin 13, n. 1.

17) Argümanın büyük kısmı Devlin bölüm 5, 6 ve 7’de yer alıyor. Aynı zamanda kitaptan sonra yayımlanan bir makaleye de bakınız: “Law and Morality”, 1 *Manitoba L.S.J.* 243 (1964/65).

ediliyor görünen kurumların insan özgürlüğü pahasına korumaya yetecek kadar değerli olup olmadığına karar vermek zorundadırlar. Ve kurumu tehdit eden fiillerin ahlaka aykırı olup olmadığına karar vermek zorundadırlar; çünkü, eğer öyleyseler, o zaman bireyin bunların peşinden koşma özgürlüğü daha az sayılır. Eğer bizim yasaklamak istediğimiz şeyi hiç kimsenin yapmaya ahlaki bir hakkı olmadığından eminsek korunan kurumların toplumsal önemi açısından güçlü bir haklılaştırmaya ihtiyacımız yoktur. Birilerinin yalan söylemeye, aldatmaya ya da dikkatsiz araba sürme gibi özgürlüklerini kısıtlamak için, kendi işini seçmek ya da kendi mallarına fiyat biçmek gibi özgürlüklerini kısıtlamaktan daha az nedene ihtiyacımız vardır. Bu gayri ahlakiliğin hareketi cezai yapmaya yeterli olduğunu iddia etmez, daha çok ara sıra gerekli olduğunu öne sürer.

(3) Ancak yasa koyucu eşcinsel fiillerin ahlaka aykırı olup olmadığına nasıl karar verecek? Bilim hiçbir cevap verememekte ve bir yasa koyucu artık kurumsal dine başvuramaz. Bununla beraber, eğer geniş toplumun bir cevap üzerinde uzlaştığı olursa, küçük bir eğitilmiş azınlık muhalefet etse bile, yasa koyucunun konsensüse göre hareket etmek görevi vardır. Birbiriyle yakından ilgili iki nedenden dolayı böyle bir görevi vardır: (a) Son analizde karar bir ahlak maddesine dayanmalıdır ve bir demokraside bu çeşit bir konu, diğer hepsinin üstünde, demokratik prensiplerle uyum içinde kesinleştirilmelidir. (b) Ceza hukukunun tehdit ve müeyyideleri tahammül edilir noktaya getirildiğinde harekete geçen zaten toplumdur. Toplum ahlaki sorumluluğu almalı ve bu nedenle de kendi ışığında hareket etmelidir – yani üyelerinin ahlaki inancı doğrultusunda.

Lord Devlin'in ikinci argümanı, benim anladığım kadarıyla, budur. Karmaşık ve neredeyse her parça analiz ve karşı çıkmayı davet ediyor. Bazı okuyucular, toplumsal kurumlardaki değişimin türünün toplumun kendisini ona karşı korumak yükümlülüğünde olduğu türden bir değişim olduğu temel merkezi varsayımına muhalefet edecekler. Bu güçlü pozisyonu almayan diğerleri (belki de ekonomik kurumları korumak için tasarlanan kanunları onayladıklarından) fiil ne kadar ahlak dışı olursa olsun bir kuruma verileceği söylenen zarar gösterilemezse ve spekülatif olmaksansa hemen olacak değilse yine de toplumun harekete geçmekle yükümlü olmadığını hissedecekler. Diğerleri hâlâ bir fiilin ahlaka uygunluk ya da aykırılığının onu cezai yapıp yapmamasına karar verilirken bile hesaba katılması gerektiği tezine karşı çıkacaklar (her ne kadar mevcut uygulama içinde sayıldığını şüphesiz itiraf edecek olsalar da) ve diğerleri hâlâ de-

mokraside bile yasa koyucuların ahlaki sorulara kendi başlarına karar verdiğini ve bu tür konularda toplumun geneline başvurmamaları gerektiğini öne sürüyor. Bu pozisyonlardan herhangi birinin lehine ya da aleyhine tartışmayı önermiyorum. Bunun yerine Lord Devlin'in sonuçlarının ya da toplumun merkezi ve değerli toplumsal kurumlarını üyelerinin büyük bir kısmının ahlaki prensipte reddettiği davranışa karşı koruma hakkı vardır varsayımının onun kendi şartlarında geçerli olup olmadığını dikkate almak istiyorum.

Ahlaki prensip nedeniyle onaylamamanın ne olduğunu yanlış anladığından bu şartlarda bile sonuçlarının geçerli olmadığını tartışacağım. Sunacağım argüman hakkında uyarıcı bir söz söyleyebilirim. Bir kısmı belli ahlaki dil çeşitlerinin (örneğin 'önyargı' ve 'ahlaki pozisyon' gibi terimler) ahlaki argümanda standart kullanımları olduğu hatırlatmalarını içerecek. Amacım, bir sözlük hükmüyle siyasi ahlaklılık konularını halletmek değil, ancak Lord Devlin'in ahlaki sosyolojisinde hata olduğuna inandığım şeyleri sergilemek. Geleneksel ahlaki uygulamalarımızın onun olduklarını düşündüğünden daha karmaşık ve düzenlenmiş olduğunu ve bundan dolayı cezai hukuk toplumsal ahlaktan çekilmelidir demenin ne anlama geldiğini yanlış anladığını göstermeye çalışacağım. Bu popüler ve cazip bir tez ve sadece Lord Devlin'in değil birçok başka kişinin hukuk ve ahlak hakkındaki kuramlarının merkezine yakındır. İmalarının anlaşılması çok önemlidir.

AHLAKİ DURUŞ KAVRAMI

'Ahlaki duruş' ve 'ahlak inancı' gibi terimlerin genel ahlakımızda tanımlama fonksiyonunun yanı sıra, haklılaştırma ve eleştiri fonksiyonları olgusu ile başlayabiliriz. Bazen antropolojik anlamda tanımlayabileceğimiz, bir gurubun 'ahlaki değerlerini', 'ahlakiliğini', 'ahlaki inançlarını', 'ahlaki duruşlarını' ya da 'ahlaki kanaatlerini', gurubun insan davranışının adabı, nitelikleri ve amaçları hakkında sergilediği ne olursa olsun her tavrı kastederek konuştuğumuz doğrudur. Bu anlamda Nazi Almanya'sı ahlaki önyargıya dayanıyordu ya da irrasyoneldi, diyoruz. Ancak bu terimlerin bazılarını, özellikle 'ahlaki duruşu' ve 'ahlaki inancı', aynı zamanda önyargıyla, rasyonalizasyonla, kişisel nefret ya da zevk konularıyla, keyfi standartlarla ve benzerleriyle tanımladıkları duruşları karşılaştırmak için ayrımcı anlamda da kullanıyoruz. Bu ayırt edici anlamda kullanım –belki de

en karakteristik kullanım– bir fiil için, bu fiili çevreleyen ahlaki konular açık değilse ya da tartışılmalıysa, kısıtlı ancak önemli bir çeşit meşrulaştırma önermektir.

Size eşcinsel olduğunu bildiğim ve eşcinselliğin tamamen gayri ahlaki olduğuna inandığımdan güvenilir bir kamu mevki için yarışan bir adama karşı oy vermeyi teklif ettiğimi varsayın. Eğer eşcinselliğin gayri ahlaki olduğunda bana katılmazsanız, beni önyargıyla ya da ahlak konusuyla alakası olmayan kişisel nefretle hareket ederek oyumu hakkaniyete aykırı verecek olmakla suçlayabilirsiniz. O zaman sizi eşcinsellik hakkındaki kendi duruşuma dönüştürmeye çalışabilirim, ancak, eğer bunda başarısız olursam yine de sizi, sizin ve benim, her ikimizin bir ayrım noktası olarak aldığımız şeye ikna etmeyi isteyeceğim – yani sizinkinden farklı da olsa, oyumun ayrımcı anlamda ahlaki bir duruşa dayandığına. Sizi buna inandırmak isteyeceğim çünkü eğer inandırırsam sizin benim fikrimi ve yapmakta olduğum şeyi değiştirmenizi beklemeye hakkım olur. Sizin benim karakterim hakkındaki yargınız farklı olacak – hâlâ benim acayip olduğumu (ya da püriten olduğumu, ya da sofistike olmadığımı) düşünebilirsiniz ancak bunlar karakter çeşitleridir, karakter kusurları değil. Aynı zamanda sizin benim fiilim hakkındaki yargınız da bu bakımdan farklı olacaktır. Ben kendi ahlaki duruşuma tutunduğum sürece, eşcinsel karşıtı oy kullanmaya hakkım (aslında görevim) olduğunu kabul edeceksiniz, çünkü bana ait kendi inançlarıma oy kullanmaya hakım (aslında görevim) var. Eğer hâlâ önyargı veya kişisel zevk dışında hareket ettiğime inansaydınız, böyle bir hakkı (ya da görevi) kabul etmezsiniz.

Fikrinizin bu şekilde değişeceğini ummaya hakkım var çünkü bu ayrımlar bizim tartışmamızın arka planını oluşturmaktadır ve sizin ve benim paylaştığımız geleneksel ahlakın bir parçasıdır. Yanlış olduklarını düşünsek de, saygı göstermek zorunda olduğumuz duruşlarla, bazı ahlaki bir mantık yürütme kurallarını ihlal ettikleri için saygı göstermemizin gerekmediği duruşlar arasındaki farklılıkları düzenlerler. Ahlaki konular (felsefe metinlerinde olmasa da gerçek hayatta) hakkındaki tartışmanın çoğu bu çok önemli çizgide bir duruşun diğerinin bir ya da öbür yanına düşmesi argümanlarını içeriyor.

Lord Devlin'in toplumun kendi aydınlanmasını izleme hakkı olduğu argümanını canlandıran, geleneksel ahlakçılığın bu özelliğidir. Bu nedenle ahlaki bir duruşun ayrımı kavramını daha yakından incelemeliyiz ve bunu da hayali konuşmamızı sürdürerek yapabiliriz. Sizi duruşumun ahlaki bir duruş olduğuna inandırmak için ne yapmam gerekir?

(a) Bunun için bazı nedenler üretmeliyim. Bu izlediğim ahlaki bir ilkeyi ya da kabul etmiş olduğum bir genel ahlaki kuramı ifade etmek zorunda olmam demek değildir. Çok az insan da yapabilir ve ahlaki bir duruş takınma yeteneği, bunu yapabilenlerle sınırlanmış değil. Nedenimin bir ilke ya da kuram olmaması gerekiyor. Sadece beni eşcinselliğin gayri ahlaki görmeye itecek bir yönüne ya da özelliğine işaret etmesi gerek: örneğin, İncil'in yasakladığı gerçeği ya da eşcinsel fiili gerçekleştirenlerin evlilik ya da ebeveynlik için uygun olmadığı. Elbette, böyle herhangi bir neden benim genel bir ilke ya da kuramı kabul etmemi gerektirir, ancak benim bunun ne olduğunu belirtmeye ya da ona dayandığımı fark ettirmeye gereksinimim yok.

Bununla beraber verebileceğim her neden işe yaramayacak. Bazıları hesaba katılmayan her türlü nedeni şart koşan genel kriterlerce dışarıda bırakılacaklar. Bu tarz en önemli üç kriteri kaydedebiliriz:

(i) Eğer size eşcinsellerin heteroseksüel istekleri olmadığı için ahlaki açıdan daha aşağı olduklarını ve 'gerçek insanlar' olmadıklarını söylersem, bu nedeni bir çeşit önyargıyı gösteriyor olduğundan reddederdiniz. Genelde önyargılar geleneklerimizin dışarıda bıraktığı hususları hesaba katan yargı tutumlarıdır. Bir dava ya da yarışma gibi düzenlenmiş bir bağlamda temel kurallar belli hususlar hariç her şeyi dışarıda bırakır ve bir önyargı bu kuralları ihlal eden bir yargı esasıdır. Geleneklerimiz, bu tür özel bağlamlardan ayrı olarak bile geçerli olan bazı temel ahlaki yargı kurallarını şart koşar – bu bağlamlardan en önemlisi, sahip olmanın elinde olmadığı bazı fiziksel, ırksal ya da başka bir karakteristiğine dayanarak bir insanın ahlaken aşağı görülmemesidir. Böylece, bir insanın Yahudiler, Zenciler, Güneyliler, kadınlar ya da efemine erkekler hakkındaki ahlaki yargılarının onun bu sınıfların herhangi bir üyesinin, kendisine ne yaptığına bakılmaksızın otomatik olarak daha az saygı hak ettiği inancına dayanması, bu gruba karşı önyargılı olduğu söylenir.

(ii) Eğer eşcinseller hakkındaki görüşümü sadece kişisel duygusal bir tepkiye ("beni hasta ediyorlar") dayandırırsam, bu sebebi de aynı şekilde reddedersiniz. Ahlaki duruşları, duygusal tepkilerden farklı tutuyoruz; bunun nedeni, ahlaki duruşların duygusal olmadığını ya da tarafsız olduğunu varsaymamız değil (bir dereceye kadar tersi doğru), ahlaki duruşların duygusal tepkileri meşrulaştırdığının varsayılmasıdır. Eğer bir kişi böylesi sebepler üretemiyorsa, o kişinin önemli sosyal ve politik sonuçları olan

duygusal karışıklığı olgusunu yadsıyamayız, fakat bu karışıklığı kişinin ahlaki inançlarını kanıtlamaya götüremeyiz. Gerçekten, bu sadece fobi ya da saplantı olarak tarif etmeye meylettiğimiz bir duruş türüdür – birinin hesaplayamadığı bir duruma ya da uygulamaya katı bir duygusal tepki.

(iii) eğer duruşumu, sadece hatalı değil ancak genellikle kabul ettiğim minimal kanıt ve argüman standartlarına meydan okuyacak kadar akla sığmayan, ‘eşcinsel davranışların fiziksel güçsüzlük olduğu’ olgusu savına dayandırırsam, o zaman inancımı samimi olsa da bir çeşit rasyonalizasyon olarak alırsınız ve nedenimi bu gerekçeyle diskalifiye edersiniz. (Rasyonalizasyon karmaşık bir kavramdır ve, göreceğimiz gibi, aynı zamanda kabul etmediğim genel kuramları ima eden nedenlerin üretimini de içerir.)

(iv) Eğer duruşumu sadece diğerlerinin inançlarından (‘herkes eşcinselliğin günah olduğunu bilir’) alıntılar yaparak tartışırsam, kendi ahlaki kanaatime dayanmadığım ve papağanlık yaptığım sonucuna varacaksınız. Bir tanrının olası (ancak karmaşık) istisnasından başka, duruşumu otomatikman ahlaki yapmak için başvurabileceğim bir ahlaki otorite yok. Başkalarınca öğretilmiş olsa da, kendi nedenlerim olmak zorunda.

Şüphesiz ki, birçok okur, önyargının, salt duygusal tepkinin, rasyonalizasyonun ve papağanlığın bu kısa anlatımlarıyla aynı fikirde olmayacak. Bazılarının bunların ne olduğuna dair kendi fikirleri olabilir. Şimdi sadece bunların ayrı kavramlar olduğu, farklarının detayları ne olursa olsun başkasının pozisyonuna ahlaki bir kanaat olarak davranıp davranmama kararını verirken rolleri olduğunu vurgulamak istiyorum. Sadece şiddetle hoşlanmadığımız duruşlara yapııştırılmış sıfatlar değil.

(b) Bu (ya da benzeri) gerekçelerden biriyle diskalifiye edilmeyen bir neden ürettiğimi varsayın. Bu neden bir genel ya da ahlaki ilke ya da kuramı, bu ilke ya da kuramı belirtemeyecek olsam ve konuştuğumda aklımda olmasa da, gerektirecek. Eğer nedenim olarak İncil’in eşcinsel fiilleri yasakladığı olgusunu ya da eşcinsel davranışlarda bulunanların evlenip çocuk büyüteceğini daha az muhtemel kıldığını öne sürersem, nedenimin gerektirdiği kuramı kabul ettiğimi ima ederim ve eğer etmediğime inanırsanız, duruşumun ahlaki olduğu hususunda tatmin olmayacaksınız. Bu benim samimiyetimin sorunu olabilir – gerçekte İncil’in uyarılarının

bu şekilde ahlaken bağlayıcı olduğuna ya da herkesin soyunu sürdürmek zorunda olduğuna inanıyor muyum? Bununla beraber, samimiyet sadece tek konu değil, çünkü tutarlılık da gerekli. Bu genel durumlardan birini kabul ettiğime inanabilir ve yanılabilirim, çünkü diğer inançlarım ve başka durumlardaki davranışım bununla tutarsız olabilir. Belli İncil uyarılarını reddedebilirim ya da insanların eğer isterlerse hayatları boyunca bekâr kalma ya da doğum kontrolünü kullanmaya hakları olduğu fikrinde olabilirim.

Elbette, genel ahlaki duruşumun sınırlamaları ve istisnaları olabilir. Bir istisna ile bir tutarsızlık arasındaki fark, öncekinin doğru olarak sahip olduğumu iddia edebileceğim ahlaki duruşlar gerektiren nedenlerle desteklenebileceğidir. İncil otoritesine dayanarak bütün eşcinselleri, ancak bütün zinacıları değil, kınadığımı varsayın. Bu ayrım için hangi nedeni önerebilirim? Eğer bunu destekleyen bir tane üretmezsem, İncil otoritesi hakkındaki genel bir tutum kabul ettiğimi öne süremem. Eğer ayrımı destekler görünen bir tane üretirsem, orijinal cevabıma sorulanlarla aynı tarz sorular bu neden hakkında da sorulabilir. Hangi genel tutum, istisnam için sebebi önkoşul olarak gerektirir? Samimi olarak bu sonraki genel tutumu kabul edebilir miyim? Örneğin, nedenimin zinanın şimdi çok yaygın ve gelenekçe uygun görüldüğü olduğunu varsayın. Gayri ahlaki olanın, popüler olunca ahlaki olduğuna gerçekten inanıyor muyum? Eğer inanmıyorsam ve ayrım için başka bir neden üretemiyorsam İncil'in yasakladığının ahlaka aykırı olduğu genel tutumunu kabul ettiğimi öne süremem. Elbette bu belirtildiğinde zina hakkındaki görüşlerimi değiştirmeye ikna edilebilirim. Ancak bunun samimi bir tutum değişikliği ya da sadece argüman hatırına bir çaba olup olmadığı sorusu karşısında tetikte olurdunuz.

Prensipte orijinal iddiamın bu ayrıntılarına hiçbir sınır yoktur, ancak, elbette hiçbir güncel argüman bunların çoğunu incelemeye meyilli değildir.

(c) Tutumumu bir ahlaki inanç sorunu yapmam için gerçekten de bir nedene sahip olmak zorunda mıyım? İnsanların çoğu gereksiz sıkıntıya yol açma ya da önemli bir sözü neden göstermeden tutmama fiillerinin gayri ahlaki olduğunu düşünür ve yine de bu inançlar için hiçbir neden veremezler. Hiçbir neden gerekmediğine inanırlar çünkü bunları ahlaka aykırılıkları aşikâr ya da kendiliğinden belli fiiller olarak kabul ederler. Bu şekilde tutulan bir pozisyonun ahlaki bir tutum olabileceğini reddetmek sağduyuya aykırı görünüyor.

Yine de, birinin tutumunun kendiliğinden aşikâr olduğuna inanmakla, birinin tutumu için nedeni olmamak arasında önemli bir fark vardır. Önceki daha fazla nedene ihtiyaç duyulmadığı, söz konusu fiilin gayri ahlakiliğinin toplumsal etkilere dayanmadığı, bir tanrı tarafından yasaklanmadığı ya da başka bir şeye dayanmadığı ancak fiilin kendi doğasından çıktığı yönünde olumlu bir inancı gerektirir. Belli bir tutumun aşikâr olduğu, başka bir deyişle fiilin kendi içinde ve kendinden ahlaka aykırı olduğu iddiası ve gözden geçirdiğimiz diğer nedenler gibi bu özel neden de sahip olduğum genel teorilerle tutarsız olabilir.

Yaptığımız ahlaki argümanlar sadece ahlaki ilkeleri değil, aynı zamanda ahlaki mantık yürütme hakkında daha soyut tutumları da gerektirir. Özellikle ne gibi davranışların kendi içinde ve kendinden gayri ahlaki olabileceği hakkında duruşları gerektirir. Sizin ahlaki fikirlerinizi eleştirdiğimde ya da aptalca olduğunu düşündüğüm geleneksel ahlak kurallarını göz ardı edişimi haklılaştırmaya çalıştığımda muhtemelen söz konusu davranışın, bir fiili gayri ahlaki yapabilecek birçok özellikten herhangi birine sahip olduğunu reddederek sürdüreceğim – örneğin hiçbir görev ya da ödev ihlali içermediğini, yapan dahil olmak üzere kimseye zararının olmadığını, hiçbir kurumsal din tarafından yasaklanmadığını ve yasadışı olmadığını. Bu şekilde sürdürürüm çünkü ahlaksızlığın nihai zemininin birkaç çok küçük genel standart serisiyle sınırlandığını varsayıyorum. Bu varsayımı doğrudan belli edebilirim ya da argümanımın biçiminden çıkabilir. Her iki durumda da varsayımı bu nihai standartlardan hiçbir destek iddia edemeyecek tutumları keyfi sayarak –örneğin, eğer siz fotoğrafçılığın ya da yüzmenin ahlaka aykırı olduğunu söylerseniz yapacağım gibi– uygulayacağım. Altını çizdiğim bu varsayımı ifade edemesem de yine de uygulayacağım ve kabul ettiğim nihai kriterler en soyut ahlaki standartlarım arasında olduğundan komşularımın kabul edip uyguladıklarından çok da farklı olmayacaklar. Eşcinselleri hor görenlerin çoğu neden olduğunu söyleyemeseler de, çok azı kişinin nedene ihtiyacı olmadığını olumlu olarak iddia edebilir, çünkü bu, tutumlarını kendi standartlarında keyfi yapar.

(d) Argümanımızın bu anatomisi sürdürülebilir ancak bazı sonuçları haklılaştırmının çoktan zamanı geldi. Eğer aramızdaki sorun benim eşcinsellik hakkındaki görüşlerimin ahlaki tutuma varıp varmadığıysa ve bundan dolayı bu gerekçeyle bir eşcinselle karşı oy vermemeye yetkim olup olmadığıysa, sorun sadece hislerimi açıklamamla hallolmaz. İnancımı desteklemek için üretebileceğim nedenleri ve diğer görüşlerimin ve davranış-

larımın bu nedenlerin gerektirdiği kuramlarla tutarlı olup olmadığını gözden geçirmek isteyeceksiniz. Örneğin, bir önyargının ya da rasyonalizasyonun ne olduğu ya da bir görüşün ne zaman diğeriyle tutarlı olduğu konusunda elbette, detayda benimkinden farklı olabilecek, kendi anlayışınızı uygulamak zorunda olacaksınız. Siz ve ben pozisyonumun ahlaki olup olmadığı konusunu, kısmen anlayıştaki bu tarz farklar yüzünden kısmen de kişi bu kanunsuz gerekçeleri kendisinde fark etmeye diğerlerinde fark etmekten daha az meyilli olduğundan, anlaşmazlıkla noktalayabiliriz.

Bu olgulardan önyargı, rasyonalizasyon ya da tutarsızlık diye bir şey olmadığı ya da bunun yalnızca bu terimleri kullananların bu şekilde tanımladıkları tutumlardan şiddetle hoşlanmadığı anlamına geldiği sonucuna varma şüpheci yanlıgısından kaçınmalıyız. Bu, kıskançlık hakkında farklı insanların farklı anlayışları olduğundan ve samimiyetle birinin kıskanç olup olmadığı hakkında aynı fikirde olmayabileceklerinden, kıskançlık diye bir şeyin olmadığını ve diğerinin kıskanç olduğunu söylemesinin kişinin yalnızca ondan hiç hoşlanmadığı anlamına geldiğini tartışmak gibi olurdu.

LORD DEVLIN'İN AHLAKI

Şimdi Lord Devlin'in ikinci argümanına dönebiliriz. Yasa koyucuların ahlakı bir konuda karar vermesi gerektiğinde (hipotezine göre bir davranış, bir önemli toplumsal düzenlemeyi tehdit ettiğinde yapmalıdırlar), bu, demokratik prensip tarafından istendiğinden ve toplumun kendi aydınlığını izlemeye hakkı olduğundan, toplumun çoğunluğunun vardığı herhangi bir ahlaki fikir birliğini izlemeleri gerekir. Eğer Lord Devlin, toplumun ahlaki konsensüsünden bahsederken, bizim incelediğimiz anlamda ayrımcı olan tutumları kastetseydi argüman biraz makul olurdu.

Ancak böyle bir şeyi kast etmiyor. Ahlaki tutum tanımı, onun, benim antropolojik anlamda ifade ettiğim anlamda kullandığını gösteriyor. Fikri-ni kabul ettirmeye çalıştığımız ortalama insandan, "(...) hiçbir şey hakkın-da mantık yürütmesi beklenmiyor ve yargısı çoğunlukla bir his sorunu olabilir"¹⁸ diyor. "Eğer mantıklı adam bir davranışın gayri ahlaki olduğunu ve aynı zamanda toplumun hiçbir sağ fikirli üyesinin başka türlü düşünmeyeceğine inanıyorsa –bu inancın doğru ya da yanlış olup olmadığı önemli değil, yeter ki dürüst ve soğukkanlı olsun– o zaman hukukun amacı açısın-

dan gayri ahlakidir.”¹⁹ Başka bir yerde Dekan Rostow’un ona ithaf ettiği “toplumun ortak ahlakının herhangi bir zamanda geleneğin ve inançların, mantığın ve duygunun, tecrübenin ve önyargının bir karışımı olduğu” görüşünü onaylayarak alıntılıyor.²⁰ Onun ahlaki bir inancın ne olduğu düşüncesi en açık haliyle eşcinseller hakkındaki beyanında ortaya çıkıyor. Eğer ortalama insan eşcinselliğe “öyle tiksindirici bir kusur ki sadece mevcudiyeti bile suç”²¹ şeklinde bakıyorsa, bu ona ortalama adamın eşcinseller hakkındaki hislerinin bir ahlaki inanç sorunu olduğunu gösterir.²²

Yargıları ‘ahlaki tutumun’ bu antropolojik anlamda kullanılmasına dayandığından başarısızlıkla sonuçlanıyor. Birçok kişinin eşcinselliğin tiksindirici bir kusur olduğunu düşündüğü ve varlığını hoş göremeyeceği doğru olsa bile, bu ortak fikrin (eşcinsellerin efemine oldukları için ahlaken daha aşağı yaratıklar oldukları varsayımına dayanan) önyargı, (hiç de desteklenmeyen toplumun kendi rasyonalite standartlarına meydan okudukları gerçeğinin varsayımlarına dayanan) rasyonalite ve (hiçbir kanaati değil de sadece kabul edilmeyen kişisel şüpheden çıkan kör nefreti temsil eden) iğrenmenin bir bileşimi olması mümkündür. Ortalama insanın görüşü için hiçbir mantık üretemeyeceği ancak karşılığında kendisini papağan gibi tekrar eden komşusunu papağan gibi tekrar edeceği ya da samimi ya da tutarlı olarak inandığını iddia edemeyeceği daha genel bir ahlaki pozisyonu gerektirecek bir neden üretmesi muhtemeldir. Eğer öyleyse, önyargıların, nefretlerin ve rasyonalizasyonların başkasının özgürlüğünü kısıtlamayı haklılaştırmadığı inancının kendisi popüler ahlakımızda kritik ve temel bir yer tuttuğundan, izlediğimiz demokrasi prensipleri konsensüsün uygulanmasını talep etmez. O zaman toplumun büyük çoğunluğu da, toplum bu ayrıcalığı önyargı, rasyonalizasyon ya da kişisel nefret temeli-

19) A.g.e., 22-3.

20) Rostow, “The Enforcement of Morals”, 1960 Camb. L.J. 174, 197; yeniden basım, E.V. Rostov, *The Sovereign Prerogative* 45, 78 (1962), Devlin 95’teki alıntı.

21) A.g.e., 17.

22) Lord Devlin önsözde (A.g.e., viii) orijinal konuşmanın dilinin “duyguya çok fazla ve mantığa çok az” vurgu yapmış olabileceğini kabul ediyor ve yasa koyucunun ‘irrasyonel’ inançları dikkate almama yetkisi olduğunu ifade ediyor. Sonrakine [irrasyonel inançlar] örnek olarak eşcinselliğin depreme yol açabileceği inancını veriyor ve irrasyonelitenin dışarıda bırakılmasının “genellikle kolay ve nispeten daha az önemli bir süreç” olduğunu ileri sürüyor. Lord Devlin’in ona izin verdiği ölçüde dışarıda bıraktığı sonucuna varmanın doğru olacağını düşünüyorum. Eğer hatalıysam ve Lord Devlin ondan kişisel önyargılarını, nefretlerini, keyfi duruşlarını ve geri kalanını da dışarıda bırakmasını isteseydi söylemeliydi ve bu ayrımlardan bazılarını halletmeye kalkışmalıydı. Eğer yapmış olsaydı sonuçları farklı olmuş olurdu ve şüphesiz farklı bir tepkiyle karşılaşırđı.

ne dayanarak hareket edene vermediğinden, kendi aydınlığını izlemeye yetkili olmazdı. Gerçekten de, ayrımcı anlamda, bunlar ve ahlaki inançlar arasındaki fark, daha çok öncekileri kişinin kovalama hakkı olmadığı tutumlar olarak işaretlemek için vardır.

Ahlaki bir konsensüsün var olduğu söylenen vicdani bir yasa koyucu, bu konsensüsün güven nedenlerini test etmelidir. Elbette bireysel olarak vatandaşların inançlarını ya da davranışlarını inceleyemez; Clapham otobüsünde oturum düzenleyemez. Kastedilen bu değil.

Ahlaki bir konsensüsün varolduğu iddiasının kendisi seçime dayanmaz. Yasa koyucunun toplumunun bazı sevilmeyen tutumlara nasıl tepki verdiği anlayışına başvurmaya dayanır. Ancak aynı anlayış, tepkinin genellikle desteklendiği zeminin farkında olmayı içerir. Eğer editör köşeleri, meslektaşlarının konuşmalarını, ilgili grupların tanıklıklarını ve kendi yazışmasını içeren kamusal bir tartışma olsaydı, bu argümanların ve tutumların hangilerinin etkinlik alanında olduğu hakkındaki onun farkındalığını artırırdı. Toplumun büyük kısmının kabul etmesinin beklenmeyeceği, vesaire, genel prensip ya da kuramları gerektiren bu argümanları ve tutumları, hangilerinin önyargı ya da rasyonalizasyon olduğunu belirlemeye çalışırken, elekten geçirmesi gerekir. Belki de bu düşünme sürecini bitirdikten sonra ahlaki konsensüs iddiasının yapılmamış olduğunu bulacaktır. Zannederim, eşcinsellik konusunda böyle olmayacaktır ve Lord Devlin'in ayrımcı olmayan varsayımını çok ciddi bir yanlış ifadelendirme yapan da budur. Şok edici ve yanlış olan, onun toplumun ahlakının hesaba katıldığı fikri değildir, ancak onun toplumun ahlaki olarak neyin hesaba katıldığı fikridir.

Elbette yasa koyucunun bu testleri kendisinin uygulaması gerekir. Eğer popüler fikirleri paylaşıyorsa, her ne kadar kendini eleştiriyorsa da, uygulama onu döndürebilse de, onları yetersiz bulması pek olası değildir. Her durumda cevabı ortak ahlakımızın neye ihtiyacı olduğu konusundaki kendi anlayışına bağlıdır. Bu, onu hangi kriterleri uygulamaya zorlasak da onları kendi anladığı şekliyle uygulayacağından, kaçınılmazdır.

Bu şekilde devam eden, popüler öfke, hoşgörüsüzlük ve tiksintiye toplumunun ahlaki kanaati olarak kabul etmeyen bir yasa koyucu ahlaki seçkincilikten suçlu değildir. Sadece kendi eğitilmiş görüşlerini onları reddeden geniş bir toplumunkilerle karşı karşıya getirmiyor. Toplumunun farklı ve esasen önemli ahlakının bir parçasına, toplumun varlığına Lord Devlin'in yapmasını buyurduğu şekilden daha esas bir fikir birliği uygulamak için yapabileceğinin en iyisini yapıyor.

Hiçbir yasa koyucu toplumun öfkesine aldırmamayı kaldıramaz. Bu, göz önünde tutmak zorunda olduğu bir olgudur. Siyasi olarak yapılabilir olanın sınırlarını belirleyecek ve bu sınırlar içinde onun ikna etme ve uygulatma stratejilerini belirleyecektir. Ancak stratejiyi adaletle ya da siyasi hayatın gerçeklerini siyasal ahlakın ilkeleriyle karıştırmamalıyız. Lord Devlin bu ayrımları anlıyor ancak argümanları, korkarım, daha çok anlamayanlara hitap ediyor.

PORNOGRAFI ÜZERİNE NOTLAR

Lord Devlin'in örneği olduğu için eşcinselliği tartıştım. Sadece Britanya'nın Lord Devlin'in kuramlarına ilgisi sırasında Amerikan gazete başlıklarında eşcinsellikten daha fazla yer aldığı için bile olsa pornografi hakkında bir söz söylemek istiyorum. Yüksek Mahkeme üç önemli davaya daha yeni karar vermişti: *Ginzburg, Mishkin ve Fanny Hill*.²³ Bunların ikisinde pornografinin dağıtımı nedeniyle mahkûmiyetler (ve hapis cezaları) onaylandı ve üçüncüsünde, Mahkeme sözde müstehcen bir roman üzerindeki eyalet yasağını geri çevirse de, üç yargıç karşı çıktı.

Davalardan ikisi, eyaletin uygulamalarının anayasallık açısından gözden geçirmesini içeriyordu ve üçüncüsü de federal kanunun yorumlanması ve uygulanmasını içeriyordu. Bu nedenle Mahkeme'nin bir eyaletin ya da ulusun yasal olarak erotik edebiyat sorunu ve kanuni yapılanmayı ne kadar yasaklayabileceği sorusuna karar vermesi gerekiyordu. Ancak kararların her biri yine de ele aldığımız türden siyasal prensip konularını gündeme getirdi.

Mahkeme'nin çoğunluğu birkaç yıl önce *Roth* tarafından belirlenen anayasal teste bağlı kaldılar.²⁴ Bu teste göre, bir kitap eğer "(a) bütün olarak ele alındığında materyalin temasının arzulu seksle ilgisi varsa; (b) materyal cinsel konuların tanımlanması ve sunulmasıyla ilgili çağdaş toplum standartlarını aşağıladığından açıkça saldırgansa; ve (c) materyal tamamen toplumsal bağışlamadan yoksunsa" birinci düzeltmeyle korunmayacak şekilde müstehcendi.²⁵ Siyasal prensip sorusunu şu şekilde sorabiliriz: Federal hükümete ya da herhangi bir eyalete *Roth* testi

23) Yukarıda n. 2.

24) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

25) *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413, 418 (1966).

altında müstehcen bulunan kitapların basımını yasaklama hakkını ne verir?

Yargıç Brennan'ın *Mishkin*'deki fikri bir cevap doğurdu: Erotik edebiyat bazı okuyucuları suça teşvik eder, dedi. Eğer bu doğruysa, eğer böyle birçok durumda aynı okurlar aynı suça başka bir tahrikten dolayı teşvik olmayacaklardıysa, ve eğer sorun başka bir şekilde etkili olarak ele alınamayacaksa, bu, topluma bu kitapları yasaklamak için bir hak tanır. Ancak bunlar en azından spekülâtif varsayımlardır ve her durumda, Mahkeme'nin kararını basımın kendisinin müstehcen karakterine değil de toplumu aydınlatıcı olmaktan çok şehvetli olarak sunulmasına dayandırdığı *Ginzburg* davası gibi bir davaıyla alakalı değiller. Müstehcen kitapların yasaklanması için herhangi başka bir haklılaştırma yapılabilir mi?

Lord Devlin'in ikinci argümanı gibi bir argüman oluşturulabilir ve toplumun pornografiyi yasaklamaya hakkı olduğuna inananların çoğu aslında böyle bir argümanla hisleneceklerdir. Argüman şu şekli alabilir:

(1) Eğer müstehcen kitapların özgürce satılmasına, sanki sabah sütüymüş gibi dağıtılmasına izin verirse, bütün toplumun tavrı sonunda değişecektir. Konuşmada kıyafette ve toplumsal davranışta şimdi pis ve adi görünen kabul edilebilir olacaktır. Pornografinin yasal olarak keyfini çıkarabilen bir toplum yakında pek de yumuşak olmayacak şeyleri kabullenecek ve popüler kültürün bütün biçimleri kaçınılmaz olarak şehvetli olmaya yakınlaşacak. Bu güçleri çoktan iş başında gördük – *Tropic of Cancer* (Yengeç Dönencesi) gibi kitapların basılmasına olanak sağlayan yasal tavrımızdaki aynı gevşeklik filmlerde ve dergilerde, plajlarda ve şehir sokaklarında gördüklerimiz üzerinde çoktan etkili oldu. Belki de birçok eleştirmenin makul olarak sanat eseri olduğunu düşündüğü şeyin bedelini ödemeliyiz, ancak çöp –sadece kâr için toplu üretilen– için çok daha fazla olacak bir bedel ödememeliyiz.

(2) Toplumsal uygulamaların çoğunluk değişime katılmadığı takdirde değişmeyeceğini söylemek yeterli değildir. Toplumsal yozlaşma medya ve insan yığınının herhangi bir kontrolünün, aslında herhangi bir bilinçli tasarımın tamamen ötesinde, ötesindeki güçler aracılığıyla yayılır. Elbette pornografi uzaklaştırırken cezp eder ve toplum standartlarının kötüleşmesinde bir noktada çoğunluk daha fazla kötüleşmeye itiraz etmeyecektir, ancak bu hiç yozlaşma olmadığının değil de yozlaşmanın başarısının bir

belirtisidir. Hâlâ sahipken standartlarımızı uygulamamızı zorunlu kılan şey tam da bu olasılıktır. Bu kanunun bizi kendimizden korumasını dile-
diğimizin bir –tek değil– örneğidir.

(3) Pornografiyi yasaklamak yazarların, yayıncıların ve muhtemel okur-
ların özgürlüklerini kısıtlamaktır. Ancak, eğer yapmak istedikleri ahlaka
aykırıysa bunun pahasına kendimizi korumamız gerekir. Böylece, ahlaki
bir sorunla karşı karşıyayız: Kişinin erotik etkisi dışında bir değer ve erdem
iddiası olamayacak ‘hardcore’ pornografiyi yayınlama ve okuma ahlaki
hakkı var mıdır? Bu ahlaki sorun bir emirle ya da kendi kendini görevlen-
dirmiş etik öğretmenleriyle değil de topluma sunmakla çözümlenmelidir.
Mevcut durumda toplum *hardcore* pornografinin gayri ahlaki olduğu ve
onu üretenlerin de muhabbet tellalları olduğuna ve toplumun cinsel ve
ilgili konularının onların özgürlüklerini kısıtlamayı haklılaştıracak kadar
önemli olduğuna inanmaktadır.

Ancak, başkası her ne düşünürse düşünsün, son cümlede tanımlanan
konsensüsün ahlaki inanç konsensüsü olması gerektiği bu argüman açısın-
dan kesinlikle önemlidir. Eğer ortalama adamın pornograficilerden hoş-
lanmamasının bir zevk sorunu ya da keyfi bir tutum olduğu ortaya çıkar-
sa argüman başarısız olurdu, çünkü bunlar özgürlüğün kısıtlanması için
tatminkâr nedenler değildir.

Ortalama bir insanın pornografi hakkındaki görüşlerinin ahlaki inanç-
lar olup olmadığı sorusunu sormak birçok okura paradoksal gelecektir.
Birçok insan için ahlakiliğin merkezi cinsel koddur ve eğer ortalama insa-
nın zina, aldatma, sadizim, teşhircilik ve pornografinin diğer unsurları
hakkındaki görüşleri ahlaki tutumlar değilse, sahip olabileceği herhangi
bir görüşün ahlaki olabileceğini tasavvur etmek zordur. Ancak bu mace-
ralar hakkında yazmak ve okumak, onların içinde yer almakla aynı şey
değildir ve kişi bu fiilleri yasaklamak için onlar hakkında fantezi üretme-
yi ve keyif almayı içermeyen (acı verdikleri, dine saygısızlık ettikleri, aşağı-
layıcı ya da toplumsal öfkeye sebep oldukları gibi) nedenler verebilir.

Pornografi hakkında ahlaki kanaat iddiasında olanlar bunun varlığına
dair bir kanıt sağlamalılar. Toplumun ortalama üyesinin samimi ve tu-
tarlı olarak tanımladığımız şekilde geliştirebileceği ahlaki nedenler ya da
argümanlar sağlamalılar. Belki bu yapılabilir, ancak sadece ortalama şahsın
–jüri locasında ya da değil– bütün iş hakkında başparmağını aşağı indir-
diğini iletmek alternatif bedel oluşturmaz.

John Stuart Mill'in ünlü denemesi *On Liberty* (Özgürlük Üstüne) genel olarak muhafazakârlara liberallere olduğundan daha çok hizmet etti. Fitzjames Stephen'dan Wilmore Kendall'a ve Lord Devlin'e kadar liberalizm eleştirmenleri bu teorinin en ikna edici savunması olarak denemeden alıntılar yapmaktan memnun oldular ve sonra argümanındaki kusurları fark ederek liberalizmin hatalı olduğunu öne sürdüler. Bayan Gertrude Himmelfarb *Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*'de (Özgürlük ve Liberalizm: John Stuart Mill Vakası) denemeyi aynı şekilde kullanıyor, ancak şu farkla. Mill'in argümanlarına saldırmıyor ama ad hominem [önyargıyla] Mill'in kendisine karşı çıkıyor. Mill'in kendisinin diğer yazılarında *On Liberty*'nin oturtulduğu zemini kınadığını söylüyor. Friedrich Hayek yıllar önce aynı şeyi belirtti ve Bayan Himmelfarb Mill'in denemelerinin 1962 basımında buna değindi. Şimdi iddiasını çok detaylı belgeliyor.

Eğer, inandığı gibi, *On Liberty* Mill'in ondan önce ya da sonra yazdığı her şeyin zerresine karşı geliyorsa, o zaman neden bu denemede kendini reddetmek için bu kadar çok zaman harcadığını ve özen gösterdiğini açıklamak gerekir. Cevabı, *On Liberty* yazıldığında eşî olan ancak basılmadan ölen Harriet Taylor'la uzun arkadaşlığında bulur. Mill *On Liberty*'yi ona görkemli sözlerle ithaf etti; fikirlerinin deneme için ilham getirdiğini ve

denemenin uzun gözden geçirme ve cilalama sürecinde aktif katılımcısı olduğunu söyledi. Bayan Himmelfarb bunun yetersiz bir ifade olduğunu ileri sürüyor; Bayan Taylor teşebbüste öyle baskın bir ortaktı ki onu doğal olmayan entelektüel pozisyonlara sürükledi. Aynı zamanda Bayan Taylor'un denemeyi kışkırtan hiddetinin, denemede pek de bahsedilmeyen ancak Bayan Taylor'ın büyük ilgisinin olduğu, Victoria İngiltere'sindeki kadınların yasal ve toplumsal baskılanması olduğunu düşünüyor.

Ancak Bayan Taylor'un Mill'in zihnini ele geçirdiği hipotezinin lehine tek argümanı, düşüncesindeki tutarsızlığın başka bir açıklamasının bulunamamasıdır. Denemenin içinde ya da dışında doğrudan bir kanıt yoktur. Bayan Himmelfarb içsel kanıtın yokluğunun sadece işbirliğinin ne kadar sıkı olduğunu gösterdiğini öne sürüyor ve harici kanıtın yokluğunu da Mill çiftinin deneme yazılırken bütün arkadaşlarından uzakta yaşadığını dikkate alarak açıklıyor. Eğer *On Liberty* ve Mill'in diğer eseri arasında gerçek bir tutarsızlık yoksa, o zaman Bayan Himmelfarb'ın ilginç spekülasyonu için hiçbir neden kalmıyor.

Varsayılan tutarsızlık için argümanı şu. Mill özgürlüğü sadece ünlü denemede değil, otobiyografisi, önceki denemesi "Çağın Ruhu", Coleridge üzerine ünlü denemesi ve faydacılık üzerine başeseri de dahil olmak üzere, birçok kitap ve yazıda da tartıştı. Bu diğer eserlerde Mill, siyasal kuramda karmaşıklık ve tarihçiliğin her ikisi lehine tartışır. Faydacılığın kurucusu Bentham'ı toplumsal psikoloji ve siyasal teoriyi basit aksiyomlara indirgemekle suçlar. İnsan doğasının karamsar bir teorisini konumlandırır, kendini beğenmişlik üzerinde kültürel ve tarihsel sınırlamaların değerini vurgular ve devletin vatandaşlarını bireysel iştahtan toplumsal vicdana doğru eğitme rolünde ısrar eder.

Ancak *On Liberty*, Bayan Himmelfarb'a göre, bu önermelerin her birine karşı çıkar. Aşağıdakini iddia etmekle başlar:

Bireyin zorlama ve kontrole ayak bağı olduğu toplumun ilişkilerini yönetmeye kesinlikle hakkı olan çok basit bir ilke. (...) Bu ilke, insanlığın birey ya da kolektif olarak herhangi bir sayısının hareket özgürlüğüne karışmaya yetkili olduğu tek son, kendini korumaktır. Gücün, isteğinin dışında, uygar bir toplum üzerinde doğru olarak uygulanabileceği tek amaç diğerlerine gelebilecek zararı önlemektir.

Birinci olarak bu iddianın mutlak karakterini suçluyor. "Çok basit bir ilke"nin toplum ve birey arasındaki karmaşık bağlantıları 'kesin olarak yönetebileceği'ni iddia ettiğinde Mill'in kendi görgüsüne hatalı olduğunu

söylüyor. Sonra basit ilkeyi, Mill'in gelenek ya da eğitimle ilgili daha karakteristik iddialarını hiçe sayan, özgürlük için "aşırı" bir iddia olarak tanımıyor. *On Liberty*'nin bireyleri "kişisel arzularını, dürtülerini, eğilimlerini ve isteklerini ödüllendirmeyi, bunların tüm iyiliğin kaynağı, bireysel ve toplumsal iyiliğin arkasındaki güç olarak görmeyi" cesaretlendirdiğini söylüyor; "bireyi akıl ve erdem deposu yapan ve bireyin özgürlüğünü toplumsal politikanın tek amacı yapan, bireyden daha yukarıda ve daha değerli bir konu olmadığını kabul eden" bir felsefeyi destekledi. Bütün bunu başka denemelerde geliştirilen bireylerin kendileriyle meşgul olmaktansa diğerleriyle ilgilenererek erdem ve mükemmelliğe ulaşabilecekleri yönündeki Mill'in kendi felsefesini dikkate alarak yaptı.

Bayan Himmelfarb'ın argümanı, geri alamadığı bir gafla başlar. İlkenin gücünü kapsamıyla karıştırır. Mill'in çok basit olduğunu düşündüğü Bentham'ın insan doğası ve fayda kuramları kapsamlarında mutlaklıklar. Bentham insanın her hareketinin ve kararının bazı zevk ve acıların hesaplamasıyla motive olduğunu ve her siyasi kararın bu hesaplama üzerine yapılması, sadece net zevk ürününün bütün olarak toplum için acıdan çok olması gerektiğini düşündü.

Ancak Mill'in ilkesi dar kapsamlı. Yalnızca bir hükümetten, kask takmadan motosiklet kullanmak gibi, sadece yapana tehlikeli olduğu gerekçesiyle fiili yasaklamasının istendiği nispeten nadir durumlara yöneltilir. Eşcinsel fiilde bulunmak ya da pornografi basmak ya da okumak gibi toplumun ahlak standartlarını ihlal ettiği gerekçesine dayanarak yöneltilir. Böyle kararlar herhangi bir mantıklı hükümetin işinin çok küçük bir parçasını oluşturur. İlke hükümetin gelir, güvenlik, güç ve hatta başka bir değer uğruna özgürlüğü kısıtlamaya nasıl karar vereceği hakkında hiçbir şey söylemez. Örneğin, hükümete askeri etkinlik pahasına zorunlu askerlik kanunu direnişçilerine saygı göstermeyi, mülk zararı pahasına gösteri özgürlüğünü ya da verdiği rahatsızlık pahasına arazi kullanım özgürlüğünü tavsiye etmez.

Bir ilkenin kapsamı ne kadar daralırса mutlak olduğu o kadar makulce söylenebilir. En sofistike felsefeciler bile, örneğin, hükümetin gereksizce vatandaşlarının bir sınıfını aşağılamasının yanlış olduğuna inanabilir. Mill ilkesinin mutlak olmaya yetecek kadar kısıtlı olduğuna inandı ve bunda yanlış olmuş olsa da böyle düşündüğü için saf ya da fanatik olduğu söylenemez.

Bayan Himmelfarb'ın Mill'in ilkesinin kapsamı ve gücü arasındaki kafa karışıklığı kitabının son bölümündeki garip argümandan sorumludur. Son yıllarda liberallerin bu ilkeyi, 'mutlak özgürlüğün mutlak olarak yozlaş-

tıracağı'nı henüz öğrenmediklerini gösteren sonuçlarla, mantıksal uca götürdüğünü ve "Sağduyu ve ölçülülük ilkelerine saygı göstermeyen bir halk, özgürlük ilkesi de dahil, diğer her ilkeyi ihlal edecek kadar sağduyusuzca ve ölçüsüzce davranmaya mahkûmdur." Ancak kendi anlatımı Mill ve herhangi bir toplumsal düzensizlik arasında bir bağlantıyı ima etmiyor. Örneğin, radikal 'karşı kültür'ün spontane olmayı övdüğünü söylüyor ve bundan dolayı bunun Mill'in yarattığı olduğunu iddia ediyor. Ancak bu 'karşı kültür'ün dilinin bireysellikten çok toplumu vurguladığını kabul ediyor. Taraftarlarının liberalizmi genel olarak, ve özellikle Mill'i, aşağı gördüğünü ve *On Liberty*'ye olan düşmanlığını yakın buldukları Marcuse gibi yazarları çok daha tercih ettiklerini ekliyor.

Himmelfarb'ın diğer yozlaşma kanıtı cinsel açıklığın tanındık örnekleriyle sınırlı. Eşcinselleri cezalandıran kanunlar gevşetildi, *Deep Throat* (*Derin Gırtlak*) bazı şehirlerde kesilmeden gösterildi, ve plajda eskiden olduğundan daha fazla çıplak güneşlenenlerin olduğu doğru. Ancak bunlar herhangi bir adalet ilkesini tehdit edici değil. Profesör Shockley'nin konuşmasına Harvard'ın reddi ve Yale'in izin vermeyi becerememesi gibi özgürlüğe verdiğimiz gerçek zararlar Mill'e çok fazla değil çok az ilgi gösterildiğini ima ediyor.

Miss Himmelfarb cinsel gelenekteki değişikliklerin daha genel bir sosyal anarşi ya da kanunsuzluğun ön gösterimi ya da belirtisi olduğuna inanıyor. Mill'in yeni ve etkileyici bir özgürlük fikri getirdiğini düşünüyor – yani kendisini ve diğerlerini etkileyen kararlar arasındaki kendi ayrımının sadece bu çürütücü fikri içermek için çizdiği keyfi ve mantıksız bir çizgi olduğunu, bu çizgi tutunamayacağından fikrin yakında şiddet ve anarşiye, mutlak özgürlüğün garantilediği mutlak yozlaşmayı genişleteceğini. Yalnızca Mill'in ilkesinin bir iç mantığı ve kaçınılmaz sonucu olduğu anlayışı, gücü kadar doğal kapsamının da mutlak olması gerektiği, kitabının son çeyreğinin retoriğini açıklayabilir.

Ancak argümanı, diğer kusurları ne olursa olsun, *On Liberty*'nin büyük bir yanlış anlaşılmasını ele veriyor; özgürlüğün iki kavramını karıştırıyor ve Mill'in denemesine yanlış olanını yüklüyor. Serbestlik olarak özgürlük (bir kişinin toplumsal ya da yasak kısıtlamadan dilediği her şeyi yapacak derecede özgür olması) fikriyle bağımsızlık olarak özgürlük (bir kişinin ikincil olmaktansa bağımsız ve eşit olarak statüsü) fikri arasında ayrım yapmıyor. Bu iki fikir elbette yakından alakalı. Eğer bir kişi yasal ve sosyal kısıtlamalarla oldukça engellenmişse, o zaman bu, en azından, gücünü ona bu kısıtlamaları empoze etmekte kullanan bir gruptan siyasal olarak

daha aşağı bir pozisyonda olduğuna güçlü bir kanıttır. Ancak iki fikir yine de çok önemli şekillerde farklıdır.

Serbestlik olarak özgürlük davranış biçimleri arasında ayrım yapmadığı için gelişigüzel bir kavramdır. Her sıkı kurallar koyan kanun vatandaşının serbestlik olarak özgürlüğünü azaltır: cinayet yasaklayan kanunlar gibi iyi kanunlar bu özgürlüğü siyasal konuşmayı yasaklamak gibi kötü kanunlarla aynı şekilde, muhtemelen daha büyük seviyede, azaltır. Böyle herhangi bir kanunun doğurduğu soru özgürlüğe saldırıp saldırmadığı değildir, ki saldırır, ancak saldırının eşitlik, güvenlik ya da toplumsal rahatlık gibi çatışan bir değerde haklılaştırılıp haklılaştırılmadığıdır. Eğer bir toplumsal felsefeci serbestlik olarak özgürlüğe çok büyük bir değer verirse, bu, çatışan değerler için daha az bir göreceli değer lehine tartışmış gibi anlaşılabilir. Eğer, örneğin serbestlik taraftarı genel bir argümanla konuşma özgürlüğünü savunuyorsa, o zaman argümanı aynı zamanda, en azından *pro tanto*, [o ölçüde de] tekel kurma ya da vitrin camlarını kırma özgürlüğünü de destekler.

Ancak bağımsızlık olarak özgürlük bu şekilde gelişigüzel bir kavram değildir. Örneğin, cinayete ya da tekele karşı kanunlar tehdit edici olmayabilir ama genel olarak vatandaşların siyasal bağımsızlığını korumak için gereklidir. Eğer bir toplumsal felsefeci bağımsızlık olarak özgürlüğe yüksek bir değer biçiyorsa, güvenlik ya da rahatlık değerlerini, göreceli olarak bile, hiç de yermiyordur. Eğer, örneğin bağımsızlık ve eşitlik yanlısı genel bir argümanla konuşma özgürlüğünü savunuyorsa, bu, diğer değerler tehlikede olmadığında otomatik olarak daha fazla serbestliği savunmaz.

Bayan Himmelfarb'ın Mill'in ilkesinin iç mantığının anarşi yaratmakla tehdit ettiği argümanı ilkenin serbestlik olarak özgürlüğü teşvik ettiğini varsayıyor. Aslında daha karmaşık olan bağımsızlık olarak özgürlük fikrini teşvik ediyor. Bentham ve Mill'in babası, John Mill, siyasal bağımsızlığın oy verme hakkının geniş bir dağılımı ve diğer siyasal özgürlüklerle, yani demokrasiyle yeterince güvene alındığını düşünüyordu. Mill özgürlüğü eşitliğin daha ileri bir boyutu olarak gördü; bireyin bağımsızlığının sadece onu eşit sestten mahrum eden siyasal bir süreçle değil ama onu eşit saygıdan mahrum eden siyasal kararlarla tehdit edildiğini öne sürdü. Öldürme ve tekel karşıtı gibi ortak çıkarları tanıyan ve koruyan kanunlar hiçbir sınıfa ya da bireye hiçbir aşağılama getirmezler, ancak sadece kendisi için neyin doğru olduğuna karar vermeye yetersiz olduğu gerekçesine dayanarak bir adamı kısıtlayan yasalar esasen onun için aşağılayıcıdır. Onu çoğunluğu oluşturan konformistlere entelektüel ve ahlaki açıdan ikincil ve hakkı

olan bağımsızlıksan mahrum ederler. Siyasal teori için mevcut yapmaya ve liberalizmin basit sözlüğü olarak kullanmaya çalıştığı, basit serbestlik fikri değil, bu karmaşık fikirlerdi.

Kişiye ilgilendiren ve başkasını ilgilendiren fiiller arasındaki ayrım serbestlik ve diğer değerler arasındaki keyfi uzlaşma değildi. Siyasal bağımsızlığı tanımlaması niyetlenmişti, çünkü eşit saygı anlamına gelen ve bunu reddeden denetim arasındaki çizgiyi belirlemişti. Bu neden ayrımı yaparken bu kadar zorluk yaşadığını ve farklı zamanlarda neden farklı şekillere sürdüğünü açıklıyor. Eleştirmenlerinin hep uğraştığı şeyi kabul etti: Herhangi bir fiilin, ne kadar kişisel olursa olsun, diğerleri üzerinde önemli etkileri olabilir. Örneğin, bir adamın hasta olana kadar içmesi fiilinin bir insan yaşamının harcanmasına üzülecek iyi niyetli erkek ve kadınlara acı vereceğini kabul etti. İçme kararı, yine de, bu sonuçlar gerçek ya da toplumsal olarak önemli olmadığı için değil, Mill'in söylediği gibi, yapanın kişiliğinden çıktığı için kişiye ilgilendirir. Üyelerinin ne gibi bir kişiliği olacağına karar vermeye hakkı olduğunu varsaymadan toplumun ilgiden ve pişmanlıktan özgür olmaya hakkı olduğunu varsayamayız ve bu hak Mill'in özgürlükle bağdaşmadığını düşündüğü haktır.

Bir kez özgürlüğün bu iki kavramı ayırt edilirse Miss Himmelfarb'ın Mill'in diğer denemelerinde *On Liberty*'ye tezat teşkil ettiği argümanı çöküyor. Örneğin, bu pasajı Mill'in daha önceki bir yazısından alıntılıyor:

Özgürlük orijinal anlamda kısıtlamadan özgür olma anlamına gelir. Bu anlamda her kanun ve her ahlak kuralı özgürlüğe karşıdır. İkisinden de tamamen azat olmuş bir despot hareket özgürlüğü tam olan tek kişidir. Bu nedenle hükümetin bir önlemi özgürlüğe karşı diye çok da kötü değildir ve bu nedenle onu suçlamak fikir karmaşasına yol açar.

Özgürlüğün genç Mill'in aklındaki 'orijinal' anlamı elbette serbestlik olarak özgürlüktür ve burada yazı ya da ruh olarak *On Liberty*'ye zıt olan hiçbir şey yoktur. Aynı zamanda Mill'in iyi bir toplumda eğitimin işlevlerine, "İnsanı kişisel dürtü ve amaçlarını toplumun amaçları sayılanlara ikincil tutma alışkanlığında ve böylece gücünde eğitmeyi" de eklediği Coleridge üzerine denemesinden de bölümler alıntılıyor. Ancak insanları toplumun amaçlarını kabul etmek için eğitmek, onları serbestlik kısıtlamalarını diğerlerinin çıkarlarına saygı göstermek için eğitmektir, bu çıkarlar oyunda olmadığında kendi kişiliklerini ikincil saymaları için değil.

Aynı denemede Miss Himmelfarb, Mill'in ulusçuluk, yani yaygın bir toplumsal felsefe hissini onayını alıntılar ve bu tarz bir ulusçuluğun *On*

Liberty'nin bireyselliğine zıt olduğunu ileri sürer. Ancak Mill'in "bu hissin bundan sonra yaşaması muhtemel tek şeklin, kurumlarda fark edildiği üzere hiçbir yerde var olmayan ya da ilkel bir devlette var olan, bireysel özgürlük ve toplumsal eşitlik ilkelerine" ortak saygı gösterilmesi acil koşullardan bahsetmez. Coleridge denemesinde yazarın eğitim ve ulusçuluğu *felsefecinin* özgürlük amaçlarının bir uzlaşısı olarak değil de, bu amaçların gerçekleşebildiği şartlar, 'karakterin, gayret ve yiğitliğinin' korunması için gerekli şartlar olarak tanımladığından da bahsetmez. Bayan Himmelfarb'ın bahsettiği her deneme *On Liberty*'nin, kişilik bağımsızlığının serbestlik ve anarşiden ayrı tutulması ve adil bir toplumun özel ve ayrı bir şartı olarak belirlenmesi amacını karşı çıkmaktansa onaylıyor.

Eğer bunu anlamış olsaydı, gerçek liberallerin entelektüel olduğu kadar ekonomik özgürlüğe de saygı göstermesi gerektiği gibi aptalca bir önermeyi tekrar etmemiş olurdu ve sosyalist olan Mill'i bu açıdan da tutarsız olmakla suçlamamış olurdu. Ekonomik serbestlik ve entelektüel özgürlük, eğer özgürlük serbestlik anlamına geliyorsa aynı seviyede durmalılar; eğer özgürlük bağımsızlık anlamına geliyorsa açıkça ayırt edilebilirler ve bazı noktalarda tutarsızdırlar.

Yüksek Mahkeme yıllar önce, eğer Anayasa özgürlüğü koruyacaksa bir işverenin dilediği şartlarda işçi alma özgürlüğünü korumalıdır kararını geçici olarak verdiğinde bu iki kavramı karıştırdı. Muhafazakârlar bu fikirleri, 'hoşgörülülüğü' hem cinsel bağımsızlık hem de siyasal şiddeti tanımlarken kullandıklarında ve bunların sadece derece olarak fark ettiğini ima ettiklerinde, karıştırlar. Radikaller bu fikirleri, liberalizmi kapitalizmle özdeşleştirdiklerinde ve bu nedenle bireysel hakların toplumsal adaletsizlikten sorumlu olduğunu varsaydıklarında, karıştırlar. Mill'in toplu eserleri bu tarz bir karışıklığın nedeni değil ancak panzehiridir.

1. ÖZGÜRLÜK HAKKI YOK

Özgürlüğe hakkımız var mı?¹ Thomas Jefferson olduğunu düşündü ve onun zamanından bu yana özgürlük hakkı yaşam ve mutluluğu kovalamada bahsettiği çekişmeli haklardan daha fazla rol aldı. Özgürlük adını son yüzyılın en etkili siyasal hareketine verdi ve liberalleri küçümseyenlerin çoğu bunu onların yeterince özgürlükçü olmadıkları gerekçesiyle yapıyor. Elbette, hemen hemen herkes özgürlük hakkının tek siyasal hak olmadığını kabul eder ve bu nedenle özgürlük hakkının, örneğin, diğerlerinin güvenliğini ya da mülkünü koruyan sınırlamalarla kısıtlanması gerektiğini iddia eder. Yine de bir özgürlük hakkı taraftarı fikir birliği, bu bölümde tartışacağım gibi, yanlış yönlendirilmiş olsa da büyüktür.

Özgürlük hakkı bu siyasal spektrumun bütününde popüler. Özgürlük retoriği uluslararası özgürlük savaşlarından cinsel özgürlük ve kadınlara özgürlük kampanyalarına kadar her radikal hareketi körüklüyor. Ancak, özgürlük muhafazakâr hizmette daha da belirgindir. Anti-tröst ve sendikalaşma hareketleri, ve erken dönem Yeni Anlaşma gibi daha ılımlı top-

1) Bu makalede 'özgürlüğü' Isaiah Berlin'in 'negatif' dediği anlamda kullanıyorum.

lumsal yeniden yapılanmalara özgürlük hakkını çiğnedikleri gerekçesiyle karşı çıkıldı ve tam da şimdi Amerika'da siyah ve beyaz okul çocuklarının aynı otobüse bindirilmesi gibi tekniklerle biraz ırksal adaletin ve Britanya'da özel eğitim kısıtlamalarıyla toplumsal adaletin sağlanması çabalarına bu gerekçeyle karşı çıkılıyor.

İç siyasetin önemli toplumsal konularını tanımlamak hakikaten sıradan oldu, ve özellikle özgürlük ve eşitlik istekleri arasında bir çatışma sunan ırksal konuyu. Belki de fakirler, siyahlar, eğitimsizler ve vasıfsızların eşitliğe soyut bir hakkı olduğu ancak zenginlerin, beyazların, eğitimlilerin ve vasıflıların özgürlüğe de hakkı olduğu söyleniyor ve ilk seri hakların yararına herhangi bir toplumsal yeniden yapılanma çabası hesaba katılmalı ve ikincisine saygı göstermeli. Bu nedenle ekstremistlerin dışında herkes eşitlik ve özgürlük arasında uzlaşma olması gerektiğini kabul eder. Toplumsal yasamanın, vergi politikasından entegrasyon planlarına, her önemli parçası bu iki amaç arasında varsayılan gerginlikle şekillenir.

Jefferson ve diğer herkesin varsaydığı gibi, özgürlüğe hakkım olup olmadığını sorduğumda aklımda bu eşitlik ve özgürlük arasında varsayılan çatışma vardır. Bu can alıcı bir soru. Eğer kişinin okullarını, çalışanlarını ya da mahallesini seçme özgürlüğü, klima ya da ıstakoz gibi, sadece hepimizin istediği bir şeyse, o zaman diğerlerinin eşit saygı ve kaynak payı hakları olarak kabul ettiğimiz şeylere rağmen bu özgürlüklere tutunmaya hakkımız yoktur. Ancak, eğer yalnızca bu özgürlükleri istediğimizi değil de bizim kendimizin bunlara hakkımız olduğunu söyleyebilirsek, o zaman en azından uzlaşma isteği için bir temel oluştururuz.

Örneğin, şimdi Birleşik Devletler anayasasına her okul çocuğunun 'mahalle okuluna' devamı yasal hakkını garantileyen ve böylece otobüse bindirmeyi kanundan çıkaran bir düzeltme önerisi taraftarı hareket var. Mahalle okullarının bir şekilde anayasal değerler olarak jüri davalarıyla dolduğu iması aptalca gelebilirdi, ancak birçok Amerikalının çocukları otobüslere binmeye zorlamasının bir şekilde ayrımcı okulların eşitliğe aykırı olduğu kadar temel özgürlük hakkına da bir müdahalesi olduğu anlayışına sahipler. Ancak bu bana absürd görünüyor; erkeklerin ve kadınların herhangi bir genel özgürlük hakkı olduğunu –en azından savunucuları tarafından tasavvur edilen bir özgürlük– varsaymak hakikaten absürd görünüyor.

Aklımda özgürlüğün bir adamın eğer isterse istediğini onlara göre yapabileceği bir hükümet tarafından koyulan kısıtlamaların yokluğu olan geleneksel bir tanımı var. Isaiah Berlin, özgürlük üzerine en ünlü modern makalede, sorunu şu şekilde ortaya koydu: "Bu sözcüğü kullandığım özgür-

lük anlayışı yalnızca cesaretin kırılmamasını değil fakat olası seçimler ve hareketlerle engellenmemesini de gerektirir – bir adamın yürümeye karar verebileceği bir yolda tikanıklıkların olmaması.” Serbestlik olarak özgürlük kavramı bir adamın izleyebileceği çeşitli aktiviteler, yürümeyi dileyebileceği çeşitli yollar arasında tarafsızdır. Biz bir adamın dilediği gibi konuşmasını ya da sevişmesini engellersek bu onun özgürlüğünü azaltır, ancak onun cinayet işlemesini ya da adının lekelenmesini engellersek de bu onun özgürlüğünü azaltır. Sonraki kısıtlamalar haklılaştırılır olabilir ancak sadece diğerlerinin özgürlüğünü ve güvenliğini korumak için gerekli uzlaşmalar oldukları için – yoksa kendi içlerinde özgürlüğün bağımsız değerini çığnemedikleri için değil. Bentham herhangi bir kanunun özgürlüğün ‘ihlali’ olduğunu söyledi ve her ne kadar bazı ihlaller gerekli olsa da hiç de ihlal değillermiş gibi davranmak karartmadır. Serbestlik olarak özgürlüğün bu tarafsız, her şeyi kapsayan anlamında özgürlük ve eşitlik açıkça çekişme halindedir. Kanunlar eşitliği korumak için gereklidir ve kanunlar kaçınılmaz olarak özgürlüğün fedasıdır.

Berlingibi liberaller özgürlüğün bu tarafsız anlamından, açık düşünmeyi destekler görünmesinden, memnundur. İnsanlar bazı amaç ya da değerler için hareketleri üzerindeki bu kısıtlamaları kabul ettiğinde bizim neyin –belki de kaçınılmaz olarak– kaybolduğunu tanımlamamıza izin verir. Bu görüşe göre, hürriyet ya da özgürlük kavramını, insanlar sadece yapmaları gerektiğini düşündüğümüz bir şeyi yapmaları engellendiğinde özgürlük kaybı sayacak şekilde kullanmak, hoş görülmez bir kargaşa olacaktır. Sadece insanların yanlış olanı yapmasını engellemeye çalıştıklarını öne sürerek totaliter hükümetlerin liberal kimliğine bürünmesine izin verecektir. Daha da kötüsü, liberal geleneğin en ayrımcı noktasını, yani bir adamın ne yapmak isteyebileceği özgür seçimine karışmanın kendi içinde ve kendinden insanlığa bir aşağılama olduğu karanlıkta bırakacaktır – çekişmeli incelemelerle haklılaştırılabilir ancak asla silinemez bir hata. Gerçek bir liberal için özgürlüğün herhangi bir kısıtlaması dürüst bir hükümetin pişmanlık duyması gereken bir şeydir ve seçmenlerinin diğer haklarına yer vermek için minimumda kalması gerekir.

Bununla beraber, bana öyle görünüyor ki, bu geleneğe rağmen özgürlüğün tarafsız anlamı iyileştirdiğinden daha fazla, özellikle erkeklerin ve kadınların özgürlüğe hakkı olduğu popüler ve ilham verici fikirle birleştiğinde, karışıklığa neden oldu. Bu fikri sadece hak kavramını çok hafifleterek sürdürebileceğimizden özgürlük hakkı sahip olmaya pek de değecek bir şey değildir.

‘Doğru’ sözcüğü siyasette ve felsefede birçok farklı, bazılarını başka yerde çözmeye çalıştığım, anlamda kullanılıyor.² Tarafsız anlamda özgürlük hakkımız olup olmadığını sormak için ‘doğru’nun bir anlamını sabitlemeliyiz. Bu sözcükte güvenle insanların özgürlüğe hakkı vardır diyebileceğimiz bir anlam bulmak zor olmaz. Örneğin, eğer özgürlüğünün olması onun çıkarıyorsa, yani ya istiyorsa ya da olması onun için iyi olacaksa, birinin özgürlüğe hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Bu anlamda, vatandaşların özgürlüğe hakkı olduğunu kabul ediyorum. Ancak bu anlamda, aynı zamanda, en azından genel olarak, vanilyalı dondurmaya da hakları olduğunu kabul etmek zorunda olacağım. Bunun ötesinde özgürlük hakkındaki tavizlerimin siyasal tartışmada çok az değeri olurdu. Örneğin, daha güçlü bir anlamda insanların eşitliğe hakkı olduğunu, eşitliği yalnızca istemediklerini ama buna hakları olduğunu iddia etmeyi istemeliyim ve bu nedenle bazı erkek ve kadınların özgürlüğün, diğer erkek ve kadınlara verilmesi gerektiğine inandığım hakları olan eşitlik çabalarından herhangi bir fedakârlık isteyen bir şey olduğu iddiasını tanımlıyorum.

Eğer özgürlük hakkı siyasal tartışmada kendine biçilen rolü oynayacaksa, bu nedenle daha güçlü anlamda bir hak olmalıdır. Yedinci bölümde bana insanların siyasal ya da ahlaki haklara başvurduklarında yaptıkları talepleri ele geçirir görünen güçlü bir anlamını tanımladım. Burada analizimi tekrar etmeyi değil, sadece şu şekilde özetlemeyi istiyorum. Tanımladığım güçlü anlamda bir hak talebinin şu sonucu vardır. Eğer bir kişinin bir şeye hakkı varsa, o zaman hükümetin onu bundan mahrum etmesi, yapması genel çıkara yarasa da, yanlış olur. Bir hakkın (anti-faydacı denebilececek hak kavramı) bu anlamı prensip olarak son yıllarda siyasal ve yasal yazışmada ve argümanda kullanılan anlamına yakın görünüyor. Birreyin Devlete tam karşı olduğu, örneğin Birleşik Devletler’de anayasal teoreminin merkezinde olan, eşsiz kavramı belirginleştirir.

Özgürlük hakkının eğer bundan daha zayıf bir hak tanımına güvendiye çok bir şey olabileceğini ya da siyasal argümanda çok şansı olabileceğini düşünmüyorum. Bununla beraber, eğer bu hak kavramında anlaşarsak, o zaman öyle bir genel özgürlük hakkının var olmadığı açık görünür. Lexington Caddesi’nde araba kullanmaya siyasal bir hakkım yok. Eğer hükümet Lexington Caddesi’ni merkeze giden tek yol yapmayı seçerse bunun genel çıkara uygun olmadığı yeterli bir haklılaştırmadır ve bir nedenle yine de yanlış olacağını tartışmak benim için gülünç olacaktır.

Özgürlüğümü kısıtlayan kanunların büyük çoğunluğu, genel çıkara ya da refaha uygun olarak, faydacı gerekçelerle haklılaştırılır; eğer Bentham'ın varsaydığı gibi bu kanunların her biri benim özgürlüğümü kısıtlıyorsa da sahip olmaya hakkım olan hiçbir şeyi benden almıyor. Tek yol sokak durumunda, Lexington Caddesi'nde araba kullanmaya hakkım olduğu halde, bunu söylemek işe yaramayacaktır; hükümet yine de bazı özel nedenlerle bu hakkı çiğnemekte haklılaştırılır. Bu aptalca görünüyor çünkü hükümetin bu düzenleme için özel bir haklılaştırmaya ihtiyacı yok – sadece bir haklılaştırmaya ihtiyacı var. Böylece, her kısıtlama fiilinin azalttığı ya da çiğnediği bir özgürlüğe siyasal hakkım var, yalnızca böyle zayıf bir hak anlamında sözde özgürlük hakkı, eşitlik hakkı gibi, güçlü haklarla hiç de çekişmeli değildir. Eşitlik hakkıyla çekişmeli olacak hakkın herhangi bir güçlü anlamında hiç de bir genel özgürlük hakkı yoktur.

Şimdi özgürlük hakkı olduğu iddiasını yanlış anladığım söylenebilir. Bütün özgürlükleri bir hak olarak tartışmayı kastetmediği ancak önemli ya da temel özgürlükleri haklar olarak tartışmayı kastettiği söylenecektir. Bentham'ın dediği gibi, her kanun özgürlüğün çiğnenmesidir, ancak yalnızca temel ya da ciddi çiğnemelere karşı korunma hakkımız var. Eğer özgürlük üzerindeki kısıtlama yeterince ciddi ya da vahimse, o zaman hükümetin sadece genel çıkara yarar diye bu kısıtlamayı empoze etmeye hakkı olmadığı hakikaten doğrudur; hükümetin, örneğin, genel refahı iyileştireceğini her düşündüğünde konuşma özgürlüğünü kısıtlama yetkisi yoktur. Böylece, bu hak önemli özgürlükler ya da ciddi yoksunluklarla sınırlandığı takdirde, böyle bir özgürlük hakkı vardır. Bu nitelemenin, tamamen eşitlik hakkı yolunda duran özgürlük haklarının –örneğin kişinin seçtiği okula gitme hakkı gibi temel özgürlük hakları olduğundan– daha önce bahsettiğim siyasal argümanları etkilemediği söylenecektir.

Ancak bu niteleme, özgürlük hakkını savunanların karşılaşmadığı, liberal teori için büyük önem taşıyan bir soruna yol açar. Özgürlük hakkının basit özgürlüklerle sınırlandığını ya da yalnızca ciddi özgürlük ihlalleri için koruma sağladığını söylemek ne anlama gelir? Bu iddia iki farklı şekilde, çok farklı teorik ve pratik sonuçlarla, ayrıntılı açıklanabilir. Hükümetin vatandaşı yapmak isteyebileceği bir şeyden engellediği iki durum varsayalım: Hükümet siyasal konular hakkında fikrini söylemesini engeller; Lexington Caddesi'nde arabasını kullanmasını engeller. Her ikisi de bir vatandaşın özgürlükten engellendiği ve mahrum edildiği durumlar olsa da, özgürlük hakkının ikincide değil de sadece birincide ihlal edildiği bu iki durum arasındaki bağlantı ve fark nedir?

İnceleyebileceğimiz iki teoriden birincisinde, vatandaş aynı maldan, yani özgürlükten her iki durumda da yoksun bırakılmıştır, ancak fark birinci durumda; bir nedenle, ondan alınan malın miktarı ikincisinden ya miktar olarak fazladır ya da etkisi daha fazladır. Ancak bu tuhaf görünüyor. Özgürlüğün bir mal olarak düşünülmesi çok zor. Eğer özgürlüğe, farklı kanunlar ya da sınırlamaların göreceli olarak getirdiği özgürlüğün azalmasını ölçebileceğimiz şekilde, faal bir anlam verirsek, o zaman sonucun bizim temel özgürlüklerin ne olup olmadığıyla ilgili sezgisel anlamımızla uyması muhtemel değildir. Örneğin, özgürlükte bir azalmanın yol açtığı engellenmenin boyutunu hesaplayarak ölçtüğümüzü varsayın. Sonra hırsızlık karşıtı kanunların ve hatta trafik kanunlarının çoğu insanın siyasal konuşma kısıtlamasından daha fazla hissettiği kısıtlamalar empoze etmesiyle yüz yüze gelmek zorunda kalacağız. Farklı bir yol alabilir ve özgürlük kaybının derecesini belli bir kısıtlamanın gelecekteki seçimlere etkisi üzerinden ölçebiliriz. Ancak, o zaman sıradan cezai kanunun insanların seçimini uç siyasal aktiviteden daha fazla azalttığını itiraf etmeliyiz. Böylece, birinci teori –varsayılan özgürlük hakkımızın kapsadığı ve kapsamadığı durumlar arasındaki farkın bir derece meselesi olduğu– başarısız olmalı.

İkinci teori iki durum arasındaki farkın içerdiği özgürlük derecesiyle değil de, hakkın kapsadığı özgürlüğün karakteriyle ilgili olduğunu öne sürüyor. Bu teoride konuşma özgürlüğünü kısıtlayan bir kanunun içerdiği ihlal, bir adamın Lexington Caddesi'nde araba kullanmasını engelleyen bir kanundan, sadece farklı bir derecede değil, farklı bir karakterdedir. Her ne kadar karakterdeki bu farkın neye geldiğini söylemenin kolay olmadığını ya da neden diğerlerinde olmadığı halde bazı durumlarda hakkı savunduğunu görecekssek de, bu akla yatkın görünüyor. Bununla beraber, şimdi değindiğim şey, eğer temel özgürlükler ve diğer özgürlükler arasındaki fark bu şekilde savunulursa, o zaman şu ana kadar olan genel bir özgürlük hakkı kavramının tamamen bırakıldığıdır. Eğer temel özgürlüklere hakkımız, malın bir şekilde daha fazla tehlikede olduğu durumlar olmasından değil de, temel özgürlüklere bir saldırının bizi bir şekilde özgürlük üzerindeki etkisinin ötesinde incitmesinden ya da küçük düşürmesinden varsa, o zaman hakkımız olan şey hiç de özgürlük değildir, bu hak belli kısıtlamanın yendiği değerlere, çıkarlara ya da duruşlardır.

Bu yalnızca bir terminoloji sorunu değildir. Özgürlük hakkı fikri siyasal düşünceye en azından iki şekilde hizmet etmeyen yanlış tasarlanmış bir kavramdır. Birincisi, fikir,otobüse bindirme programı gibi toplumsal bir düzenleme önerildiğinde, özgürlük ve diğer değerler arasında gerekli bir

karışıklığın yanlış anlaşılmasını yaratır. İkincisi, fikir neden özgür konuşma ya da dini uygulamak gibi belli türde kısıtlamaları özellikle haksız gördüğümüz sorusuna çok kolay bir cevap sağlıyor. Bir özgürlük hakkı fikri bu kısıtlamaların özgürlük üzerinde böyle bir etkisi olduğundan haksız olduklarını söylememize izin verir. Bir kez bu cevabın aldatıcı olduğunu kabul edersek, o zaman bu durumlarda gerçekte neyin tehlikede olduğu zor sorusuyla karşılaşmak zorunda olacağız.

Hemen bu soruya dönmek istiyorum. Eğer genel bir özgürlük hakkı yoksa, o zaman neden demokrasideki vatandaşların konuşma, din ya da siyasal aktivite özgürlüğü gibi herhangi belli bir tür özgürlüğe hakları vardır? Eğer bireylerin bu hakları varsa, o zaman toplumun uzun vadede daha iyi olacağını söylemek bir cevap değildir. Bu fikir –bireysel hakların genel fayda sağlayabileceği fikri– doğru olabilir ya da olmayabilir; ancak, bir kişinin ilgili siyasal anlamda fikrini özgürce söylemeye hakkı vardır dediğimizde, buna genel çıkara uygun olmasa da hakkı olduğunu kastettiğimizden, hakların bu şekilde savunulmasıyla alakasızdır. Eğer bireysel hakları, onları talep ettiğimiz anlamda savunmak istiyorsak, o zaman bu hakları savunan toplumsal yararın ötesinde bir şey keşfetmeye çalışmalıyız.

Daha önce bir olasılıktan bahsettim. Geleneksel haklar çiğnendiğinde bireylerin özel bir zarara maruz kalacağı bir durum iddia edebiliriz. Bu argümanda siyasal haklar üzerine konuşma özgürlüğü hakkında, eğer bu özgürlük esirgenirse, bireyin özel bir çeşit zarara maruz kalacağı bir durum vardır – bütün olarak toplum yararlanacak olsa bile bu zararı bireye yüklemenin hatalı olacağı bir durum. Bu argüman çizgisi kendi siyasal ve sivil özgürlüklerinin kaybından özel bir yoksunluk duyacak kişilere hitap edektir, ancak yine de iki nedenden dolayı izlenmesi zor bir argümandır.

Birincisi, sahip oldukları siyasal özgürlükleri kullanmayan ve bu özgürlüklerin kaybını özellikle çok üzücü saymayacak çok sayıda erkek ve kadın Britanya ve Birleşik Devletler gibi demokrasilerde bile şüphesiz çoğunluğu oluştururlar. İkincisi, sivil özgürlüklerin ya da diğer özgürlüklerin kaçınılmaz ya da muhtemel psikolojik zarar içerdiği fikrini haklılaştıran ve açıklayan psikolojik bir teori eksikliğimiz var. Tam tersine, şimdi psikolojide, Ronal Laing gibi psikologlar tarafından başı çekilen, modern toplumlardaki zihinsel özürlerin büyük çoğunluğunun kökeninin çok az özgürlük isteğinde değil de çok fazla özgürlük isteğinde olduğunu öne süren canlı bir teori var. Bu teoriler ille de ikna edici değil, ancak yanlış olduklarından emin olana kadar, siyasal açıdan ne kadar cazip olsalar da, psikolojinin karşıtını gösterdiğini varsayamayız.

Bu nedenle, eğer belli özgürlüklere olan hakkımızı savunmak istiyorsak başka bir gerekçe bulmalıyız. Bireylerin bu özgürlüklerden mahrum bırakılmasının bir nedenle psikolojik zarar dışında, ortak çıkar böyle yapılarak sağlanacak olsa bile, yanlış olduğu siyasal zemininde tartışmalıyız. Sorunu muğlak olarak ortaya koyuyorum çünkü önceden sadece bir çeşit nedenin bu ahlaki pozisyonu destekleyeceğini varsaymak için bir neden yoktur. Adil bir toplum, bazıları diğerlerinden çok farklı ahlaki incelemelere dayanan, çeşitli bireysel hakları tanıyabilir. Bu bölümün kalanında haklar için sadece tek olası zemini tanımlamaya çalışacağım. Sivil toplumda erkek ve kadınların sadece yapacağım argümanın destekleyebileceği hakları olduğunu benimsemiyor; ancak bu haklara sahip olduklarını benimsiyor ve bu yeterince önemli.

2. ÖZGÜRLÜKLERE HAK

Argümanımın merkezi kavramı özgürlük değil eşitlik kavramı olacak. Hepimizin sıradaki siyasal ahlak varsayımlarını kabul ettiğimizi varsayıyorum. Hükümet yönettiklerine ilgiyle davranmalı, yani keder ve moral bozukluğu yaşayabilecek insanlar olarak ve saygıyla, yani hayatlarının nasıl yaşanmasıyla ilgili akıllı tasavvurlar oluşturabilecek ve yaşayabilecek insanlar olarak. Hükümet insanlara sadece ilgi ve saygıyla değil, eşit ilgi ve saygıyla davranmalıdır. Malları ya da fırsatları bazı vatandaşların daha çok ilgiye layık oldukları gerekçesiyle eşitsizce dağıtmamalıdır. Özgürlüğü bir vatandaşın, bir grubun iyi yaşam kavramının diğerinden daha asil ya da üstün olduğu gerekçesiyle kısıtlamamalıdır. Bu varsayımlar, hep birlikte alındığında, eşitliğin liberal kavramı olarak adlandırılabilir şeyi ifade eder; ancak ifade ettikleri serbestlik olarak özgürlük değil fakat bir eşitlik kavramıdır.

Eşitliğin liberal kavramıyla yönetildiği varsayılan bir eyaletin içinde siyasal kuramın hâkim sorunu, böyle bir eyalette mallar, fırsatlar ve özgürlüklerdeki hangi eşitsizliklere ve neden izin verildiğidir. Bir cevabın başlangıcı sıradaki ayrımdaya yatar. Eşitliğin liberal kavramıyla yönetilen vatandaşların her birinin eşit ilgi ve saygıya hakkı vardır. Ancak bu soyut hakla kavranabilecek iki farklı hak vardır. Birincisi, herhangi birinin sahip olduğu ya da herhangi birine verilen malların ve fırsatların eşit dağıtımı olan eşit davranılma hakkıdır. Yüksek Mahkeme Yeniden Paylaştırma [*Reapportionment*] Davaları'nda vatandaşların oy verme gücünde eşit davranılma hakkı olduğuna karar verdi; oyların farklı dağıtımının genel yarar

sağlayacağı gerçeğine rağmen bir adama bir oy hakkı verilmesine karar verdi. İkincisi, eşit olarak davranılma hakkıdır. Bu bir malın ya da fırsatın eşit dağıtım hakkı değil de bu mal ve fırsatların nasıl dağıtılacağı hakkındaki siyasal kararda eşit olarak ilgi ve saygı görme hakkıdır. Uzun vadeli tahvilat hamillerini zarara sokan bir ekonomik politikanın genel yarar sağlayıp sağlamadığıyla ilgili bir sorun çıktığını varsayın. Zarara uğrayacakların bu politikanın genel çıkara hizmet edip etmediği kararı verilirken muhtemel kayıplarının göz önünde bulundurulması hakkı vardır. Bu hesaplamada basitçe göz ardı edilemezler. Ancak çıkarları göz önüne alındığında yine de politikadan kazanç sağlayacak diğerlerinin çıkarları daha ağır basacak ve bu durumda tanımlanan eşit ilgi ve saygı hakları hiçbir itiraz sağlamayacaktır. Bu nedenle, ekonomik politika durumunda enflasyona izin verildiğinde zarar görecektir olanların kararda, politika genel çıkara hizmet etse de etmese de, eşit olarak davranılma hakkı olmasını, ancak bu testi geçse bile politikayı kanundışı yapacak [bir] eşit davranılmaya hakkı olmadığını söylemeyi dileyebiliriz.

Eşit olarak davranılma hakkının eşitliğin liberal kavramı altında esas olarak alınmasını öneriyorum ve daha kısıtlayıcı eşit davranılma hakkı yalnızca özel bir nedenle daha temel bir haktan çıktığı özel koşullarda, belki de Yeniden Paylaştırma Davalarının özel koşullarında olduğu gibi işler. Aynı zamanda belirgin özgürlükler hakkının yalnızca eşit olarak kullanılma hakkı bu hakları talep eder gösterildiğinde tanınması gerektiğini öneriyorum. Eğer bu doğruysa, o zaman belirgin özgürlükler hakkı eşitlikle çekiştiği varsayılan herhangi bir hakla çatışmaz, ancak tam tersine daha esas olduğu kabul edilen bir eşitlik kavramından çıkar.

Bununla beraber, şimdi tanıdık belirli özgürlükler hakkının –örneğin Birleşik Devletler anayasasında belirlenenler– bu esas eşitlik hakkıyla talep edildiğinin düşünülebileceğini göstermeliyim. Bunu mevcut amaçlar için sadece bu temelde herhangi bir belli özgürlüğü savunmak için yapılması gereken daha özenli bir argümanın iskeletini temin ederek yapacağım ve sonra neden daha tanıdık siyasal ve sivil özgürlüklerin aslında yapıldığında böyle bir argümanla desteklenebileceğini ummanın akla yatkın olduğunu göstereceğim.

Eşitliğin liberal kavramına saygı gösteren bir hükümet özgürlüğü sadece belirli çok sınırlı çeşit haklılaştırmayla uygun olarak kısıtlayabilir. Üzerinde durmak amacıyla bu siyasal haklılaştırmaların sıradaki kaba sınıflamasını benimseyeceğim. Birincisi, belli bir özgürlük hakkının kısıtlanmasını, bu kısıtlamanın özgürlüğün uygulanmasıyla zarara uğrayacak bazı bireylerin

belirgin hakkını korumak için talep edildiği argümanı ile destekleyen ilke argümanları vardır. İkincisi, kısıtlamaları başka bir nedenle –böyle kısıtlamaların sadece bazı belli bireylerin değil de toplumun bütün olarak kısıtlama dolayısıyla daha iyi olduğu bazı durumları gerçekleştirmek gibi genel bir siyasal amaca ulaşmak için talep edilmesi– destekleyen politika argümanları vardır. Politika argümanları bu şekilde kategorilere ayrılabilir. Politika-nın faydacı argümanları vatandaşlar genel olarak istediklerinden daha fazlasını, bazıları daha az alacak olsa da, alacağından toplumun (kabaca ortaya koyarsak) daha iyi olacağını savunurlar. Diğer taraftan, ideal politika argümanları toplumun daha iyi olacağını, üyelerinin daha fazlası istediklerini alabilecek diye değil de, toplumun, üyeleri söz konusu iyileşmeyi arzulasa da arzulamasa da, ideal bir topluma daha yakın olacağından savunuyor.

Eşitliğin liberal kavramı ideal argüman politikalarının herhangi bir özgürlük kısıtlamasını haklılaştırmak için kullanılmasını şiddetle kısıtlar. Böyle argümanlar eğer söz konusu fikrin kendisi toplum içinde tartışılmalıysa kullanılamazlar. Örneğin, kısıtlamalar toplum bu karmaşıklığı istese de istemese de doğrudan kültürel açıdan karmaşık bir topluma katkı sağladıkları gerekçesiyle savunulamazlar, çünkü bu argüman bir hükümetin belli yaşam biçimlerinin kendiliğinden diğerlerinden daha değerli olduğu iddiasına dayanmasını imkânsızlaştıran liberal eşitlik kavramı kuralını ihlal eder.

Bununla beraber, faydacı eşitlik argümanları bu itirazdan korunmuş görünürdü. Herhangi bir yaşam biçiminin herhangi bir diğerinden kendiliğinden daha değerli olduğunu varsaymazlar, ancak bunun yerine özgürlük kısıtlamalarının toplumun kolektif amacını geliştirmek için gerekli olduğu iddialarını sadece bu amacın herhangi birinden daha fazla ya da daha derin arzulanmış olduğu gerçeğine dayandırırılar. Bu nedenle, politikanın faydacı argümanları karşı çıkar gibi görünmüyor; tersine, esas olan eşit ilgi ve saygıyı somutlaştırıyor çünkü toplumun her üyesinin dileklerine, o üyenin ilgiye herhangi bir diğerinden daha çok ya da az layık olduğu ya da onun görüşlerini daha az ya da çok saygı gerektirdiği görüşüne prim ya da önem vermeden, herhangi bir diğerinin dilekleriyle eşit derecede davranıyor.

Bu eşitlikçilik görünümünün son yüzyılda genel bir siyasal felsefe olarak faydacılığın aldığı büyük ilginin kaynağı olduğunu düşünüyorum. Bununla beraber, faydacı argümanın eşitlikçi karakterinin genellikle bir yanılgı olduğunu Dokuzuncu Bölümde belirttim. Burada argümanımı tekrar etmeyeceğim, sadece özetleyeceğim.

Faydacı argümanlar özgürlük üzerindeki belli bir kısıtlamanın psikolojik ya da tercih faydacılığının işlemde olup olmadığına bağlı olarak daha

çok insanı daha mutlu yapacağı ya da tercihlerinden daha fazlasını karşılayacağı gerçeğini saptarlar. Ancak, insanların genel olarak bir politikayı diğerinden daha fazla tercihi, ileri bir analizde, bir seri mal ve fırsatın ona devredilmesini ifade ettiklerinden *şahsi* olan her iki tercihi ve malların ve fırsatların bir devrinin diğerlerine olması tercihini ifade ettiklerinden *harici* olan tercihlerini içerdiği görülebilir. Ancak, toplumun üyelerinin harici tercihlerine kritik bir ağırlık veren faydacı bir argüman incelediğimiz anlamda eşitlikçi olmayacaktır. Herkesin eşit ilgi ve saygıyla davranılma hakkına saygı göstermeyecektir.

Örneğin, toplumda çok sayıda bireyin faydacıdan çok ırkçı siyasal teorileri olduğunu varsayın. Her adamın malların dağıtımında bir olarak sayıldığına ve hiçbirinin birden fazla sayılmadığına değil de daha çok siyah bir adamın birden daha az ve bu nedenle beyaz bir adamın birden daha fazla sayıldığına inanıyorlar. Bu harici bir tercihtir ama yine de diğerinden- se karşılanması keyif verecek bir politika için özgün bir tercihtir. Yine de, eğer bu tercihe ya da keyfe faydacı bir hesaplamada normal ağırlık verilirse ve siyahlar buna göre sıkıntı çekerse, o zaman malların ve fırsatların kendilerine devri, sadece faydacılığın soyut ifadelerinin ima ettiği kişisel tercihler arasındaki çekişmeye değil de, kesin olarak diğerlerinden daha az ilgi ve saygıya layık oldukları düşünüldüğü gerçeğine bağlı olacak.

Farklı bir durum ele alırsak toplumun birçok üyesinin ahlaki gerekçelerle eşcinselliği ya da gebelikten korunmayı, pornografiyi ya da Komünist partiye bağlı olmanın ifadelendirilmesini onaylamadığını varsayın. Sadece kendilerinin bu aktivitelerde bulunmamalarını değil, başka hiç kimsenin de bulunmamasını tercih ediyorlar ve bu fiilleri yasaklamaktansa izin veren bir toplumun kendiliğinden daha kötü bir toplum olduğuna inanıyorlar. Bunlar harici tercihler ancak yine kişisel tercihlerden daha az özgün değil- ler ya da karşılandıklarında daha az keyif ve görmezden geldiklerinde daha az keyifsizlik kaynağı olmazlar. Bununla beraber, yine, eğer bu harici tercihler bir özgürlük kısıtlamasını haklılaştıracak biçimde hesaba katılırlarsa, o zaman kısıtlananlar sadece kişisel tercihleri diğerlerinin kişisel tercihleriyle girdiği kısıtlı kaynak yarışını kaybettiğinden değil ancak tam olarak kendilerinin uygun ya da arzulanabilir yaşam biçimi kavramı diğer- lerince küçümsendiğinden acı çekerler.

Bu argümanlar sıradaki önemli sonucu haklılaştırıyor. Eğer faydacı politika argümanları özgürlük kısıtlamalarını haklılaştırmak için kullanılacaksa, o zaman argümanın dayandırıldığı faydacı hesaplamaların sadece kişisel tercihleri üzerine tutturmasının ve haricilere aldırmmamasının kesin-

leştirilmesine özen gösterilmelidir. Bu siyasal teori için önemli bir sonuçtur, çünkü, örneğin, John Stuart Mill'in *On Liberty*'deki argümanlarının neden faydacı karşıtı değil de, tam tersine, faydacılığın sadece savunabilir biçimine hizmet eden argümanlar olduğunu gösterir.

Bu sonuç siyasal felsefe düzeyinde önemli olsa da, yine de kendi içinde sınırlı pratik öneme sahip, çünkü kişisel ve harici tercihler arasında tam olarak ayırım yapacak siyasal prosedürler tasarlamak imkânsız olacak. Temsilci demokrasinin karmaşık ve farklı bir toplumda faydacı politikaların tanınması ve ulaşılması için en uygun kurumsal yapı olduğu düşünülür. Bunda, çoğulculuğun belli prensiplerin yoğunluğunu sayıdan ayrı olarak hesaba katamaması tanıdık nedeninden ve parayla desteklenen siyasal ikna teknikleri oyların oy verenlerin gerçek tercihlerini temsil ettiği kesinliği bozabileceğinden, kusursuz işler. Yine de, demokrasi faydacılığı, bu kusurlara rağmen, herhangi bir alternatif genel siyasal projenin yapacağından daha memnun edici uyguluyor görünüyor.

Ancak demokrasi, oy vermeyle çok da mükemmelce ele verilmeyen belirgin kişisel ve harici unsurların genel tercihleri arasında, sonrakini göz ardı ederken öncekini uygulayacak bir metot hazırlasın diye ayırım yapamaz. Bir seçim ya da referandumdaki gerçek bir oyun eğer zaman ve çaba izin verirse birey olarak oy verenin başarılı bir çapraz sorgulamanın açığa vuracağı tercihin belli bir unsurundansa genel bir tercihi temsil ettiği kabul edilmelidir. Bunun ötesinde, kişisel ve harici tercihler bazen öyle ayrılmaz şekilde birleşmiştir ki ayırım psikolojik olduğu kadar kurumsal olarak da imkânsızdır. Bu, örneğin birçok insanın diğerindense bir ırkın üyelerini ya da bir yeteneğe ya da niteliğe sahip olanları arkadaşlık için tercihi, bu harici tercihler üzerinde öyle asalak bir kişisel tercihtir ki, içe bakış sorunu olarak bile, eğer altta yatan harici nedenler kaldırılırsa hangi kişisel tercihlerin kalacağını söylemek imkânsızdır, durumu için doğru olacaktır. Aynı zamanda birçok insanın sahip olduğu kendini inkâr eden belli tercihler için de doğrudur; yani varsayımda, ya da koşulda, belli bir malın daha azının tercihi ya da diğer insanların daha çoğunu alacağı. Ne kadar asil olsa da, bu da siyasal ve ahlaki teoriler kılığında harici tercihlere asalak olan bir tercih ve savunulabilir faydacı bir argümanda başkalarını düşünmektense önyargıdan kaynaklanan daha az cazip tercihlerden daha fazla hesaba katılmayabilirler.

Şimdi sıradaki genel hak teorisini önermek istiyorum. Bireysel bir siyasal hak kavramı, daha önce belirlediğim güçlü faydacı karşıtı anlamda, harici tercihleri hesaba katan bir faydacılığın felsefi kusurlarına ve katma-

yan bir faydacılığın pratik imkânsızlığına bir cevap. Bizim siyasal demokrasinin, genel bir incelmemiş faydacılığı uygulayan ve yine de vatandaşların eşit ilgi ve saygıyla davranılma hakkını daha önce demokrasinin açığa vurduğu tercihlerin harici unsurlarıyla ulaşılmış olacak gibi görünen kararları yasaklayarak koruyan, kurumlarının keyfini sürmemize izin verir.

Haklar teorisinin bu bölümün konusu olan ifade özgürlüğü ya da kişisel ve cinsel ilişkilerde seçim özgürlüğü gibi belli özgürlüklere belirgin haklarımızın olduğu fikrini desteklemek için nasıl kullanılabileceği açık olmalı. Bu özgürlüklerin herhangi bir faydacı kısıtlamasının, toplum hakkındaki genel bilğimizle, toplumda bildiğimiz genel kısıtlamaların siyasal sürecin ayırt edip eleyemediği siyasal ve ahlaki teoriler kılığında harici tercihlerin büyük unsurlarını içermesinin muhtemel olduğu gösterilebilir. Söylediğim gibi, şimdiki amacım bu şekilde belli özgürlük haklarını savunmak için yapılmış olacak argümanlar oluşturmak değil, yalnızca böyle argümanların sahip olabileceği genel karakteri göstermek.

Bununla beraber, genel argümanımla sorgulanmaya çağrılacak bir sözde haktan –varsayılan bireyin mülkü özgür kullanma hakkı– bahsetmek istiyorum. 11. Bölüm’de bazı çevrelerde popüler olan argümandan, örneğin liberallerin konuşma özgürlüğünü savunup da bir mülk ve onun kullanımı paralel hakkını kabul etmemelerinin tutarsız olduğundan, şikayetçi oldum. Eğer konuşma özgürlüğü hakkımız olduğu iddiası özgürlük denen bir şeye hakkımız olduğu daha genel önermesine bağlı olsaydı, bu argümanda zorlama olabilir. Ancak bu genel fikir savunulamaz ve tutarsızdır; genel özgürlük hakkı diye bir şey yoktur. Bu nedenle herhangi bir verilmiş belli özgürlük hakkı herhangi birinin argümanından tamamen bağımsız olabilir ve birini tartışırken diğeri için mücadele etmekte hiçbir önceki tutarsızlık ya da akla yatmama yoktur.

Önerdiğim genel haklar teorisinde herhangi belli bir mülk hakkı için ne söylenebilir? Örneğin Yüksek Mahkeme tarafından ünlü *Lochner* davasında kontrat özgürlüğü hakkının sürdürülmesi ve daha sonra, sadece mahkeme tarafından değil de aynı zamanda liberaller tarafından da, pişman olunması hakkında ne söylenebilir? Asgari ücret kanunlarının kısıtladığı şekilde böyle bir hakkı kısıtlamak için siyasal bir kararın daha önceden harici tercihleri muhtemelen etkilediği ve bu şekilde özgürlükleri eşit ilgi ve saygıyla kısıtlı olanların hakkını ihlal ettiği bir argüman düşünmüyorum. Eğer, benim düşündüğüm gibi, böyle bir argüman ileri sürülemezse, o zaman sözde hak yoktur; her durumda başka özgürlükler hakkını samimice savunurken varlığını inkâr etmekte bir tutarsızlık yoktur.

1.

Bu son bölümde kitabın argümanlarını yaygın ve başarılı olduğu takdirde de yıkıcı olabilecek bir itiraza karşı savunmalıyım. Argümanlarım, karmaşık hukuki konulara ve siyasi ahlak sorunlarına tek bir doğru cevap verilebileceği yönünde. Karşıt görüş ise bazen tek bir doğru cevap yerine sadece cevaplar olabileceğini söylüyor.

İlgi çekici bir tutum bu itirazı destekliyor. Bu tür yargılamalarda ifade edilen şey hoşgörü ve sağduyunun bir karışımı. Kadınlar ve erkekler özgür konuşma hakkının aşağılayıcı konuşmayı kapsayıp kapsamadığı konusunda, idam cezasının zalimce ve anayasanın anlamı içerisinde tuhaf olduğu konusunda ya da bir grup etkisiz örneğin haksız bir durumda sadece ekonomik zararın karşılanması hakkını verip vermediği konusunda anlaşamadıklarında, karşıtlığın içinde pek de gözükmeyen, bir tek doğru cevabın olduğuna inanmak hem aptalca hem de küstahça olur. Bazı cevapların tamamen hatalı ve bazılarının da tamamen kötü olabileceğini kabul etmek ve yine de bir grup cevabın ve argümanın, nesnel ve tarafsız bir bakış açısıyla, eşit olarak iyi olduğunu varsaymak daha akıllıca ve gerçekçi olacaktır.

Eğer böyleyse, cevaplardan birinin seçimi sadece şu olacaktır: akılla varılan bir karardan çok bir seçim. Eğer savcının protestocuların ahlaki açıdan protesto etme hakkı olduğuna ya da haksız bir durumda ekonomik zararın karşılanması karar vermesi isteniyorsa, toplumun da seçimin tutku, hırs ve önyargıdan uzak, sakin bir durumda dürüstçe yapıldığını varsayma hakkı vardır. Bu varsayım belirli herhangi bir karara özgü değildir, çünkü böyle bir durum savcının vermesi gereken kararda tek bir doğru cevap olduğunu farz eder.

Bu kitap alçakgönüllü bu hislere itibar etmemektedir. Örneğin, ikinci ve üçüncü bölümlerde hâkimlerin zor davalarda karar verirken şahsi karar verme yetilerinin olduğu yönündeki yaygın kanıya karşı çıkıyorum. Hukuk prensiplerinin bazen çok dengeli olduğunu ve bu nedenle davacı lehine alınan kararların bazı avukatlarca daha sert bazılarınca ise daha hafif değerlendirebileceğini kabul ediyorum. Böyleyken bile her iki tarafın kazanacağını öne sürmesi ve bu nedenle her birinin hâkimin takdir hakkını diğer taraf lehine kullanabileceğini inkâr etmelerinin oldukça anlamlı olduğunu savunuyorum. Dördüncü bölümde bu iddiamı destekleyecek bir karar sürecini anlatıyorum; ancak her sürecin farklı hâkimlerce aynı kararlar sonuçlandırılacağını öne sürmüyorum, hatta bunu reddediyorum. Yine de, sürecin amacının, zor davalarda bile taraflara haklar uydurmaktansa var olan hakların akıllıca ortaya çıkarılması olduğu konusunda ve sürecin politik açıdan haklı çıkarılmasının da bu ayrımın iyi yapılmasına bağlı olduğunda ısrarlıyım.

Tek bir doğru cevap yoktur tezi benim savunduğum haklar tezine karşıdır. Bu tez açıkladığım çekici tavırla destekleniyor. Aynı zamanda bir argümanla da destekleniyor mu? Kullanılabilecek iki farklı argümandan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki daha pratik olanı. Prensip olarak, tartışmalı bir hukuki konunun tek bir doğru cevabı olabileceğini kabul ediyor. Ancak –pratik argüman– kimse doğru cevabın ne olduğundan emin olamayacağından tarafların bu tek doğruya hakkı olduğunu ya da hâkimin böyle bir cevabı bulma görevi olduğunu söylemenin gereksiz olduğunda ısrarcıdır. Farz edin ki *Lear*'ın *Endgame*'den daha iyi bir oyun olduğu konusunda sizinle iddiaya giriyorum. Estetik konusunda nesnel olsak bile, ve prensip olarak sorunun bir doğru cevabı olduğunu düşünün, yine de bu aptalca bir iddia olur çünkü hiçbir zaman kaybeden tarafın lehine sonuçlanamaz. Olayı çözmek için üçüncü bir tarafın da dahil edilmesi anlamsız olacaktır. Bu kişi de üçüncü bir kişisel fikir önermekten öteye gidemez ve onun fikrinin gerçeği de her iki tarafı hatalı olduğuna

ikna edemez (en azından etmemelidir). Zor bir davanın hâkimi için de durum böyledir. Prensip olarak bir tane çok iyi hukuk teorisi ve böylelikle zor bir davada tek doğru cevap da olsa, bu doğru cevap yasa felsefecisinin cennetinde, profesyonel olmayanlar, avukatlar ve hâkimler için aynı şekilde erişilmezdir. Her birinin sadece kendi fikri vardır ve hâkimin fikrinin doğruluğu herhangi birinin fikrinin doğruluğundan daha fazla değildir.

Bir doğru cevap olmadığı yönündeki bu pratik argüman kolayca karşılanabilir. Bir hâkimden doğru cevabı –böyle bir şey varsa bile– bulmasını talep etmek gereksizdir, çünkü onun cevabı başkasınınkinden daha doğru olmayacaktır ve cevabı doğru olsa bile bunun kanıtlanması mümkün değildir. Sıradaki üç soruyu belirlerken dikkatli olmalıyız. a) Mantıklı avukatlar zor bir davada kurumsal tarihin gerçekleri de dahil olmak üzere bütün gerçekler üzerinde karara varıldıktan sonra bir davacının kazanmaya hakkı olup olmadığı konusunda itilafa düşerler mi? b) Bir davacının, mantıklı avukatların bütün gerçeklerde uzlaşıldıktan sonra itilafa düşmelerine rağmen, kazanmaya hakkı var mıdır? c) Devletin zor bir davada belirli bir grup hâkimin kararını dayatması, aynı ölçüde makul ve ehil diğer bir grup farklı bir karara varabilecek olsa da, adil midir?

Bu üç soruya verilebilecek olumlu cevaplar arasında ne gibi mantıki ilişkiler olmalıdır? Pratik argüman birinci soruya verilen olumlu bir cevabın, ikincisine de olumlu bir cevap verilse bile, üçüncünün olumlu bir cevabı olmasını engellediğini var sayar. Ancak bu oldukça yanlıştır. Üçüncü sorunun olumlu bir cevabı olabilmesi için ikincinin de cevabının olumlu olması gerektiği açıktır. Eğer zor bir davada davacıların belirli bir karara hakları olamıyorsa, aralarındaki davanın sahip oldukları haklarla ilgili tartışmalı (ya da tartışmasız) bir kararla sonuca bağlanması hem gereksiz hem de haksız olur. İkinci sorunun cevabının olumlu olmasının da üçüncünün cevabının olumlu olmasına kendi içinde yetmediği açıktır. Herhangi bir grup hâkimin kararı hatalı ve, diğer tüm avukatlara memnuniyet verecek şekilde, doğruluğu kanıtlanamaz olsa bile, yine de bu kararın alınması kararı başka bir kuruma bırakmaktan ya da hâkimlerden prosedür dahilinde hareket etmelerini istemek ya da tarafların haklarını iyi veremeyecekleri başka bir şekilde karar vermelerini istemekten daha memnun edicidir. Ancak, tabii ki birinci soruya ‘evet’ cevabı verdikten sonra bile bundan bir şekilde memnun olan kişiler olabilir. Hâkimlerden, yargılarının doğruluğu herkesi memnun edecek şekilde gösterilemiyor olsa ve aslında yargıları hatalı da olsa, zor davalarda haklar konusun-

da en iyi yargılarını vermelerini istemenin birçok nedeni (genellikle aralarında oldukça pratik olanlarının da bulunduğu) vardır.

Pratik argüman birinci sorunun cevabının üçüncü için belirleyici olduğunu farz eder. Bir kereliğine hakların tartışmalı olabileceği kabul edilsin, argüman harekete geçer ve yargılamada bu tartışmalı hakların yeri olmadığına ısrar eder. Ama bu basite kaçmaktır. Üçüncü soru karşılaştırmalıdır. Düşünün ki (buna karşı çıkılabilir) birinci soruya cevap olabilecek bir ‘evet’ üçüncüye verilebilecek bir ‘evet’e karşıdır. Eğer hiç zor dava olmasaydı haklar teziyle daha mutlu olacaktık. Zor davaların kaçınılmaz olması haklar tezini reddetmemizi gerektirmez. Her şey alternatiflere bağlıdır. Dördüncü bölümde o alternatifleri ve onları ilginç bulmadığımı açıkladım; hiçbir haklar tezinden daha pratik ve daha güvenilir değildi ve hepsi daha az adildi.

Düşünmemiz gereken bir diğer çeşit –pratikten çok teorik olan– argüman ise daha güçlüdür. Bu argüman belirlediğimiz üç sorudan ikincisinin olumsuz cevabı olması gerektiğini savunur. Eğer bir tarafın belirli bir yasal ya da politik hakkı olup olmadığı temelde tartışmalıysa, o zaman bu argümana göre böyle bir hakkının olduğu doğru olamaz.

Bu bölümün dengesi içerisinde argümanın yasal haklara sahip olup olmadığına bakacağım. Örneğin, düşünün ki söyledikleri şeyin doğruluğu teorik bir tartışmanın gerektirdiği şekilde kanıtlanamasa da doğru olabilir. Argümanları yargıları desteklemek için var ve bu argümanlar yoluyla fikirlerini oluşturuyor ve değiştiriyorlar. Ancak bunlar tartışmasız öncüllerden mantık zincirleriyle sarkan argümanlar değil. Dördüncü bölümde oyunculara birbirlerini mantıksızca kızdırmamaları gerektiği kuralını uygulamak için çağırılan satranç hakeminin durumundan bahsetmiştim. Bu durumdaki bir hakemin satranç oyununun karakterine ilişkin bir yargıya varmak zorunda olduğunu ve mantıklı hakemlerin belirli bir konunun isteyebileceği tam niteleme yapmak konusunda anlaşmazlık yaşayabileceğini söyledim. İki hakemin anlaşmazlık yaşadığını düşünün: Bir tanesi (dördüncü bölümün örneğini hatırlamak gerekirse) satrancın psikolojik baskının olmadığı bir zekâ oyunu olduğu yargısında ve diğeri onunla aynı fikirde değil. Teorik argüman her iki fikrin de doğru olmadığı yönünde; soruya cevap değil, sadece her biri diğeri kadar sağlam olması gereken cevaplar olabilir. Ama tabii ki tartışan iki hakem kendi tartışmalarına bu şekilde bakamazlar, çünkü bu analiz ikisini de hiçbir şey hakkında bir teoriyle bırakır. Her ikisi de diğerinin farklı fikirde olduğunu ve anlaşmazlığı çözüme götürerek tartışmayı bitirecek ortak bir testin de olmadığını bilir. Ancak,

yine de her biri, ikisini ayıran tartışmada kendi cevabının daha üstün olduğunu düşünür: Eğer bunu düşünmüyorsa, o zaman ne düşünüyordur?

İkisinin de verdiği kararın akılla alınmış mantıklı bir karardansa bir seçimi temsil ettiğini söylemek hiçbir şey eklemes. Onun seçimi (ona göre) en iyi niteleme seçimidir; emin olarak kendi muhakeme gücüyle yaptığı, dava tartışmalı olduğunda diğerlerinin karşı çıktığı, dava kolay olduğunda ise karşı çıkmadıkları bir seçim. Seçimin sadece *kendi* seçimi olduğu vurgusunu yapmak da bir işe yaramaz; sanki bu durum yargısının karakterini değiştirmiş gibi; gerçekten de son cümlede parantezin içindeki söz grubu silinerek anlamını ve doğruluğunu kaybetmeden değiştirilebilir. Hakemler, sağduyunun sağlam bir parçası olarak, sorularının ‘doğru cevabı’ olmadığını kabul edebilirler. Ancak bu öneriyi belirlediğim üç sorudan sadece birinciye değil de ikinci soruya olumsuz bir cevap olarak alırlarsa, o zaman sağduyuları felsefeci olarak değil de profesyonel olarak hareket ettiklerinde yaptıklarından bir anlam çıkaramaz.

Bu tabii ki ‘doğru cevap yoktur’ tezi yanlış demek değildir. Eğer bir felsefi teori bizi bir önermenin doğruluğunun gösterilebileceği üzerinde anlaşılmış bir test olmadan doğru olamayacağını kabul etmeye zorluyorsa, o zaman sıradan yasal deneyimler de dahil gündelik deneyimlerin hali kötü demektir. Ama ne mutlu ki ayakkabı diğer ayakta. Teorik argüman onun yerine gündelik tecrübeyi koymamızı gerektirecek kadar zorlayıcı değil. Tam tersine, teorik argüman tarafından yorumlandığı haliyle, ‘doğru cevap yoktur tezi’nin ne anlama geldiği açık değildir.

2.

Düşünün ki belirli bir yargı dairesinin hâkimleri bir kongrede bir araya gelip her biri haklar tezini kullanmaya ve aksi takdirde davaları 4. Bölüm’de Herkül’ün yaptığı gibi sonuçlandırmaya karar verdi. Böylece, idam cezasının kendi içinde acımasız ve tuhaf olmadığı ya da tamamen ihmalkârlık sonucu ekonomik zarar görenlerin tazminatla kazanç sağlayabilecekleri gibi hukuk önermeleri için belirli gerçeklik durumları şart koşan bir girişimin içinde yer alma konusunda anlaşılmış olurlar. Bir hukuk önermesinin doğruluğu pozitif hukuku en iyi haklılaştıran bir hukuk teorisiyle, karşıt hukuk önermesinden, daha çok uyumluysa teyit edilebilir. Eğer bu teoriyle karşıtından daha az uyumluysa yanlış olarak reddedilebilir. Bu girişimin modern hukuk sistemlerinin sıradan başarılarıyla sürdürüldüğünü

varsayın. Hâkimler sıklıkla hukuk önermelerinin değerlerinin doğruluğuna ilişkin anlaşılır, ve anlaşamadıkları zaman muhaliflerinin argümanlarını, anlaşmazlık düzeyine göre konumlandırarak, ve bu argümanları kabaca ikna edicilik sırasına dizebilecek kadar iyi anlarlar.

Şimdi de bir felsefecinin bir sonraki toplantıyı ziyaret ettiğini ve onlara çok ciddi bir hata yaptıklarını söylediğini düşünün. Aslında bir doğru cevap değil de sadece cevaplar olduğu halde zor bir hukuki konuda bir doğru cevap olduğunu düşünüyor gibi gözüküyorlar. Zor davalarda herhangi bir hukuki önermenin doğru ve böylece de karıştının yanlış olabileceğini düşünmekte hata yapıyorlar. Bir doğru cevap olduğu mitini desteklemenin ve böylece zor davalarda karar verirken takdir yetkilerinin olmadığı söylemenin politik bir değeri olabilir (diye ekliyor felsefeci). Ancak yargıçlar (en azından kendi aralarında) bu fikrin bir mit olduğunu kabul etmelidirler.

Yargıçlar neden bu felsefecinin dedikleriyle ikna olsunlar? Öncelikle argümanları şu düşünceyle uyushmaktadır. Hâkimlerin felsefeciyi üç yıllık standart eğitim için hukuk fakültesine gitmeye ve sonra da hâkim olarak birkaç yıl görev yapmaya ikna ettiğini varsayın. Kendisinin de yanlışa dayandığını düşündüğü yargılara varabildiğini görecektir. Bir hukuk teorisinin konulmuş hukuka zorlu teorilerden daha iyi bir haklı çıkarma sağlayabildiğini görecektir. Bu inancı için, diğerlerinin bu nedenleri ikna edici bulmayacağını bilse bile, nedenler bulacaktır. İkna edici bulduğu argümanlara göre haksız fiilde ekonomik zararın tazmin edilebileceğini söylerken, böyle bir önermenin doğru olduğunu nasıl inkâr edebilir? Herhangi birinin böyle bir inanç için nedenleri olabileceğini inkâr ederken, nasıl onun inancı için nedenleri olabilir?

Felsefecinin hukuk eğitimi aldığını ve bu nedenle üyelerinin eğitimle bir mite katılmaya kandırıldığı bir girişimin üyesi olduğunu söylediğini düşünün. Girişimin içinde olmayan bağımsız bir izleyicinin, bir katılımcının teorilerinin ve yargılarının, en azından tartışmalı davalarda, diğerinden daha üstün olduğuna karar verebileceğini inkâr ediyor. Ancak burada bağımsız izleyici düşüncesiyle ne kastediyor olabilir? Eğer hiç hukuk eğitimi almamış birini kastediyorsa, o zaman bu kişinin yetersizliği ya da katılımcıların ne yaptığıyla ilgili fikir oluşturmaması hem şaşırtıcı olmaz hem de konuyla alakalı değildir. Öbür taraftan, gerekli eğitimi almış ancak hâkim olarak görev yapmaya davet edilmemiş birisiyse o zaman bu yetkisizliğin neden o insan yetki sahibi olduğunda yargıya varma kapasitesini etkilemesi gerektiği hiç de açık değildir.

Böylelikle felsefecinin kendi kapasitesi onu utandıracaktır. Bunun ötesinde, yine bununla ilgili bir sorunu daha olacaktır. Hiçbir tarafın zor bir davada kendi lehine karar verilmesine hakkı olmadığını savunmak istiyor. Örneğin, Spartan Steel'deki¹ davacının gördüğü ekonomik zararın karşılanmasını istemeye hakkı yok ve davalının da ekonomik zarardan sorumlu olduğu önermesi doğru değil, ancak sorumlu olmadığı önermesi de doğru değil. Her iki önerme de yanlış değil (çünkü bu durum diğerini doğru yapardı) ancak her ikisi doğru da değil. Bu, galiba, önermelerin gerçek değerleri için kullanılan doğru cevap yoktur tezinin sonucu.

Bunların hiçbirisi girişimin yargıçlarına garip ya da çok kötü gelmeyecektir. Hukuki önermelerin gerçeklik değerleriyle ilgili bu yargıların her biri bir hâkimin, belirli koşullar altında, girişimin temel kuralları çerçevesinde, mantıklı olarak vermiş olduğu yargılardır. Bir hâkimin, davalıyı ekonomik zarardan sorumlu tutan ilgili hukuki teori davasının aynı zamanda bu suçlamadan kurtaracak kadar güçlü olduğunu düşündüğünü varsayın. Tarif edildiği kadarıyla girişimin kuralları böyle bir durumu teorik olarak olası kabul eder ve eğer bu olasılık gerçekleşirse, o zaman hâkimler bu kurallar doğrultusunda her iki önermenin de ne doğruluğunu teyit edebilir ne de yanlış sayıp reddedebilir. O zaman herhangi bir zor davada hâkim mantıklı olarak, bu dava için, felsefecinin her zor davada vardığı yargıya varabilir.

Bu karşıt önermelerin ikisinin de doğru olmadığı yargısına 'bağıntı' yargısı adını verebiliriz. Şimdi, hâkimin girişiminin içindeki yargılar olarak bağıntı yargılarının şu özelliklerinden bahsedebiliriz: (a) Bağıntı yargısı, karşıt önermelerden herhangi birinin doğru ve ötekinin yanlış olması önermesiyle aynı özellikte bir önermedir. Zor bir davanın, her hâkim için, davacının lehine olan önermenin doğruluğuna inandığı ölçeğin sol tarafından başlayıp gitgide davalının haklılığına daha az inandığı sağ tarafına kadar giden bir güven duymasına neden olacak bir durum arz ettiğini tasavvur edebiliriz. O zaman bağıntı noktası bu ölçeğin orta noktasıdır. Zor bir davada hâkimler üç görüşten birinde olabilirler. Bazıları davanın merkezden sola daha yakın bir yere konumlandırılması gerektiğini düşünebilir, diğerleri sağ tarafa doğru konumlandırılması gerektiğini düşünebilir ve bazıları da tam merkeze oturtulması gerektiğini düşünebilir. Ancak bağıntı yargısı diğer iki yargı gibi pozitif bir yargıdır. Bu ikisiyle rekabet içindedir ve ikisinin yaptığı epistemolojik ya da ontolojik varsayımların

(bunlar her ne olursa olsun) hepsini yapabilir. Üçüncü yargının, eğer bundan sadece diğer iki mevcut cevabın doğru olmadığı anlamını çıkarırsak, ‘doğru cevap yoktur’ yargısı olduğunu söyleyebiliriz; ancak üçüncü yargı kendisinin *doğru* cevap olduğu iddiasında olan yargıdır.

(b) Girişimdeki hâkimlerden birinin (I) “Davalının suçlu olduğu önermesi (p) ya da suçlu olmadığı önermesi (- p) doğru değildir” dediğini varsayın. Bu, (II) “(p) durumunda ve (- p) durumunda bir fark göremiyorum” demekle aynı şey değildir. (II)’de anlatılan durumdaki bir hâkim, bu durumdayken karar vermesi isteniyorsa, (I)’dekini teyit etmekten daha iyisini yapamaz. Hatta, onun için (II), (I)’in kanıtı bile olabilir. Ancak bu (I) ve (II) tamamen aynıdır demek değildir. “Bana göre davacının kazanması daha güçlü bir olasılık” demekle, aynı hâkimin ağzından çıksa bile, “Davacının kazanması daha güçlü bir olasılık” demek aynı değildir ve yine aynı şekilde (II), (I)’den farklıdır. Bir yargıcın hem (I)’i hem de (II)’yi söylediğini ancak daha sonra bir hâkim arkadaşı tarafından aslında davacının durumunun davalının durumundan daha güçlü olduğuna ikna edildiğini varsayın. O zaman önceki demeci sırasında tabii ki (II)’nin değil de (I)’in yanlış olduğunu söyleyecektir.

(I) ve (II) arasındaki farklılığı az önce bahsettiğim konuyu güçlendirmek ve “doğru cevap yoktur” cevabının, girişimin bir yargısı olarak diğer cevaplarla aynı özellikte ve aynı derecede kusurlu bir yargı olduğunu belirtmek için vurguluyorum. İkna edici bir argümanın başka bir cevap için müsait olmadığı zamanlarda ya da her iki diğer cevap için iyi argüman müsait olduğunda otomatik olarak doğru olan artık ya da hakkını vermeyen bir cevap değildir. (I)’i teyit eden hâkim, davacı lehine karar veren hâkimin kendi argümanlarının gerçeğinden onların doğru olduğu sonucuna atlaması gibi, kendi analizinin gerçeğinden daha çoğunu rapor eden bir sonuca atlıyor demektir.

(I) ve (II) arasındaki farkın daha az açık olduğu başka bir girişim de düşünebiliriz. Bir hipodromun yönetiminin en kesin görüntü veren fotoğrafı aletini almadığını varsayın. Eğer bu aletin çektiği fotoğraf hangi atın kazandığını gösteremeyecek kadar belirsizse, o zaman, daha iyi bir aletin kazananı göstermiş olabileceği gerçeğine rağmen, başa baş sayılacakları hipodrom kuralını kabul eder. Bu durumda, makinenin kazananı belirlememesi ve bir kazananın olmaması önermeleri aynı anlama gelir. Ancak bu hâkimlerin belirledikleri girişim değildir. Girişimin kurallarında, belirli bir hâkim ya da belirli bir grup hâkimin bir şeyin bağıntı olduğunu düşünmesinin bir bağıntı olduğunu destekleyecek hiçbir şey yoktur.

(c) Belirli bir hâkimin vereceği bir davanın başa baş olduğu ve girişimin içinde “doğru cevap yoktur” yargısının olduğu yargı büyük ihtimalle tartışmalı olacaktır. Yine de, girişimin bağıntı olabilecek çok az ya da çok dava üretebileceği önceki olasılık hakkında konuşabiliriz. Hâkimlerin çalıştığı yasal sistemin çok ilkel bir sistem olduğunu varsayın: Çok az sayıda adli örnek ve yasalar var ve gelişmemiş bir anayasa var. Herhangi bir adli terimin gelişmesiyle, hâkimlerin birçok davanın bağıntı olduğu yargısına varması ve aslında birçok davanın da bağıntı olacağı muhtemeldir. Çok az konulmuş hukuk olduğundan, herhangi bir zor davada sonuç için kritik önem taşıyan birden fazla hukuk teorisi, çoğunlukla konulmuş hukuk için ve birçok hâkim için eşit olarak iyi haklı çıkarmalar önerecektir.

Öte taraftan, hâkimlerin uyguladığı yasal sistemin çok gelişmiş olduğunu ve anayasal kurallarla ve usullerle dolu olduğunu ve birçok örnek ve yasa olduğunu düşünün. Önceki örneklerde bir bağıntı olasılığı oldukça düşüktür; aslında girişimin hâkimlerin verecekleri çeşitli kararlardan bağıntı kararını elemelerini talimat veren bir başka temel kuralını haklı çıkaracak kadar düşük olabilir. Bu talimat bir bağıntının teorik olasılığını reddetmez, ancak eldeki karmaşık yasal araçlarla hâkimlerin, iyi ve uzun düşündükleri takdirde, bir tarafın ya da diğerinin, her şey iyice gözden geçirildiğinde, davaya daha hâkim olduğunu düşünmeye başlayacaklarını varsayar. Bu ek talimat, eğer önceki örneklerde adli bir hata olması olasılığı yine önceki örneklerde bazı davaların aslında bağıntılı olması olasılığından büyükse ve hukuki davalarda bağıntı olasılığını reddetmenin sonuç açısından yada politik kazanç açısından avantajları varsa ancak mantıklı olacaktır. Eğer yasal sistem önceki örneklerin olasılıklarını hesaplamaya yetecek kadar karmaşık değilse talimat tabii ki mantıklı değil aptalca olacaktır.

Şimdi felsefecinin, hâkimlerin zor davalarda doğru cevap aramakla tamamen bir hata yaptıklarını iddia etmesine gelelim. Bu iddiayı, bir hâkimin kendisinin verebileceği bir karar gibi, girişimin içinde olan bir iddia kabul edersek, o zaman iddia kesinlikle yanlıştır. Çıkan sonuç şudur: Bağıntı yargısı her tartışmalı davada, bir cevabın ancak mantıksız bir şekilde karşı çıkılmadan kanıtlanamayacağı davalarda, gerekli olarak doğru olan yargıdır. Şimdi (eğer bağıntı davalarını göz ardı etme talimatı girişimin bir parçası değilse) her hâkim bazı zor davaların başa baş olabileceğini kabul edecek ancak hiçbirisi hepsinin başa baş olduğunu varsaymayacaktır. Felsefeci, onların fikrine karşı kendi iddiasını desteklemek için, zor davaların tasavvur ettiğimiz terazinin tam da ortasında durduğunu ısrarla

saptamaya çalışan argümanlar üretecektir ve bu öyle akla yatkın olmayan bir iddiadır ki derhal bir kenara itilebilir.

Eğer girişim az önce bahsedilen özel talimatı benimsediyse o zaman felsefecinin iddiası daha alçakgönüllü değerlendirilebilir. Felsefeci, orijinal bir bağıntının önceki örneklerdeki olasılığının yeteri kadar büyük olduğunu ve hâkimlere bu olasılığı göz ardı etmeleri talimatını vermenin aptalca olduğunu savunarak bu talimatın rasyonelliğine ya da akla uygunluğuna karşı çıkabilir. O zaman iddiası düzeltilmelidir: hiçbir zor davada doğru cevap olamayacağını savunmuyor, sadece her zor davada bir doğru cevap olabileceğini taahhüt etmenin mantıksız olduğunu savunuyor. Girişimin bağıntılara yer verecek şekilde düzeltilmesini öneren bu daha uygun yaklaşım –eğer yasal sistemleri yeterince karmaşıksa hâkimlerin bu öneriyi geri çevirmeleri daha iyi olaksa da– dikkate alınmayı hak edecektir.

Böylelikle felsefecinin iddiasını, bu her iki durumda da, girişimin içinden yapılmış bir iddia olarak alırsak, o zaman bu hâkimleri uzun süre oyalayacak bir iddia değildir, çünkü girişimlerinin esasının sağlamlığına saldırmaktansa onu kabul eden bir iddiadır. Felsefeci iddiasının girişimin içinde anlamlandırılmamasına itiraz edebilir; iddiası, girişime sadık olan hâkimler tarafından, edilebilecek bir iddia gibi anlamlandırılmamalıdır. Daha çok girişimin rasyonelliğine bir saldırıdır ve bu şekilde anlaşılmalıdır. Ancak şimdi şu önemli soruyla yüzleşmeliyiz. Felsefecinin iddiasını hâkim girişiminin içindeki bir iddiadan *başka* bir şey olarak almanın bir yolu var mıdır? Bunu nasıl bütün girişimin dışarıdan bir eleştirisi olarak anlayabiliriz?

Açık görünen iki olasılık var. Felsefecinin iddiasını, hukuk önermeleri için farklı gerçeklik durumları belirleyen başka bir adli girişimin içinden yapılmış bir iddia olarak alabiliriz. Ya da tüm bu girişimlerin dışında, hâkimlerin, önermeleri için seçebilecekleri gerçeklik durumları her ne olursa olsun, gerçek dünyanın durumları hakkında sonuç olarak saygı duymaları gereken bir iddia olarak alabiliriz. Ancak bu olasılıkların her ikisi de felsefecinin amacına hizmet etmez.

(I) Felsefecinin zor bir davada doğru cevap yoktur yargısının tamamen geçerli olduğu bir yasal girişim düşünebiliriz. Bir grup hâkimin sıradaki kuralları gözlemlemeye karar verdiğini düşünün. Hukuki bir önermenin doğruluğu, ancak o önerme konulmuş hukuktan, uzlaşılan ya da şart koşulan gerçeklerden sadece tümdengelim yoluyla çıkarılabiliyorsa beyan edilebilir. Hukuki bir önermenin yanlışlığı, ancak o önermenin karşıtı konulmuş hukuktan, uzlaşılan ya da şart koşulan gerçeklerden sadece tümdengelim yoluyla çıkarılabiliyorsa beyan edilebilir. Bu kurallara göre, hiçbir

zor davada ne davacının lehine olan önerme ne de davalının lehine olan önerme doğru beyan edilebilir, ne de yanlış olarak reddedilebilir. Bu anlamda hiçbir zor davada doğru cevap olmayacaktır.

Ama bizim hâkimlerin uyguladığını tasavvur ettiğimiz girişim açıkça bu değil. Böylelikle, felsefecinin iddiası, her ne kadar başka bir girişimde çok güçlü olacak olsa da, bu girişimle alakasız. Felsefeci şimdi, az önce bahsedilen, kendi girişiminin şu anda örneğin Amerika'da ve İngiltere'de kullanılmakta olan yasal sistem olduğunu ve hâkimin bahsettiğim girişiminin hayali olduğunu söyleyebilir. Dördüncü bölümde, bu ülkelerde (ve hiç şüphesiz başka yerlerde) yürürlükte olan yasal sistemin burada tasavvur ettiğim girişimle oldukça benzer olduğunu savundum. Eğer öyleyse, o zaman felsefeci kendi girişiminin gerçeğe daha sadık olduğunu iddia edemez. Ancak benim hatalı olduğumu ve onu girişiminin gerçekten olanlara daha benzer olduğunu varsayın. Doğru cevap yoktur tezinin teorik argümanının, prensip olarak, zor bir davada tek bir doğru cevap olamayacağını göstermesi gerekiyordu. Ama, aslına bakarsanız, şimdi sadece bildik yasal sistemlerin zor bir davada bir doğru cevaba izin vermeyen hukuki önermelerin gerçeklik durumlarını tanıdığını savunuyor. Bu, eğer doğru olsaydı, ki değil, oldukça alçakgönüllü bir iddia olurdu.

(2) Felsefecinin farklı teyit etme ve reddetme temel kuralları olan başka bir girişimin içinden değil de gerçek dünya hakkında konuştuğunu varsayın. Savı, gerçekte zor bir hukuk davasında doğru cevap olamayacağı ve böylece doğru cevap olabileceğini varsayan kuralları benimseyen bir girişimin bir mitin üzerine kurulmuş olacağı yönünde. Başka bir girişimi değil de herhangi bir girişimin gerçekçi olabilmek için karşılaşması gereken nesnel gerçekleri belirtiyor.

Ama bu nesnel gerçeklik nedir? Yasal haklar ve ödevler de dahil olmak üzere, geleneksel sistemlerin yapı ya da içeriğinden bağımsız nesnel gerçekler olarak, hakları ve ödevleri kapsamlı. Bu fikir doğal avukatların teorilerinde zaten var, ama sağduyu adına zor davalarda doğru cevap olamayacağını savunan hâkimin elinde bulmak için ilginç bir oyuncak. Zaten eğer haklar ve ödevler nesnel ve bağımsız dünyanın bir parçasıysa, o zaman biri diğerinin bir hakka sahip olmadığını düşünüyor ya da hiç kimse sahip olabileceğini kanıtlamıyorsa neden bir kişinin hakkı olduğunu düşünmeyelim ki?

Felsefecimizin insani düzenden yoksun doğruluk durumlarından nesnel bir yasal gerçeklikten bahsettiği iddiası tehlikelidir. Bu (iddia) başka bir şekilde de tehlikelidir. En temel iddiasını anlaşılmaz kılmakla tehdit

eder. (p)'nin (davalının ekonomik zarardan sorumlu olduğu) ve (- p)'nin (davacının ekonomik zarardan sorumlu olmadığı) ne doğru ne de yanlış olabileceğini savunur. Bunu nasıl anlamlandırabiliriz? Eğer sorumlu tutulmak, tanımladığımız girişimler gibi olanlardan bağımsız, nesnel bir gerçeklik sorunuysa ve eğer bir önermenin ((p) gibi) iyileştirme hakkı verdiği doğru değilse yanlış olmalıdır.

Felsefecinin iddiasını *sadece* girişimin özel doğruluk durumlarını belirtiyor olarak alırsak anlamlandırabiliriz. Az önce kabul ettiğim gibi, iddiası, sadece kolay bir davada teyit etme ya da reddetme imkânı veren doğruluk durumlarında güçlü olabilir. O zaman, zor bir davada hukuki bir önerme ne doğru olarak teyit edilebilir ne de yanlış olarak reddedilebilir. Yanlışlığı doğru olamamasından ileri gelmez. Girişimde hâkimlerimiz (ama bağıntıları yasaklayan talimat olmadan) durumun, gelişmiş bir yasal sistemde ortaya çıkma ihtimali düşük olmasına rağmen, teorik bir olasılık olduğunu belirlediler. Eğer özel talimat eklenirse, o zaman kurallar emirle teyit edememeyle reddedememenin birleşimini, bahsettiğim nedenlerden dolayı, bu birleşime izin verememenin girişimin işleyişine engel olması kehanetine güvenerek yasaklar. Ancak bizim, eğer bir önerme doğru değilse o zaman yanlıştır sonucunu çıkarmaya karşı koymamıza olanak sağlayan, *bazı* özel doğruluk durumları olmadan doğru cevap yoktur tezi hiç de muhafaza edilemez.

Aynı argümanı daha uzunca başka bir yerde de tartıştım ve genel olarak hukuki bir soruna her zaman bir doğru cevabın olup olmadığı sorusuyla ilgilenenler bu uzun tartışmayı bulmalılar.² Yine de, o tartışmada fark edilmemiş, argümanıma yöneltilebilecek olası bir itirazdan bahsetmiyorum. Bu itiraz, genel anlamda, var olmayan nesnelerin ne doğru ne de yanlış olduğu yönündeki dil felsefecilerince tanıdık olan bir argümana yönelik. Fransa kralı keldir önermesinin ne doğru ne de yanlış olduğunu savunan bir gelenek vardır (aslında, düzgün anlaşıldığında, bu önermenin tamamen hatalı olduğunu savunan bir gelenek de vardır). Fransa kralı hakkındaki önerme bizim gözden geçirdiğimiz gibi özel bazı girişimler içerisinde anlaşılabilir bir önerme gibi gözüküyor ve yine (bir görüşe göre) ne doğru ne de yanlış. Böylece (tartışıldığını duydum), özel girişimler içindeki önermeler anlamına gelmeden, hukuki önermeler de ne doğru ne de yanlış olabilir.

2) *Law, Morality and Society* içinde "No Right Answer": *Essay in Honour of H. L. A. Hart*, Londra 1977.

Ancak zor davalardaki hukuki önermelerle var olmayan nesneler hakkındaki önermeleri karşılaştırmak tamamen değersizdir. İkincisi sadece önermenin öznesi var olmadığı için sorun yaratır ve önerme öznenin varlığını teyit etmektense farz eder. Tartışmalı hukuki önermeler bir yasal hakkın ya da başka bir yasal ilişkinin varlığını ya teyit eder ya da reddeder. Karşıtlık tam da bu teyidin ya da reddin doğru olup olmadığı üzerine. Eğer bir kez ekonomik zararın karşılanması hakkının var olmadığını varsayarsak, o zaman davacının böyle bir davada zararın karşılanması hakkının olduğu önermesi sorunlu değildir. Bu sadece yanlıştır. Karşılaştırılabilen önerme şimdi bir Fransa kralının olduğu önermesidir. Kimse bu önermenin ne doğru ne de yanlış olduğunu sanmaz. Ya (çoğumuzun düşündüğü gibi) yanlıştır ya da (Comte de Paris'nin uç noktadaki destekçilerinin inandığı gibi) doğrudur.

3.

O zaman, son olarak, bu bölümün konusu olan genel itiraz hakkında ne söyleyeceğiz? Sağduyu ya da gerçekçiliğin zor bir davada doğru cevabın değil de sadece bir seri kabul edilebilir cevabın olabileceği itirazını desteklediği artık pek açık değildir. Bu iddia için yapılan pratik argüman yanlış oluşturulmuştur. Teorik argümana o argümanı yapanların kapasiteleriyle karşı çıkmıştır ve argüman, kendi iddialarını mücadele etmeye çalıştığı arka planda eritmeden ifade bile edemez, ya da öyle görünmektedir. Bazı okuyucular ikna olmayacaklar. Muhakkak ki çok zor bir davada bir taraf tamamen doğru ve öbür taraf tamamen yanlış *olamaz*. Ama neden olmasın? Bir tarafın doğru ve öbür tarafın yanlış olduğu fikri bizim düşünme alışkanlıklarımıza o kadar derin kazınmıştır ki, böyle durumlarda ne kadar kuşkucu ya da inatçı olmaya çalışırsak çalışalım, bu varsayımı bütünlüklü bir şekilde reddedemeyiz. Bu bizim teorik argümanı bütünlüklü bir şekilde ifade etmemizdeki zorluğu açıklar. Zor bir davada bir doğru cevap olduğu 'miti' hem inatçı hem de başarılıdır. İnatçılığı ve başarısı, onun bir mit olmadığı yönündeki argümanlar olarak hesaba katılır.

Ek: Eleştirilere Cevap

Bu ek *Georgia Law Review* dergisinin tek bir sayısında (cilt 11, Eylül 1977, no 5) özgün biçimde yayınlanan birçok makaleye tepki olan *Seven Critics* (Yedi Eleştirmen) adlı makalenin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş versiyonudur. Makalelerin çoğunun ortaya attığı soruların okuyucular arasında genel ilgi uyandırdığını gördüm ve dolayısıyla argümanlarımı önemli ölçüde geliştiren cevabımı yeni baskıya eklemenin iyi bir fikir olduğunu düşündüm. Bununla birlikte, belirli değişiklikler yaptım. Özgün makalenin bir bölümünü, orada tartışılan eleştirmenlerin önemsiz sorunları ortaya atmasından değil ama onlara yanıtlarımın bağımsız bir yararı yokmuş gibi görünmesinden dolayı sildim. Üç başka eleştirmenin ortaya çıkardığı sorunları tartışan yeni bölümler ekledim. (Bununla birlikte, ne bunların benim argümanlarım için çoğu yüksek nitelikli hoş yazındaki tek ya da en zor sorunlar olduğunu ne de yapılan diğer eleştirileri ya kabul edeceğimi ya da onlara verilecek cevabım olmadığını söylemek istiyorum.) Orada tartışılan önceki bir eleştiri denemesini gözden geçirerek 2. Bölüm'e yeni bir parça daha ekledim ve diğer pek çok bölümü de genişlettim.

Bu ek, çok ender durumlarda, belirtmeyi arzu ettiğim görüşleri eleştirmenlerimin yanlış anladığını ileri sürüyor. Bu yanlış anlamaların sorumluluğunun bana ait olduğunu kabul ediyorum. Kitaptaki pek çok deneme bir

genel hukuk kuramını izliyor, ancak Giriş'te de ifade ettiğim gibi, ayrı ayrı yazıldıklarından bazı tekrarlar ve fikir gelişmeleri içeriyorlar, ve konulara ilişkin söylemeyi arzu ettiklerimin tümünü tartıştıklarını söylemiyorum. Böyle bir kitap, bir bütün olarak yazılan bir kitaba kıyasla daha büyük bir yanlış yorumlanma riski taşır. Okuyucu genellikle farklı kısımlar arasındaki boşlukları, belki de okuyucuya tanıdık gelen bazı standart konumlara yazarı da yaklaştıracak biçimde kendisi için doldurma eğilimindedir. Tanıdık konumlarla uyumsuz olan pasajlar daha kolay gözden kaçırılırlar.

Biraz önce, şimdiye dek değindiğim pek çok sorundan daha fazlasını söylemek istediğimi yineledim ve bunlardan iki tanesine işaret edeceğim. Bunlardan ilki, kavram ve kavramlaştırma arasındaki ayrım ve bir kavramın kavramlaştırmasını savunan bir argümanın ayrı bir argüman biçimi olduğu düşüncesidir. 5. Bölüm'de ve bu ekin 5. kısmında bu düşünceye dayandım, ancak benim düşünceyi analizim yalnızca sezgisel olmaktan çok uzaktır. İkincisi, Giriş'te ve aşağıdaki 6. kısımda açıklanan eşit ilgi ve saygı biçimindeki eşitlik kavramlaştırması, yalnızca 12. Bölüm'de anlatılan bilindik anayasal haklar ve diğer bir denemede¹ anlatılan ekonomik haklar lehine bir argüman sağlamaz, aynı zamanda klasik insan hakları anlatımlarında önemli rol oynayan otonomi düşüncesine de bir açıklama getirir. Eğer bu doğruysa, otonomi ve eşitlik arasında olduğu zannedilen çatışma, tıpkı özgürlük ve eşitlik arasındaki çatışma gibi sahtedir. Şimdi düşündüm ki, her iki sorun da –bir kavramın kavramlaştırılması için anlaşılır argümanlar sorunu ve eşitlik ile özgürlük arasındaki bağlantının anlaşılabilirliği sorunu– hukuk ve siyaset felsefesini diğer bir klasik felsefi soruna götürecektir: Kişisel kimlik sorununa. Çünkü her birimizin bir yaşam kavramlaştırmasını biçimlendirdiği yol, hem ayrı bir argüman türü hem de otonomi düşüncesinin kaynağı olarak bizim için bir paradigmadır. Ancak bu son öneri bu paragrafın cömert sınırlarının bile ötesinde spekülatiftir.

1. HART VE İYİ BİR GECE UYKUSU

Profesör Hart'ın zarif Sibley Lecture'daki² bana yönelik uyarılarını eleştiri saymak kabalık gibi görünüyor. O yalnızca başkalarının da bulabileceği hata tahminlerinde bulundu ve bunu öyle nazik ve cömertçe yaptı ki, onun

1) S. Hampshire (yay. haz.), *Public and Private Morality* içinde "Liberalizm".

2) H. L. A. Hart, "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", *Ga. L. Rev.* 968, 983 (1977).

ellerinde eleştirinin daima yol gösterici olduğu kadar zevk verici de olduğunu bir kez daha anladım. Hüküm vermenin, hâkimlerin yeni hukuk kuralları yarattıkları zor davalar da bile siyasi bir sorun olmaktan çok bir ilke sorunu olduğu argümanıma ilişkin hukukçuların ciddi zorluklarla karşılaşacaklarını söylüyor. Onların, bu tür davalarda hukuki sorulara çoğunlukla doğru cevap olmadığı yaygın kanısını benim reddedişimle de ikna olmayacaklarını ekliyor.

Bununla birlikte, Hart'ın denemesi yalnızca bu tepkileri öngördüğü için değil, belli eleştirmenlerin iddialarını neden böyle anladıklarını ve güvenle reddettiklerini açıklayan klasik hukuk anlayışını da bize anımsattığı için yararlıdır. Onlar kuralların var olduğunu söylemenin yararlı olduğuna inandıkları gibi, Hart'ın 'mevcut hukuk' [*existing law*] diye adlandırdığı, verilen belli bir anda var olan özel ve sayılabilir hukuk kuralları (ve muhtemelen diğer tür standartlar) listesini içeren bir şeye inanıyorlar. Bu biçimde kavranılan mevcut hukukun iki işlevi vardır: Yalnızca o yurttaşların ve diğer hukuki şahısların kanuni görevlerine ilişkin sorulara cevaplar verebilir, ve yalnızca o hâkimlere bu cevaplarla davaları karara bağlamaları yükümünü yükler. Hart'ın anlayışına göre, Amerikan Hukuk Felsefesi kendisini mevcut hukukun içeriğine ilişkin iki aşırı kuram arasında seçime zorlamıştır. İlki mevcut hukukun boş olduğu kâbusudur: Onun içinde gerçekte hiçbir kural yoktur. İkincisi soylu bir düştür: Bu, Hart'ın bana yüklediği uç versiyon, mevcut hukukun öyle zengin ve detaylı olduğunu varsayar ki, hâkim

daima her makul dava için, o davaya karar vermeden önce zaten [mevcut] hukuk olan ve onun tarafından keşfedilmeyi bekleyen bir çözümün bulunduğu varsaymalıdır. O hiçbir zaman hukukun eksik, tutarsız ya da belirsiz olduğunu varsaymamalıdır; eğer böyle görünürse hata onun içinde değil, ancak hâkimin sınırlı insani anlama kabiliyetindedir...³

Aslında, Hart'a göre, makul hukukçu kâbus ile düşün her ikisini de reddedecek ve mevcut hukukun yasamanın koyduğu çok sayıda kural, içtihatlar ile örf ve adetten oluştuğu ancak bu kuralların tüm davaları karara bağlamada ne sayıca yeterli ne de kesin olduğu bildik orta yolu şart koşan iyi bir gece uykusunda karar kılacaktır.

Hart, bir tür varlık olarak 'mevcut hukuk' tablosunun hukuk bilimi [felsefesi] üzerinde korkunç bir durduğunu düşünmekte haklıdır. O, aşı-

3) A.g.e., 983.

ğıda açıkladığım çelişen yasal hakların ‘kutsal kitap’ teorisinden sorumludur. Hart’ın kendi sağduyulu görüşü, yalnızca mevcut hukuka yüklediği içerik açısından farklı olarak, bu tabloyu her iki uç konumuyla birlikte paylaşır. Ben hukukçuları tüm mevcut hukuk tablosunu bir kişinin, bir davacının zaten ‘mevcut’ olan herhangi bir kural ya da ilkenin bu hakkı sağladığını varsaymaksızın belli bir yasal hakka sahip olduğunu düşünmemesi için, yasal haklar hakkındaki soruları siyasal haklara ilişkin özel sorular olarak ele alan bir hukuk kuramıyla birlikte değerlendirmeye ikna etmeyi umuyorum. Hâkimler kuralları ‘mevcut hukukta’ mı bulurlar yoksa orada bulamadıkları kuralları kendileri mi yaparlar yanıtıcı sorusu yerine; hâkimler, tarafların neye hakkı olup olmadığını mı saptamaya uğraşırlar yoksa sosyal amaçlara hizmet eden yeni haklar mı yaratırlar. Ben, Hart ve diğer eleştirmenlerin görüşlerimi, reddettiğim eski tabloya sokmaya çalıştıkları ve benim asil olmaktan çok aptalca olduğunu düşündüğüm, çalışmamda buldukları düşün de bu birliğin ürünü olduğu görüşünü ileri sürüyorum. Ancak, ben tüm bunlarda doğru ya da yanlış olayım, aşağıda 3B’de açıklamaya çalışacağım bir şeyin gerçekten, ne talih ki asil olduğu konusunda onlarla aynı fikirdeyim.

2. GREENAWALT VE HAKLAR TEZİ

A. İlkeler ve Politikalar

Greenawalt ana hedefi olarak, benim, sıradan durumlarda hâkimlerin kararlarını belirgin olarak politika argümanlarındansa ilke argümanları dediğim argümanlarla haklılaştırdığı ve sadece bu şekilde karar vermelerinin ancak vermeleri gerektiği iddiamı alır. Greenawalt bu iddianın çeşitli özelliklerine karşı çıkar. Bu tanımlayıcı iddiaya karşıt olarak birden fazla karşı örnek sunar. Bunlar en azından Amerikalı hâkimlerin zor davalarda karara sıklıkla politika argümanlarına dayanarak vardıklarını göstermek için tasarlanmıştır. Bu karşı örnekleri, bu davalarda açıkça politika argümanları olanların aslında, eğer düzgünce anlaşılırsa, ilke argümanı olduğunu gösteren ‘ustaca’ argümanlarla bertaraf edeceğimden korkuyor. Ancak beni eğer bu çeşit bir savunmada başarılı olursam bunu iki çeşit argüman arasındaki ayrımı silerek ya da ana iddiamı önemsiz yapacak bir başka biçimde yapacağım konusunda uyarıyor. Aynı zamanda ve bağımsız olarak zor davalarda hâkimlerin ilke argümanlarını kullan-

ması ve politika argümanlarından kaçınması gerektiği iddiama meydan okur. “Şaşırtıcı ve yanlış yönlendirici bir şekilde basite indirgeyen siyasal kuram”a dayanıyor dediği, onu anladığım kadarıyla, bu normatif iddiadır.⁴ En azından bazı durumlarda – tarafların hakları çatışmalı olduğunda – hâkimlerin, bu yeni yasayı geçmişteki olayların sonuçlarını hüküm vermek için geriye dönük uygulamaları gerekse de, sadece politika argümanlarıyla haklılaştırılan yeni bir kanun yapmaları tamamıyla uygun ve yararlıdır.

İlke argümanları ve politika argümanları nedir ve farkları nedir? İlke argümanları o kişi ya da grubun bu yarar ihtiyacı olduğunu göstererek bir kişi ve gruba yarar sağlayan siyasal bir kararı haklılaştırmaya teşebbüs eder. Politika argümanları bir kararı, yarar sağlayanların aslında o yarara hakları olmadığı gerçeğine rağmen, yararı sağlamanın siyasal toplumun kolektif amacını ilerleteceğini göstererek haklılaştırır. İlke argümanları ve politika argümanları arasındaki bu ayrımı hakların sonuca dayalı ve sonuca dayalı olamayan kuramları arasındaki ayrımla karıştırılmamak önemlidir.

Bir paradigma olarak rahatsızlık sorununu düşünün. A’nın mülkü B’ninkine bitişik; B mülkünde bir fabrika işletiyor ve bundan çıkan kirlilik A’nın kendi mülkünden aldığı keyfi bozuyor. A’nın yasa koyucuya gittiğini ve B’nin pozisyonundaki kişilerin, A’nın durumundakiler onaylamadıkça, B’nin yaptığı gibi kirletmesini yasaklayan bir yasa istediğini varsayın. A bu ricayı destekleyen iki farklı çeşit argüman oluşturabilir. Birincisi, her şey gözden geçirildiğinde, böyle bir kirlilik olmadan mülkünün keyfini çıkarma hakkı olduğunu söyleyebilir. Bu bir ilke argümanı olurdu, bu hakları uygulayan ya da koruyan bir siyasal karar için haklara bir haklılaştırma olarak başvuran bir argüman. Ya da B’ninkiler gibi aktivistler yasaklanırsa ya da en azından hemen etkilenenlerin onayını alarak masrafları ödetilirse toplumun daha iyi durumda olacağını (çünkü havası daha temiz olacak) söyleyebilir. Bu bir politika argümanı olurdu, bu amacı ilerleten ya da koruyan bir siyasal kararı haklılaştırmak için toplumun kolektif bir amacına başvuran bir argüman.

A’nın, B’nin mülkünü B’nin kullandığı şekilde kullanmamasına hakkı olduğu, ilke iddiası savunması yaptığını ve yapmasının istendiğini varsayın. A’nın argümanı, B’nin havayı kirletmesine izin verilmesinin ileri sonuçlarına herhangi bir başvuruda suçsuz olabilir. Örneğin, söz konusu bölgeden mülk alan insanların bunu, gelenekle onaylanan, bundan sonra tamamıyla kirlenmemiş hava soluyabilecekleri anlayışıyla yaptığını ve

4) Greenawalt, “Policy, Rights and Judicial Decision”, 11 *Ga. Law. Rev.*, 991, 992 (1977).

hakkının sadece bu genel anlamadan doğduğunu söyleyebilir. Ancak, diğer taraftan A daha sonuca dayalı bir argüman oluşturabilir. Örneğin, hava kirliliğinin kendisinin ve ailesinin sağlığına zarar verebileceğini ve hakkının B'nin hareketinin A'nın toplum tarafından özellikle korunmasına hakkının olduğu hayati bir çıkarını tehdit ettiği gerçeğinden doğduğunu söyleyebilir. A, B'nin hareketinin sonuçlarına bu şekilde, A'nın bu hareketin yapılmamasına hakkı olduğu argümanı olarak başvurur. Elbette, sonuçlara bu başvuru orijinal argümanını bir politika argümanına dönüştürmez. Eğer yaptığını düşündüysek, o zaman, politika argümanları dikkatimizi belli bir kanuna sahip olmaya ya da olmamaya yönelttiğinden, dikkatimizi sonuçlara yönelten herhangi bir argümanın bir politika argümanı olması gerektiğini varsayma hatasını yapıyor olmalıyız.

Sonuca dayalı argümanlar haklar hakkındaki tartışmaya sadece bir hakkın destekleyicisiyle değil ancak ona meydan okuyanla sokulabilir. B'nin A'nın ilke argümanlarına yasa koyucunun önünde meydan okuduğunu varsayın. B bu argümanlara, örneğin toplumun bu bölümünde arazi satın alan insanların havanın kalitesini kontrol etmeyi umduklarını reddederek ya da bu kirliliğin aslında A'nın ya da ailesinin sağlığını tehdit ettiğini reddederek, doğrudan karşılık verebilir. Ya da, bu şekilde belirlenen hakların çatışmasını kazanabilsin diye, A'nın belirlediği haktan daha ağırlıklı olan kendi rakip hakkını belirlemeye çalışabilir. Sıra kendine geldiğinde bu etki için ya sonuca dayalı ya da sonuca dayalı olmayan argümanları kullanabilir. Sonuca dayalı olmayan biçimde bu bölgede arazi satın alanların, komşulardan hiçbir izin ya da engelleme olmadan, fabrika inşa edebilecekleri ya da bu araziye ticari açıdan en değerli şekilde kullanabilecekleri anlayışını paylaştıklarını söyleyebilir. Ya da daha sonuca dayalı bir havada eğer A'nın şikayet ettiği kirliliği üretmesine izin verilmezse, o zaman işini kâr sağlayarak yürütemeyeceğini ve eğer kirlilik devam ederse A'nın karşılaşacaklarından daha ciddi sonuçlarla iflas edeceğini söyleyebilir. Bir kez daha A'nın hak talebine izin vermenin ya da reddetmenin göreceli sonuçlarına bu ilgi bir ilke argümanının parçası olarak yapılır. Bu durumda argüman B'nin rakip bir soyut hakkı olduğunu varsayar ve sonuçlara başvuru bu koşullarda, A'nın aslında yasadan talep ederken iddia ettiği somut hakka sahip olmasın diye, rakip hakkın daha ağırlıklı olduğunu göstermek için kullanılır. Eğer B aslında yasa koyucuyu, bu şekilde bir sonuca dayalı argüman yoluyla yasayı reddetmeye ikna ederse, bundan yasa koyucunun kararının politika argümanlarıyla oluştuğu çıkmaz. Yasa koyucu yasayı kanunlaştırmayı, örneğin, genel ekonomik verim-

liliği artırmak için bir strateji parçası olarak değil de daha çok her birinin sahip olduklarını söyledikleri haklara A'nın sahip olduğuna B'nin ise olmadığına ikna olduğundan reddetmiştir.

Ancak B, az önce tanımlanan argümanların dayandığı gibi, B'nin daha güçlü bir çekişmeli hakkı olduğu fikrine dayanmadan A'nın hak talebini yenmeye niyetlenen, sonuca dayalı negatif bir argüman da yapabilir. B, örneğin, eğer bu korunmanın bedeli toplumun ekonomik sağlığına çok fazla olacaksa hiç kimsenin rahatsızlıktan korunmaya hakkı olmadığını söyleyebilir ve sonra bu fabrika toplumun çalışan nüfusunun çoğuna iş verdiğinden A'nın korunmasının bedelinin açıkça çok yüksek olduğunu ekleyebilir. Yasa koyucunun bu argümanla ikna edildiğini ve bu nedenle A'nın istediği yasayı kanunlaştırmayı reddettiğini varsayın. Şimdi yasa koyucunun kararının ilkedен çok politika sorunu olduğunu söylemek için daha fazla özendirme olabilir ancak bu yine de bir hata olurdu. Yasa koyucunun önündeki sorun hâlâ, her şey gözden geçirildiğinde, A'nın talep ettiği hakka sahip olup olamadığıdır. Eğer yasa koyucu bu sorunun cevabının sonuçların bir hesaplamasına bağlı olduğuna ikna olursa, bu cevaplama çalıştığı sorunun özünü değiştirmez. A'nın yasaya hakkı olmadığına karar verir ve böylece yasayı kanunlaştırmak için bu nedeni reddeder. Elbette yasa koyucu, A'da yasaya bir hak eksik olsa da, yine de yasayı kanunlaştırmak için iyi politik zeminler olup olmadığını gözden geçirmek istemiş olabilir. Bu durumda B'nin argümanları çifte görev yapmış olurdu: A'nın hak talebini reddetmiş olurlardı ve aynı zamanda, eğer varsa, A'nın ona hakkı olmasa da bir yasanın arzulanabilir olduğu bağımsız politika argümanlarını da reddetmiş olurlardı. Bu durumda yasa koyucu iki karara vardı: birincisi, ilke nedeniyle A'nın istediği şeye hakkı olmaması ve ikincisi, politika nedeniyle istediği şeyin toplumun amaçlarına yararlıdan çok zararlı olması.

O zaman bir ilke argümanı ve bir politika argümanı arasındaki fark siyasal bir kurumun kendine sorabileceği iki tür soru arasındaki farktır, bir cevapta oluşabilecek gerçeklerin türlerinde değil. Eğer bir argümanın bir tarafın siyasal bir fiile ya da karara hakkının olup olmadığı sorusuna cevap vermesi niyeti varsa, o zaman, argüman detayında bütünüyle sonuca dayalı olsa da, argüman bir ilke argümanıdır. Elbette bir ilke argümanı eleştirmeni sadece sonuçlara yaptığı şekilde başvurduğundan bunun kötü bir ilke argümanı olduğunu söylemek isteyebilir. Yasa koyucunun, B fabrikalarda kirliliği azaltmak için değişiklik yapmanın bedelinin, ekonomik olarak yapılabilir olsa da, emlak değerlerindeki kaybın mevcut seviyede-

ki kirliliğin neden olduğundan çok daha fazla olacağını gösterdiğinden, A'nın yasaya hakkı olmadığına karar verdiğini varsayın. A sağlık tehdidi olmadan kendi mülkünün keyfini sürme soyut hakkının, bu durumda, bu tür marjinal bedel gözden geçirmesine teslim edilemeyecek kadar önemli olduğunu iddia edebilir. Bu çeşit bir mantığı somut bir siyasal hakkı tanımayı reddetme gerekçesi olarak kabul etmenin, soyut hakkı kabul etmek ve yine de bu tür bir durumda uygulamayı reddetmek tutarsızlıktır diye, herhangi bir siyasal hakkın var olduğunu reddetmesiyle eşit olduğunu (benim de yapacağım gibi) ekleyebilir. Ancak bunlar sadece yasa koyucunun bir ilke hatası yaptığını söylemenin faklı yolları: soyut hakka çok az değer biçme hatası ya da soyut hakkı tanımayı tamamen reddetme hatası. Yasa koyucu hatanın kendilerinin değil eleştirmenin olduğu cevabını verebilir; bu şekilde bağıntılı olan konu politika değil bir ilke konusudur.

Bir tarih sorunu olarak belli bir siyasal kararın ilke ya da politika nede niyle alınıp alınmadığını nasıl bileceğiz? Bu basit bir sorun olmayabilir. Örnek olarak ilgi çekici kitabında Profesör Horwitz tarafından tartışılan kıyı [hakkı] sahiplerinin haklarıyla ilgili erken on dokuzuncu yüzyıl davalar dizisini aldığımızı varsayın.⁵ Eğer iki insan ya da şirket, birinin arazisi baraj yapılabilecek bir akarsuyun kaynağına daha yakın olan bir araziye sahipse, her ikisi de suyu diğerine dezavantaj yaratacak şekilde kullanmak isteyebilir. Horwitz Massachusetts ve diğer eyaletlerin mahkemelerinin bu davalarda farklı zamanlarda farklı durumlar takındığına inanıyor. Bir dönemde bir mal sahibi diğerinin beklentisine zarar verecek –bu kadar çok kısıtlanan aktivite ilk mal sahibine ya da genel olarak toplum için ne kadar gerekli ya da değerli olursa olsun– neredeyse hiçbir şeyi yapmasına izin vermedi. Diğer bir dönemde bir mantıklılık testi uyguladılar: Bu, eğer arazisini istediği şekilde kullanamıyorsa savunmanın kaybını davacının, eğer o bunu yapabiliyorsa, kayıpla dengelemek sorunuydu. Daha farklı bir dönemde mahkemeler diğer uçtayıydılar: Bir mal sahibi suyu, arazisinden geçtiği için, kendisine kâr sağlamasını dilediği herhangi bir biçimde, komşusuna etkisi ne kadar büyük olursa olsun, kullanabilir. Horwitz bu dönemlerin her birinde üzerinde anlaşılan uygulamanın kapitalist endüstrinin yayılımına yarar sağlama etkisi olduğunu öne sürüyor; yasal kurallardaki değişiklikler hangi suyun arazinin en kârlı kullanımına katkı sağlayabileceği şekillerdeki değişiklikleri izledi. Hukuk kurallarının değiştiği sınır belirleme davalarının birden fazlasında mahkeme kararlarının haklılaştırması için sonuca dayalı argümanlar

5) M. Horwitz, *The Transformation of American Law* (1977), Harvard University Press.

önerdi. Sıklıkla bu sonuçlar, birinci defada, davacı ya da savunma ve benzer şekilde konuşlandırılmış olanlar lehine sonuçlardı, ancak bazı davalarda toplumun daha genel ekonomik çıkarlarına açık gönderme yapılmıştı.

Bu davalar hakkında iki çok farklı öykü anlatabiliriz. Birincisi, politika öyküsü. On dokuzuncu yüzyılın başlarında hâkimler, kapitalist bir ekonomiyi diğer kurallardan daha iyi geliştirme ve güçlendirme kolektif amacını destekleyecek akarsularla ilgili güç dağıtımını geliştirecek, özel hukuk davası tarafından sunulan fırsatı yakaladılar. Ekonomik uygulama ve durum değiştiğçe bu hâkimler de hızla ayak uydurabilmek için kuralları değiştirdiler. Hâkimler şüphesiz her mülk sahibinin mülkünün kullanımında belli hakları olduğunu kabul etmeye hazır dılar – hâkimlerin sadece bu politika için değiştirmekte hatalı olacakları haklar. Örneğin, mülk sahiplerinin eğer dilerlerse arazilerini ekonomik açıdan verimsiz şekilde kullanmalarını ya da daha verimsiz bir mülk sahibinin yerine daha verimlisinin izinsiz girmesine izin vermeyi yasaklayan bir kural koymayı hayal edemezlerdi. Ancak su hakkındaki zor davaları soyut haklar çelişiyor görüldüğünde komşu olan mülk sahiplerinin somut haklarının daha kesin bir anlatımını gerektiren davalar olarak görmediler. Tam tersine, tıpkı bir yasa koyucunun ticaret çıkarına yasal bir rejimi değiştirirken yapabileceği gibi, birey olarak tarafların kalıcı yasal haklarının tüm düşüncelerini bir kenara koydular.

İkinci öykü, ilke öyküsü. Hâkimler bu davaları değişen ekonomik koşullarda komşuların somut hakları hakkında zor davalar olarak gördüler. Gerçek mülkün kullanımı hakları durumunda sonuç gözden geçirmesinin, en azından, bu hakların tanımında önemli bir rol oynadığını belki de çok düşünmeden varsaydılar. Bu varsayımı, eğer dile getirilirse, onların siyasal kuramı denebilecek şeyin bir parçası kabul saydılar. Eğer arka plandaki genel durumu ahlaki terimlerle tanımlamaları istenseydi, bir kişinin mülkünü dilediği şekilde kullanma soyut hakkı olsa da kendi mülkünü komşularının mülkleri üzerinde sahip oldukları benzer hakların keyfini sürmelerini engelleyecek şekilde kullanmasının adil olmadığını söylemiş olacaktı; ancak diğer taraftan bir mülk sahibinin kendi arazisinin toplumsal olarak daha az değerli istihdamı kendi tercihini uygulasin diye diğerlerinin kendi arazilerinin yararlı kullanımından sakınmalarını beklemek adil değildir. Mantıklı ya da mantıksız olarak çekişen mülk sahiplerinin ahlaki haklarının bu çok kaba ve soyut anlatımı hukukun, bulduğu şekilde, en iyi haklılaştırmasını (*Zor Davalar*⁶ anlamında) sağladı ve sonra yöneten

ekonomik şartların analizinden doğan somut hakları en doğru biçimde beyan eden ve en verimli şekilde koruyan kıyı kullanımını yöneten hukuk kuralları üretmek için ellerinden gelenin en iyisini yapmaya koyuldular. Elbette bu şartlar değiştikçe, bu analiz dikkate alınırsa, somut haklar değişti ve eski ilkelere sadık yeni kurallar istenecekti. Hâkimlerin arazi kullanımı hakkında somut haklar boyutunda sonuca dayalı bir görüşe sahip oldukları gerçeğinden, diğer çeşit haklarda da benzer şekilde sonuca dayalı bir kurama sahip oldukları çıkmaz. Örneğin, kişinin mülkünün ya da şahsının fiziksel istilasına karşı korunma hakları hakkında daha farklı hissetmiş olabilirler. O zaman kıyı kullanımı, rahatsızlık ya da sonuca dayalı kuramlarının kapsadığı diğer herhangi bir sorun hakkında neden daha farklı bir görüşü benimsediklerini sormak adil ve aslında gerekli olurdu. Ancak mülk haklarının özlerinde daha kişisel haklardan ya da hemen hemen açıkça ifade edilen siyasal kuramın diğer bir özelliğinden daha kurumsal olduğu görüşünde bir cevap bulunabilir.

Bu iki öykü arasında nasıl bir seçim yapacağız? Bazı eleştirmenler iki öykünün sadece aynı şeyi söylemenin farklı yolları olduğunu ya da hüküm vermenin genel bir tanımı olarak hangisini seçtiğimizin pratik bir fark yaratmadığını söylemeyi dileycekler. Bu ithama yakında geleceğim; ancak şu an için iki öykünün farklı olduğunu varsayarsak hangisinin söz konusu belli yasal kararların tanımlaması olarak tercih edileceğine karar vermek basit bir sorun olmayabilir. Bununla beraber, fikirlerde bulunabilecek sonuçlara başvurunun politika öyküsünün lehine kesin, hatta ispat gücünde bile olmadığı açıktır. Sadece, eğer hâkimlerin gerçek mülkte sonuca dayalı bir haklar kuramına sahip olduklarını varsaymak akla yatkın olsaydı, ispat gücünde olurdu. Aynı zamanda Horwitz'in, hâkimler tarafından geliştirilen kanunların aslında kapitalist bir ekonominin gelişiminin desteklenmesine en çok uyan kurallar olduğu argümanının her iki öyküyle de tutarlı olduğunun açık olduğunu da umuyorum. Eğer hâkimler aynı kanunlara, ancak farklı kullanımlara izin vermenin ya da yasaklamanın sonuçlarına gönderme yapmadan varmış olsaydı, o zaman Horwitz'in iddiaları, bir toplumun bireylerinin aslında genel refahı anladıkları şekilde destekleyen bir haklar kuramı geliştireceklerine inanan, *Zor Davalar*'da antropolojik tez dediğim şeyi desteklerdi. Bu iddialar hâkimlerin kararlarına varırken kendilerinin hakları uyguladıklarını varsaydıkları farklı tezi- ne karşı olmayacaktır. Hâkimlerin kendilerinin, sonuçları haklarla alakalı yapan bir kuramın altında, hakları uyguladıklarını varsaydıkları ileri tezine karşı da daha fazla güce sahip olamazlar. Horwitz'in argümanları, aslında,

antropolojik tezin neo-Marksist denebilecek versiyonunu desteklemeye niyetlenmiştir. Bu versiyon baskın bir sınıfın üyelerinin toplumun bütünü'nün değil de, daha iyimser antropologların varsayabileceği gibi, sadece kendi sınıfının yararına bir haklar kuramı geliştireceklerini varsayar. Eğer öyleyse, o zaman bu hem tarih hem de siyaset için önemli bir keşiftir, ancak bu öyküden çıkarılabilecek her derecelendirici ya da kuralcı sonucu nitelese de, ilke öyküsüne karşı çıkmaz.

Ancak bunların hepsi iki hikâyemiz arasında seçim yaparken hesaba katılmayan gözden geçirmeler hakkında. Hangi gözden geçirmeler hesaba katılır? Hâkimlerin ne *yapmış* olduğuyla ilgili iki çekişen tanım arasında seçim yapıyor olsak da bir ya da diğer tanımın başarısının, bu hâkimler için ne *yapmaları gerektiği* sorunu olan, sorunlara bağlı olduğunu hatırlamalıyız. Bu hâkimlerin (ya da aslında çağdaş hâkimlerin) ilke argümanları ve politika argümanları arasında yapmış olduğumuz ayrımı yaptığını ve bilinçli olarak şu ya da bu şekilde bu ayrımın dilinde nitelendirebilecekleri kararlar vermeye çalıştıklarını varsaymayı kastetmiyorum. Tam tersine, ayrım siyasal ya da yasal felsefede kesin olarak yeni olmasa da, hukuk ilminin bir esası olmadı. Daha çok iki nitelendirmemiz arasında en iyi seçim yapma metodunun uygulamasını tanımlamaya çalıştıklarımıza makul olarak mal edebileceğimiz siyasal ve ahlaki kuramlara en çok hangisinin uyduğunu sormak olduğunu kastediyorum.

Örneğin, eğer hâkimlerin bir mülk sahibinin diğerinden adil olarak ne bekleyebileceği hakkında sonuca dayalı bir tavır takındıklarını varsaymak akla yatkın değilse, ilke öyküsü akla yatkın olmazdı. Ancak, aslında, hem Britanya hem de Amerika'da yüzyıllarca geleneksel ahlakçılığın bir parçası olduğundan bu sonuca dayalı tavrı takınmadıklarını varsaymak akla yatkın değildir. İnsanlar arazi sahipliğinin hem bu arazide ne yapılacağını kararlaştırmak ve hem de komşu arazide yapılanların sonucundan serbest olmak için belli haklar taşıdığına inanırlar; bu iki tür hakkın çatışabileceğini anlarlar ve bu durumda iki komşudan hiçbirinin diğerine karşı herhangi bir ahlaki hakkı olduğuna ya da bir tür hakkın her zaman diğerinin üstünde hükmettiğine inanmazlar. Bunun yerine, böyle durumlarda bir tarafın, bununla bir tarafın şartlarda somut bir hakkı olduğunu ve sonuçların sadece iki komşu için değil ama genel olarak toplum için kimin olduğuna karar verirken ilgili olduğunu anladığım, 'daha büyük' hak denebilecek şeye sahip olduğuna inanırlar. Bir mülk sahibinin neyi beklemesinin akla yatkın olduğunun sonuca dayalı yönlerinin iki çekişmeli kullanımdan hangisinin önceki olduğu ya da Concorde'un, daha doğal

ya da sonuca dayalı olmayan siyasal ahlak gerekçeleriyle tercih edilebilecek, iniş hakları hakkındaki mevcut tartışma durumunda olduğu gibi diğer sonuca dayalı olmayan yönleriyle karıştığı doğrudur. Popüler kuram hakkaniyetin bu durumlarda ne talep ettiğine karar verdiği tüm bu ve diğer gözden geçirmelerden yararlanır ve sıradan erkekler ve kadınlar, sonuçların gözden geçirmelerine rol verilmesini nadiren reddetseler de, haklarının durumdan duruma değişmesine karşı çıkarlar. İlke öyküsü sadece hâkimlerin hakkaniyet sorunlarına ve sonuçlara başvurmaya, tıpkı günlük yaşamda kişiden kişiye farklılık gösterdiği gibi, hâkimden hâkime ve dönemden döneme değişen şekillerde ve vurgularda aynı genel tavrı takındığını varsayar. Toplumsal antropolog bu hakkaniyet kuramlarının daha çok soyut bir ilkenin aracılığındansa genel ihtiyacın ortak bir algılamasından doğduğunda ısrar edebilir; ya da, eğer Marksist yorumu tercih ederse, bir sınıfın kendi çıkarının algılamasının sonucudur. Ancak antropolojik tezin bu farklı versiyonları ilke öyküsüne meydan okumaktansa onu onaylar.

B. Karşıt örnekler

Horwitz'in hâkimlerinin kıyı davalarına, elbette ilkeyle olduğunu düşünsem de, ilke ya da politikayla karar verip vermediği tarihsel sorusuna devam etmek istemiyorum. Bunun yerine, yorucu uygulamanın konusu olarak bu davaların gerçekçi koşullarını kullanmak istiyorum. Bu koşullar hakkında doğabilecek farklı ahlaki, siyasal ve adli soruları detaylı olarak ayırt edeceğim. A ve B komşu arazilere sahip; A'nın arazisi kaynağa B'ninkinden yakın olmak üzere her iki arsadan da bir akarsu geçiyor. A arazisini sulamak ya da fabrikasına güç sağlamak ya da başka bir amaç için akarsuya baraj yapmayı öneriyor; ancak bu akarsuyu B'ye aynı ya da diğer amaçlar için çok daha az yararlı yapıyor.

(1) Öncelikle, hakkaniyet ahlaki konusu var. Eğer A'nın baraj yapmasını yasaklayan açık bir kanun yoksa, B'nin yine de A'nın B'nin arazisinin keyfini sürmesine bu şekilde karışacak (ona 'ahlaki' hak diyebiliriz) bir hakkı var mıdır? Eğer B'nin A'nın akarsuya baraj yapmaması gibi bir hakkı yoksa, B'nin, A'nın akarsuyun B'ye olan değeri azaldığından B'nin mağduriyetini iyileştirmesi hakkı var mıdır? Eğer B'nin A'nın akarsuya baraj yapmamasına ve A'nın kaybı için onun zararını telafi etmesine hakkı yoksa, en azından A'nın B'nin çıkarlarına A'nın amaçlarına gerekenden

daha fazla zarar vermemeye dikkat etmesine hakkı yok mudur? Ya da B, yasal olduğu kadar ahlaki olarak da, A arazisini B'nin kendi başının çaresine en iyi şekilde bakmasına bırakarak dilediği herhangi bir şekilde kullanılacak kadar tamamen özgür olsun diye, ahlak sorunu olarak bile, bu haklardan hiçbirine sahip değil midir? Sonuçta B kaynağa uzak olan araziyi satın aldı ve bu nedenle daha az fiyat ödemiş olabilir.

İnsanların bu özel ahlak sorularına cevaplarında birbirinden ayrılacağı ve farklı cevapların geleneklerinde ya da altta yatan etik kuramlarında daha geniş ya da daha soyut farklılıkları yansıtacağı açık. Az önce söylediğim gibi, konular hakkında düşünmeye istekli olanların taraflar ve hatta bütün olarak toplum için sonuçları hesaba katmasının muhtemel olduğu açıktır. Örneğin bir kişinin ilke olarak kendi mülkünün kaynaklarının keyfini sürme hakkı olsa da bu hakkın toplumun toplumsal gelirlerini, bu özel mülkü toplumu mantıksız istekleri kabule zorlamak olacağından, bütün olarak bloke edecek kadar genişleyemeyeceğini söyleyebilirler.

('Birçok insan'ın düşünceğini söylüyorum çünkü birinin yaptığı bir argümanı kadın ya da erkek için haklar hakkında bir argüman olarak alıp alamayacağımız sorusunu aslında haklar hakkında iyi bir argüman olup olmadığı farklı sorusundan ayırmak istiyorum. Göreceğimiz gibi, önceki soru belli bir adli kararın haklar tezinin açıklayıcı yönüne karşı örnek olarak durup durmadığını sorduğumuzda temeldir. Sonraki soru haklar tezinin kuralcı yönünü test etmekle ilgilendiğimizde (ve böylece bu tezin altında hangi kararların aslında doğru kararlar olduğunu görmekle ilgilendiğimizde) daha önemlidir. Her iki soru da haklar tezinin önemsiz ya da yüzeyde görüldüğünden (bazılarının dediği şekilde) daha alçakgönüllü olup olmadığını gözden geçirdiğimizde daha önemli olur. İlk soruya söz söyleyen birçok insanın belli haklar kuramlarında sonuçlara daha fazla önem vermesinin muhtemel olduğunu söylediğimde genel ya da bu belli haklar durumunda böyle yapmakta haklı olduklarını ne ima ediyorum ne de reddediyorum.)

(2) Şimdi yasa koyucunun yasayı ya a) her şey gözden geçirildikten sonra akarsuyun aşağısındaki mülk sahiplerine akarsuyun yukarısındaki barajları yasaklama yasal hakkını ya da eğer böyle bir baraj inşa edilirse zarar için yasal bir hak ya da böyle barajların makul olması hakkı gibi daha karmaşık bir hak vererek ya da b) akarsuyun aşağısındaki mülk sahibinin böyle bir hakkı olmamasını sağlayarak ve bundan dolayı (a)

gibi herhangi daha önceki bir yasayı ya da adli emsali iptal ederek benimsemesinin uygun olup olmadığı farklı sorusuna geliyoruz. Bir yasa koyucunun ilk seri sorumuzu (yukarıda alt bölüm 1) B'nin (a)'nın sağlayacağı bir korumaya ahlaki hakkı olduğuna karar vererek cevapladığını varsayın. Bu kararda bu yasa lehine oy veren bir ilke argümanına sahip. Aynı zamanda (a) yasanın toplumsal bir amacı destekleyeceğini düşünebilir; aslında, eğer B'nin hakkı olduğunu varsayma gerekçeleri tamamen sonuca bağlıysa, yasanın toplumsal bir amacı destekleyeceğini düşünmesi (kaçınılmaz olmasa da) muhtemeldir. Eğer öyleyse, o zaman ek olarak yasa lehine bir politika argümanına da sahiptir. Ancak bu argümanda ilke argümanında yer alan sonuçların yer aldığı gerçeği politika argümanının aynı argüman olduğu anlamına gelmez.

Şimdi ilk seri soruya olumsuz cevap verdiğini varsayın: B'nin (a) yasanın getirdiğine hakkı olmadığına inanıyor. Bu durumda yasa lehine hiçbir ilke argümanına sahip değil, ancak politika argümanına aynı şekilde sahip olabilir. Eğer öyleyse, o zaman yasa için uygun olarak oy verebilir ve hiçbir ahlaki hakkın olmadığı yerde, politika argümanı tek başına yeterli haklılaştırma olacağından, yasal bir hak yaratabilir. (Yasa koyucu A'nın akarsuya baraj yapmakta ahlaki olarak serbest olduğunu düşünse de A'nın bunu yapmak için kanun koyan siyasal bir hakkı olduğunu düşünmediğini; onun A'nın bunu yapmasını engelleyecek bir yasanın kanunlaşmasına siyasal bir hakkı olduğunu düşünmediğini varsayıyorum.)

Ancak önerilen yasanın B'de bir hak olduğunu onaylamaktansa reddeden (b) yasası olduğunu varsayın ve yasa koyucumuzun *bu* yasa lehine oy vermek için iyi politika gerekçeleri olduğuna inandığını varsayın. Eğer ilk seri soruyu olumsuz olarak cevapladıysa, o zaman bu cevapta olumsuz bir ilke argümanı var. B'nin taraftarları, B'nin (b) yasanın reddetmesine hakkı olduğundan, (b) yasasına sadece politika gerekçeleriyle oy vermenin yanlış olduğunu iddia edebilir. Yasa koyucumuz ilke argümanını B'nin böyle bir ahlaki hakkı olmadığı anlamına gelecek şekilde konuşturur ve sonra politika gerekçeleriyle yasa lehine olumlu oyunu destekler. Diğer taraftan eğer ilk seri soruyu olumlu olarak cevapladıysa o zaman, eğer bu tür ahlaki hakların siyasal kanun koyan haklar, yasa koyucunun ahlaki hakları desteklemesi hakları, oluşturduğuna inanıyorsa (b) yasasına karşı bir ilke argümanı vardır. Eğer buna inanmıyorsa (ki inanmayabilir) o zaman yasaya karşı bir ilke argümanı olduğunu varsaymayacak ev politika gerekçesiyle yasa lehine oy vermenin uygun olduğunu düşünecek.

(3) A'nın davranışıyla ortaya atılan konuların yasa koyucuya sunulmadığını ve (a) ya da (b) gibi yasaların olmadığını varsayın. Aynı zamanda kanunda bu iki yasanın da sahip olacağı etkiye sahip açık bir emsalin olmadığını da varsayın. Şimdi B, A'ya ya bir uyarı ya da zararların [tazminini] ya da daha karmaşık bir rahatlatma talep ederek dava açıyor. Bu zor bir dava. Hâkimin yukarıda tanımlanan hakkaniyet konularına –özetlemek gerekirse, B'nin talep ettiğine ahlaki bir hakkı olduğuna– olumlu bir cevap verdiğini varsayın. Aynı zamanda hâkimin emsaller hakkında yukarıda ileri sürülen soruların –B'nin A'ya karşı ahlaki hakları soruları– B'nin yasal haklarını belirleyici olacağı bir görüşe sahip olduğunu varsayın. (Umarım *Zor Davalar*'ın daha genel argümanları hâkimimizin ahlaki sorunun yasal soruda böyle bir belirleyici etkisi olduğunu düşünebileceği koşulları gösteriyordur.) Eğer hâkim ahlaki soruya olumlu cevap verirse ve B'nin, her şey gözden geçirildiğinde, mahkemede aradığı aynı rahatlatmaya ahlaki bir hakkı olduğunu düşünürse, o zaman B'nin buna yasal bir hakkı olduğunu da düşünecektir. Sonra B lehine bir ilke argümanına sahiptir ve aynı zamanda gelecekte B'nin durumunda olanlar lehine yeni bir kanunu ilan etmeyi destekleyen bir ilke argümanı vardır. Aynı zamanda gelecekte aynı kanun lehine olacak mevcut bir politika argümanına da sahip olabilir. Gerçekten de eğer ahlaki hak lehine argümanı tamamen sonuca dayalıysa, o zaman (aynı durumdaki yasa koyucu gibi) aynı sonuçlar kaçınılmaz olarak bir politika argümanı sağlayacaktır. Ancak iki argüman aynı argüman değildir ve yalnızca ilke argümanı gerçek durumda esasen B için bir karar lehine hesaba katılacaktır.

Bununla beraber, gelecek için bir kural olarak (b) karşıt kuralının lehine bir politika argümanı olduğunu varsayın. Bu, eğer B'nin ahlaki hakkı lehine argümanı özellikle çok fazla sonuca dayalı olmayan faktörlere dayandıysa umulmadık, ancak olası, görünüyor. Eğer hâkim gelecek için (b) kuralını ilan ederse ve onu mevcut durumda B'nin aleyhine kullanmak için uygularsa, o zaman kararı açıkça rakip bir ilke argümanını yenen bir politika argümanı tarafından meydana getirilmiştir. Karar haklar tezine bir karşıt örnek olarak dururdu. Bununla beraber, eğer hâkim (b) kuralını gelecek için 'sadece muhtemel' bir değişim olarak ilan etseydi ancak B için mevcut durumda bulsaydı durum hiçbir karşıt örnek sağlamazdı. Ancak bu, bu tür bir zor davada oldukça ihtimal dışıdır.

Şimdi hâkimin yukarıda altbölüm 1'de ortaya atılan sorulara olumsuz karar verdiğini varsayın – B'nin mahkemede aradığına ahlaki bir hakkı olduğunu düşünmüyor. Aynı zamanda yasal hakkın *conclusive* olan kara-

rını *Zor Davalar*'ın analizinde buluyor: Bundan dolayı B'nin aradığı rahatlamaya hakkı olduğunu kabul etmiyor. A lehine bir karar ve (b) kuralının bir gelecek kuralı olarak ilan edilmesi için olumsuz bir ilke argümanı var. Eğer olumsuz ilke argümanı şiddetle sonuca dayalı gözden geçirmelere dayanıyorsa aynı zamanda bir gelecek kuralı olarak (b) kuralı lehine bir politika argümanı da mevcuttur. Ancak bu, politika argümanının mevcudiyeti ilke argümanının kararını haklılaştırmak için yeterli olmadığı anlamına gelmez. Davacı mahkemenin görevi yoluyla devletin müdahalesini talep eder; aradığına hakkı olmadığı davacı için yeterli bir cevaptır. Ancak şimdi hâkimin bir gelecek kuralı olarak (a) kuralı lehine bir politika argümanı olduğunu varsayın. Bu yine, özellikle eğer B'nin bir hak talebine karşı olumsuz ilke argümanı çok fazla sonuca dayalı gözden geçirmelere dayanmadıysa, mümkündür. Eğer (a) kuralını bir gelecek kuralı olarak ilan ederse ve sonra bu kuralı B'yi A'ya karşı kendi çaresine izin verecek şekilde mevcut davaya uygularsa, o zaman karar bir politika argümanı tarafından meydana getirilir. Durum aynı zamanda haklar tezine bir karşıt örnek olarak durur. (Ancak yine, eğer (a) kuralını seçmesi 'sadece muhtemel'se durmaz.) Mahkeme herhangi bir hakkaniyet argümanının B'nin, A'nın yapmış olduğunu yapmasının A için yanlış olduğu iddiasını desteklemek için mevcut olduğunu düşünmez ancak mahkeme yine de otoritesini B'nin A'dan talep ettiğini vermek için kullanır.

Bu anlatımın yorucu olacağı konusunda uyardım ancak en azından haklar tezine karşıt örnek oluşturabilecek durumları ayrı tutma becerisine sahip. Fikrin bir çeşit sonuca dayalı argümana dayandığı durumlar arasında bu tür karşıt örnekleri aramalıyız ancak bunları sadece bu durumların alt serisinde bulacağız. Bunlar ya (i) kararın davacının lehine olduğu ancak mahkemenin, her şey gözden geçirildiğinde bile, davacının talep ettiğine ve verilene bir ahlaki hakkının olduğunu düşünmediği ya da bu hakkı tanımlayan bir ilkenin kurulu hukukun daha iyi bir haklılaştırmasının bir parçasını oluşturduğu ya da (ii) kararın savunma lehine olduğu ancak mahkemenin davacının talep ettiğine hiçbir yasal hakkı olduğunu düşünmediği durumlar olacak. Eğer kararın davacının lehine olduğu durumlarda mahkeme davacının talep ettiğine ahlaki bir hakkı olmadığını kabul ederse, o zaman durumun haklar tezine karşıt bir örnek sağlayacağı inanılmazdır. Sadece, eğer bu ahlaki hakkın neden aynı zamanda yasal bir hak olarak da alınamayacağına dair nedenler olsaydı karşıt örnek olurdu; ancak, eğer arka plandaki yasal malzeme davacı lehine bir karara izin verecek bir kararsa, o zaman aynı mahiyette bir yasal hakkı dışarıda bırakma ahlaki

hakkına karşı pek de yeteri kadar güçlü olamaz. Eğer karar savunma lehineyse ve mahkeme davacının talep ettiğine ahlaki bir hakkı olmadığı fikrindeyse davalar elbette haklar tezine karşı örnekler sağlayamaz. Haklar tezi, en azından sıradan özel sivil davalarda, eğer davacının talep ettiğine yasal bir hakkı yoksa, o zaman bunun savunma lehine bir karardan yana olan kesin bir ilke argümanı olduğunu varsayar.

Mahkemenin davacının, mahkeme kendi fikrinde bu soruyla meşgul olduğunu açıkça belirtmediğinde, bir çeşit hakkı olduğunu düşünüp düşünmediğine karar vermenin zor olabileceğini kabul ediyorum. Bu, hâkimlerin kendileri bizim bu yakıştırmayı yaparken kullanmamız gereken kesin sözlüğü kullanmasalar ya da kesin ayrımları yapmasalar da, ahlaki pozisyonlar ya da varsayımlar yoluyla, hâkimlere hangi yakıştırmayı yapmanın mantıklı olduğu sorudur. Bu bir spekülasyon sorunu olmalı ancak göreceğimiz gibi, böyle herhangi bir yakıştırmının akla yatkın olup olmadığına karar verirken izleyebileceğimiz bazı belli genel ilkeler var.

Şimdi çoğumuz Greenawalt'ın varsayımsal karşıt örneklerinin bu testlerde ne kadar başarılı olacağını soruyoruz. Öncelikle bir çift varsayımsal ihmal durumunu alır:

Savunma A dikkatli olarak araba kullanırken yolda önünde canlı bir bebek görür; ona çarpmamak için direksiyonu kırar ve kaçınılmaz olarak davacının park halindeki arabasına çarpar. Aynı zamanda arabasını dikkatli süren Savunma B yolda ölü bir tavşan görür ve ölü hayvanın üzerinden geçmekten hoşlanmadığı için direksiyonu kırar ve kaçınılmaz olarak davacının park halindeki arabasına çarpar. Savunma A ihmalkâr değildir ve Savunma B tam da ölü tavşanın sıhhati (!) B'nin filini mantıklı yapmaya yetmezken canlı bebeğin sıhhati A'nın direksiyonu kırma filini mantıklı yaptığından ihmalkârdır.⁷

A'nın durumunda savunma kazanır ancak davacının arabasına gelebilecek bir zararı önlemek için bebeğin ölmesine ahlaki bir hakkı olduğu görüşünü varsayımsal mahkemeye yakıştırmak mantıksız olurdu. Böylece durum bir karşıt örnek olmaz. B'nin durumunda davacı kazanır ancak insanların sadece tiksinti nedeniyle değerli mülklerinin zarar görmemesine hakları olduğu görüşünü varsayımsal mahkemeye yakıştırmamak mantıksızdır. Böylece B'nin durumu da karşıt bir örnek olamaz.

Greenawalt sonra benim çoktan bahsettiklerim gibi olan rahatsızlık durumlarına döner.

7) Greenawalt, *a.g.e.*, ("Politika" vb.), 1012 (Ünlem işareti eklendi).

Bir kişi uzak bir arazide gerekli olarak çirkin kokuları ya da hava kirliliğini içeren bir iş kurarak tamamıyla mantıklı hareket edebilir. Çevreleyen nüfus az olduğu ve her mülk sahibine [verilen] zarar çok fazla olmadığı sürece hiç kimsenin işin durdurulmasına hakkı olmayabilir. Ancak eğer, tesadüfi ya da öngörülemeyen nedenlerden dolayı bile arazinin nüfusu artarsa iş bir rahatsızlık olabilir ve etraftaki her ev sahibi ya da belediyenin, etkilenen her bir kişiye nüfus çok az olduğunda yakında yaşayanlardan daha fazla zarar verilmediyse de, kirliliği azaltma hakkı olabilir. (...) [İkinci durumda] zorunlu azaltmanın sadece diğerleri için yeterli saygı gerektiren bir ilkenin uygulaması olduğunu söylemek konuyu zorlamak olurdu.⁸

Birinci durumda, etkilenen arazi uzak olduğunda davacı kaybeder ancak davacının fabrika sahibinin vazgeçmesine bir somut hakkı olduğuna dair herhangi bir fikri varsayımsal mahkemeye yakıştırmak yakışsız görünür. Her bir tarafın kendi arazisini dışarıdan müdahale olmadan serbest kullanma soyut hakkı vardır ve bu haklar arasında bir uzlaşma istenir. Savunma, özgür olmanın dışında, ahlaki olarak arazisini en uygun gördüğü şekilde kullanmakta serbesttir. Ahlaki soru her koşulda, her biri eğer azaltması zorlanırsa savunmaya olacağından olumsuz olarak daha az etkilenmiş, çok az insanın her birinin savunmanın arazisini bu kokuları üretmekte kullanmamasına hakkı olup olmadığıdır. Savunma lehine kararın doğru olduğu anlayışımız –varsayımsal örneğin dayandığı anlayış– bu soruya olumsuz bir cevap vereceğimizi varsayar. Bununla beraber, ikinci durumda ahlaki konu tamamen farklıdır. Şimdi savunma, belli herhangi bir davacının iddiasına karşı, arazisini çok fazla insana zarar verecek şekilde kullanma ahlaki özgürlüğü olduğunu zorluyor olmalıdır. Bu, tam bir ahlaki iddia olarak ele alındığında daha az çekici. Aslında, ‘diğerleri için yeterli saygı’ gösteren birinin her birinin uğrayacağı zararın miktarı kadar yaptığından zarar görecektir insan sayısını da hesaba katması geleneksel ahlakçılığın önemli bir parçasıdır. Eğer aynı hareket, kendisine aynı yarar için, daha çok sayıda insana, aynı derecede bile, zarar verirse, o zaman kişi ısrar ederek *her birine* zarar görenlerin sayısının az olduğu durumdan daha az saygı gösterir. Böylece, eğer ikinci durumdaki her davacı, üzerinde duracak davacının yalnızca birinci durumda üzerinde durduğu çıkara sahipse, davacının genel özgürlüğü, komşularına saygılı davranması genel zorunluluğu dikkate alınır, çok daha azdır. Bu değişen koşullarda her davacının bu saygı düzeyine olan hakkının bu durumda rahatsızlığın azaltılması somut

8) A.g.e., 1013 (Dipnot eklendi).

hakkını verdiğinde ısrar etmek akla yatkın görünebilir. Eğer ikinci durumdaki kararın doğru olduğunu düşünürsek bu verdiğini hissettiğimiz içindir.

Greenawalt'ın rahatsızlık durumlarını tartışması (ve üçüncü kişilerin çıkarlarının özel hukuk davalarının kararını nasıl etkileyebileceğinin düşünülmesi daha genel tartışması) sonuç gözden geçirmelerine dayanan bir politika argümanı ile bir ilke argümanı arasındaki farkın farkına varmakta başarısız olduğunu ima eder. Bu bağlantıda benim sıradaki paragrafta belirtilen noktaları geliştirmedeki başarısızlığım ve alıntılıdığı Hand'in ihmalkârlık testi tartışmamla yanlış yönlendirilmiş olabilir. Hand ve ihmalkârlık durumlarına onun söylediği gibi karar verenler sonuçlara başvursalar da bu başvurular tarafların çekişmeli haklarını uzlaştırmanın bir metodudur. Ve, bu bağlantıda, hesaba katılan sonuçların (eğer argüman bir politika argümanı olsaydı olacağı gibi) bütün olarak toplum lehine sonuçlar değil de iki taraf lehine sonuçlar olduğunu belirttim. Hand kuralını bir kişinin toplum için kendisinden daha önemli olan diğer bir kişiyi kurtarıken tehlikeye maruz kalmamasının ihmalcisi olduğunu gösteren bir hayali kuralla karşılaştırdım. Bu hayali kuralın sadece bir politika argümanının sonucu olabileceğini söyledim çünkü bir davacı lehine gösterebilir ve bir savunmadan çok dikkatli faydacı bir ahlakçılık tarafından temin edilen ve istenen şeyi isteyebilir. Burada daha dikkatli olmalıydım; bir mahkemenin hayali kuralı ilke argümanına dayanarak benimseyeceğini varsaymanın inanılmaz olacağını söylemeliydim, çünkü herhangi bir mahkemenin basit bir edim faydacı ahlak kuramının önerebileceği insanların ahlaki hakları ve görevleri olduğu görüşünde olduğunu varsaymak makul olmazdı ve herhangi bir mahkemenin bu görüşü barındıran bir hukuk kuramının, Herkül'ün anlayışıyla ihmalkârlık kanununun, yeterli bir haklaştırması olduğunu düşündüğünü varsaymak inanılmaz olurdu. Bundan dolayı, eğer herhangi bir mahkeme böyle bir kuralı benimsediyse kararın bir politika argümanı tarafından oluşturulduğu kararı dayanılmaz olurdu ve en sonunda haklar tezine açık bir karşıt örnek sağlanmış olurdu.

Üçüncü kişilerin çıkarlarına dokunan gözden geçirmelerin haklar hakkındaki argümanlarda nasıl rol oynayabileceğini daha soyut olarak beyan etmek yardımcı olabilir.⁹ Bir ihmalkârlık durumu iki çekişmeli hak arasında

9) 4. Bölüm'ün 3B alt başlığında sadece davanın taraflarının sonuçlarını çekişmeli haklara hüküm vermeye kullanan (Hand'in ihmalkârlık testi gibi) durumları tartıştım. Burada tartışılan üçüncü kişilerin sonuçlarının, farklı nedenlerden, tarafların haklarının ne olduğuna karar verirken ilgili olduğu durumlardan (dışarıda bırakmasam da) bahsetmedim. Böyle davaları Rosenthal Dersleri'nde tartıştım ve şu andaki paragraf bu dersten alınmıştır. Aynı zamanda hakların faydacı kuramları tartışmama da bakınız.

bir anlaşmazlık içerse de bunlar Hohfeld'in amaçları açısından tipik olarak farklı türde olan haklardır. Davacının diğerlerinin ona ve onun mülküne belli bir ilgi ve saygı düzeyinde yaklaşması iddia-hakkı vardır; davacının diğerlerine gelebilecek sonuçlara abartılı bir ilgi olmadan kendi işlerinin peşinden koşma özgürlüğü vardır. İstenen uzlaşma bu iddia hakkın talepleri ve bu özgürlüğün alanı arasında bir uzlaşmadır. Bazen iddia, hakkın gücünü artıran ya da azaltan gözden geçirmeler, otomatik olarak soyut özgürlüğün gücünü artıran ya da azaltan gözden geçirmelerdir. Bu, örneğin, davacının uğrayabileceği potansiyel zarar özellikle ciddi olduğunda ya da davacının tehdidi savuşturmasının bedeli özellikle çok büyükse böyledir. Böyle bir durumda sonuç gözden geçirmeleri doğrudan ilgili olan tarafların çıkarlarını etkileyen gözden geçirmelerle sınırlandırılacak. Ancak, bazen diğer tarafların çıkarlarından doğan sonuç gözden geçirmeleri ya iddia-hakkın gücünü ya da bağımsız olarak özgürlüğün gücünü etkileyecek çünkü bu hakları destekleyen hakkaniyet argümanları bu tür gözden geçirmeleri alakalı yapar. Az önce tartışılan ikinci rahatsızlık durumu bir örnektir: Olumsuz yönde etkilenecek çekişmeli soyut iddia-hakka sahip daha çok sayıda insan artık davacının kirletmek için somut özgürlük hakkı talep etmesini ahlaki olarak akla yatkın olmayan hale getirmiştir. Bazen diğerlerinin çıkarları, herhangi bir çekişmeli hak sorusundan oldukça ayrı olarak, soyut bir hakkı yenmeye yetecek kadar büyük olacak. Ancak bu sadece bu çıkarlar çok önemli ve etki de çok büyük/şiddetli olduğunda olacaktır. Bir Oxford seminerinde uzunca tartışılan sıradaki durumu ele alın.¹⁰ Davacı isimsiz bir ihbarcı tarafından Çocuklara Kötü Davranılmasını Engelleme Ulusal Topluluğu'na ihbar edildi ve şimdi Topluluğu, bu bilginin davasını açması için gerekli olduğunu iddia ederek, ihbarcı adına soruşturma talep ederek itibarına gelen zarar nedeniyle dava ediyor. Mahkeme davacıların genellikle ihtiyaç duydukları bilgiye hakları olduğunu kabul ederek ancak bu durumda, isimsiz ihbarcılarının adlarını vermeye zorlandığı bilirse, Topluluğun etkinliğinin azaltılacağını öne sürerek reddeder. Davacının ifşa etmeye soyut bir ahlaki hakkı olduğunu varsayın. Bu, ajansların daha verimli işleyeceğinin ifşa etmeyi yasaklama hakkı için yeterli bir haklılaştırma olmayacağı ve eğer ajans kayıtları davacılara asla açılmazsa toplumun bu nedenle bütün olarak daha iyi durumda olacağı anlamına gelir. Yine de, bu durumda davacının ifşa etmeye somut

10) Bkz. *D. v. National Society for The Preservation of Cruelty to Children* (1977) 1 All E. R. 589.

bir hakkı olmayabilir. İfşa edilmeden Topluluk tarafından daha iyi korunacak olan çocukların bu koşullarda daha ağırlıklı olan çekişmeli haklara sahip oldukları başarılı olarak öne sürülebilir. Bununla beraber, bu argüman başarısız olsa bile yine de bu çocukların uğradığı zararın davacının ifşa etme soyut hakkının vereceği kadar çok olduğu öne sürülebilir çünkü bir hak olsa da özellikle güçlü bir toplumsal dezavantajı koz haline getirecek kadar önemli ya da güçlü bir hak değildir. Elbette bu tür herhangi bir argümanla (çekişmeli haklar kuramını kullansa da kullanmasa da) davacının ifşa etme soyut hakkının göreceli ağırlığı hakkında bir varsayımın ilgisi vardır. Eğer davacı adli bir davada savunma olsaydı çocuklara gelecek muhtemel zarara bakmadan ifşaya hakkı olduğu argümanı açıkça çok daha güçlü olurdu.

Greenawalt geriye kalan karşıt örnekleri için konudan daha uzak, daha özelleşmiş yasal konuların içine uzanır. Örneğin, New York Temyiz Mahkemesi'nin kanunların çatışmasındaki daha tuhaf makalelerinden birini anlamlandırır.¹¹ Bir New York sakini o sırada orada yaşayan ancak davadan önce New York'a taşınan erkek kardeşinin ihmaliyle Maine'de bir araba kazasında öldü. Bir New York mahkemesi hatalı ölüm yasalarında iyileşmeyi kesin olarak kısıtlayan Maine yasasını mı uygulamalıdır? Bir New York sakininin hayatta olan yakınlarının bir New York mahkemesinde, kaza eyalet dışında gerçekleşmiş olsa bile, gerçek savunmayı, bir sigorta şirketini, bu standarda ilgili tutmak haksız olmadığı sürece (ve burada olmayacaktı) New York hatalı ölüm sınırlamasına hakkı olduğu yönünde iyi argümanlar vardır. Kanunların çekişmesindeki bu sağlam argümanın, bu durumdaki muhalif fikre bakmadan, bu sonuca destek olacağına inanıyorum. Ancak çoğunluk, New York'un ayırt edici 'ilgi merkezi' yaklaşımından yola çıkarak, hangi kanunun 'uygun haksız fiil kanunu' olduğuna karar verirken hesaba katabileceği faktörlerden birinin savunmanın dava başlamadan New York'a taşınmış olduğu gerçeği olacağını söyledi. Bu, sanırım, çekişme kuramlarındaki yakın dönem gelişmelerin amacını yanlış anlamanın bir sonucuydu ve yalnızca muhalif fikir tarafından değil diğer yargı alanlarındaki kararlar tarafından da kınandı.¹² Ancak o, yine de bu durumu haklar tezine bir karşıt örnek yapar mı?

11) Bkz. *Miller v. Miller*, 22 N.Y.2d 12, 237 N.E.2d 877, 290 N.Y.S.2d 734 (1968), Greenawalt'ta tartışılmıştır, a.g.e., 1014.

12) Bkz. *Reich v. Purcell*, 67 Cal.2d 551, 432 P.2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967), Greenawalt'ta alıntılanmıştır, 1014, n. 64.

Eğer nominal savunmanın ikâmetinin New York olarak değişmesinin durumun sonucuna etkisinin sıradaki kurama bağlı olduğu anlaşılabilirse yapar. Kanun seçimi sorusu kaza sırasında ya da kazadan hemen sonra tarafların birbirlerine karşılıklı hangi haklara sahip olduklarını soran bir soru değildir. Davacının New York yasası altında bir hakkı ve Maine yasası altında farklı ve daha az değerli bir hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Kanun seçimi sorusu şudur: Bu farklı haklardan hangisi, dava sırasında, bu mahkemeye belli bir karar haklılaştırmak için, New York mahkemesine karşı bir kurumsal hak temin eder. Bu soru (bu kurama göre) dava sırasında tarafların ikametgâhı da dahil birçok faktörü hesaba katarak cevaplandırılmalıdır. Davacının New York'un hazırladığı hatalı ölüm iddiasını uygulaması kurumsal hakkı olduğu, savunmanın davacı bu hakka sahip olduğunu öne sürdüğü sırada New York'ta ikâmet ettiği iddiası lehine sayılır.

Aslında çekişme sorusu ve sabit sorular arasındaki bu bağlantı kuramı benzeri bir şey, son cümlede belirlenen sonuçları çok az yargı dairesi kabul etse de, çok yakın dönem çekişme kuramı tarafından varsayılmıştır. Son cümlede dahil bütün kuramı izleyen bir hâkim, aynı şekilde hatalı olabilir de, haklar tezine itaatsiz değildir.

Durumun ne gibi bir alternatif anlatımı yapılabilir? Kararın *politika* gözden geçirmeleriyle oluşturulduğunu varsaymak gülünç görünüyor. Bir New York mahkemesi belli durumun içerdiği miktarların eyaletin kolektif refahına ne olursa olsun herhangi bir fark yaratabileceğini düşünemezdi. Normal olarak, mahkemelerin politika yararına yasa yapmaları önerildiğinde, yararlı etkileri olacağı varsayılanlar ilan ettikleri kanunların ileriye dönük etkileridir. Ancak bu önermenin ileriye dönük etkileri, eğer savunma bir kazadan sonra New York Eyaleti'nin sakini olursa New York kanununun onlara karşı hükümler verebileceği, tamamen belirsizdir ve her durumda önemsizdir. Hâkimler New York Eyaleti'nin, eğer New York kanunu onlara daha uygun olursa ya da mevcut durumdaki gibi eğer dilerlerse ilgili gerçek tarafa karşı davacıya yardım etmeyi dilerlerse gelecek olan, daha fazla haksız fiil işleyen sakine ihtiyacı olduğunu mu düşünüyorlar? Ya da, eğer New York yasası onlara uygun değilse bunlar (en azından mahkeme sonrasına kadar) uzak duracağından, New York'a taşınmaya teşvik olmuş olacak diğer haksız fiil işleyenleri önlemeyi mi düşünüyorlar? Ya da hâkimler gerçekten de, para geniş New York işiyle bir sigorta şirketinden bir New York ailesine transfer edileceğinden ve sonra yeni bir New York ailesinin sigorta primleri artırılacağından, New York'un kolektif refahının bu tür ileriye dönük gözden geçirmelerden oldukça

ayrı olarak sadece mevcut kararın etkisiyle kararı haklılaştıracak kadar iyileştirilebileceğini mi düşünüyorlar? Eğer böyleyse, mahkeme, önerdiğim –nominal savunma gerçekten de New York’a taşınsa da taşınmasa da yabancı kazalardaki ulusal sigortacılara karşı New York ailelerine tazminatı haklılaştıracak– ilkeyi benimsemekle daha iyi yapmış olacaktı. Bu nüfus baskılarını artırmadan daha yararlı transferlere yol açacaktı. Aslında Greenawalt’ın davası zor özel hukuk davalarının genel işleyişinde mahkemelerin politikayı desteklemek için karar verdiği tezinin, fikir rasyonel açıdan pek ikna edici olmamakla birlikte, özellikle zayıf bir örneğidir.

Greenawalt’ın geçerken alıntıladığı son karşıt örnekler benim, onun politika argümanlarını sonuca dayalı ilke argümanlarıyla karıştırdığı tahmini güçlendiriyor.¹³ Eğer bir sözleşmenin belli bir performansının sonuçları hem savunmaya hem de bütün olarak topluma anlamsız olarak savurgan olacaksa, o zaman bu davacının, zararlara hakkı olsa da, doğrusu belli performans hakkı olmasına karşı bir olumsuz ilke argümanıdır. Tartışma hakkındaki genel hukuk kuralları, ya da *de minimis non curat lex*, kesin olarak, Zor Davalar’da bahsettiklerim de dahil, sonuç gözden geçirmelerine dayanabilir. Konu, çok küçük bir zarara ya da artık herhangi bir pratik yararı olmayan bir çareye arka plan bir hakkın pahalı duruşma ve düzene, özellikle harcanacak toplum kaynaklarına başka talepler olduğunda, bir kurumsal hakkı desteklemeye yeterli olup olmadığı sorusu olduğunda bu sonuç gözden geçirmeleri çok fark yaratabilir.

C. Önemsizlik

Şimdi Greenawalt’ın yüzleştigi inandığı çıkmazın ikinci dalıyla karşılaşmalıyım. Belki de az önce verilen argümanlar onun ve diğerlerinin meydan okumalarına cevap olarak vereceğimi umduklarıdır. Cevabımın onun çoktan şüphelendiği şeyi, sanırım ilkeler ve politikalar arasındaki ayrımın kuramsal önem taşıyamayacağını, çok açık edeceğini tahmin ediyor.

Bununla beraber, iddiasının iki versiyonunu ayırt etmeliyiz. Birincisi, biri her zaman diğerinin yerine kullanılabildiğinden, en azından pratikte, tanımladığım şekliyle bir ilke argümanı ve bir politika argümanı arasında bir fark olmadığını öne sürer. Bu iddia şu şekilde ortaya konabilir: Bir hâkimin zor bir davada her zaman kararını destekleyecek bir ilke argümanı bulması ve bir politika argümanına güvenemeyeceği talimatı onun için

fark etmeyecek, çünkü bu talimat dahilinde de talimatın olmadığı zamanla aynı şekilde karar verecek. İkinci versiyon, böyle olsa da olmasa da, ayırımın benim iddia ettiğim hukukla ilgili öneme sahip olamayacağını öne sürer çünkü benim bu normatif ve hukuk bilimsel bulmacaların, eğer hâkimlerin ilke gerekçeleriyle karar verdikleri bulunursa, çözüleceklerini düşünme nedenlerim sahtedir.

Önemsizlik iddiasının birinci versiyonu, Greenawalt'ın yayınlamayı dileyip dilemediğini bilmediğim, başka bir iddiadan ayrılmalıdır. Bu, bir kez kaç tane farklı argümanın ilke argümanı olarak sayılabileceği anlaşıldığında, haklar tezinin eleştirel bir alet olarak gücünü kaybedeceği suçlamasıdır. Eğer her çeşit sonuca dayalı argümanın politika argümanından ilke argümanı olabileceği meydana çıkarsa, eğer, nadir istisnalarla, hâkimlerin hepsinin sürekli ilke argümanı yaptığı ortaya çıkarsa, o zaman hâkimlerin zaten sadece yapacaklarını ve yapmış olduklarını yapmaları gerektiğini söylemek pek de hukuki kuralcılığın önemli bir parçası sayılmaz. Haklar tezinin hem tanımlayıcı hem de kuralcı olmasının kastedildiğini söylediğimde bu 'suçlamanın' özünü kabul ettim. Eğer tezimin devrim için bir sancak olduğunu düşünseydim hâkimlerin karakteristik olarak onun önerdiğini yaptıklarını öne süremezdim. Bir reform programı değil ancak hepimizin hâkimlerin yaptığını bildiğimizin daha iyi bir nitelemeyi önermeyi kastettiğimi vurgulamaya çok uğraştım; daha iyi çünkü, tanıdık birçok siyasal ve kavramsal hukuki soruna hüküm verme gerçekleriyle değil de bizim bu gerçekleri, sanki M. Jourdain'in tutarsız konuştuğunu varsayarak kavramsal sorunlara girmişiz gibi, yanlış yönlendirici tanımlama şekillerimizle yol açıldığını görmemize olanak sağlayacaktır. Eğer önemsizlik iddiasının ikinci versiyonu sağlam olsaydı, o zaman bu alıştırmanın hiçbir anlamı olmazdı. Yasal süreci anlayarak aynı uygulamaların farklı bir tanımlamasını seçseydik daha iyi durumda olmayacaktık. Ancak, eğer ikinci versiyon yanlışsa, o zaman haklar tezinde devrimsel bir güç olmadığı itirazı açıkça, söylediğim gibi, kendi başarısının bir beyanıdır.

Bununla beraber, bunu, haklar tezinde hiçbir eleştirel gücün olmadığı izlemez. Şimdi işlerinin kanunun boşluğunda yasa koymak olduğunu söyleyen ve bunun, fırsat çıktığında politikayı kovalayarak, bir yasa koyucunun davrandığı gibi davranmak anlamına geldiği birçok hâkim var. Bunu söyleyenlerin çoğu eski hukuki dilde sadece, böyle yaptıklarında benim politika argümanlarıyla kastettiğimle düzgünce yönlendirildiklerini değil, görevlerinin zor davalarda yeni kurallar yaratmak olduğunu söylüyor. Ancak şüphesiz nasihat verdiklerini uygulamaya çalışan bazıları da

var ve haklar tezi yaptıklarının doğru olduğunu reddetmeleri için bir standart sağlıyor. Bununla beraber haklar tezinin baş eleştirel değeri farklı bir eleştiri düzeyinde bulunur. Hâkimlerin haklar tezine bağlı olduklarını kabul edebiliriz ve hâlâ ya zayıf arka plan ahlaki ya da siyasal kurama dayandıklarından ya da daha sıradan analiz yanlışları yaptıklarından hatalar yaptıklarını öne sürebiliriz. Haklar tezi bu eleştiriye zor davalardaki adli argümanların derin yapısını, içerdiği haklar ilkelerini ve bundan dolayı bu ilkelerin gerektirdiği daha genel siyasal ve ahlaki kuramları da katarak, meydana çıkararak kılavuzluk yapar. Bu, etkin eleştirinin bu ilke ve kuramları ayrı tutup değer biçmesi ve eğer gerekirse onları daha ince ya da sağlam kabul edilen kuramlarla karşılaştırması gerektiğini gösterir. Bu hukuk ve siyasal ve ahlaki felsefe arasında her ikisinin de yararına olması gereken bir bağlantıyı cesaretlendirir.

Bununla beraber, bu bir geçici yol ve bizim ayırt ettiğim iki iddianın ilkinde dönmemiz gerekiyor. Bir hâkime sadece ilke argümanlarıyla karar vermesi gerektiğini ya da zor davalarda aynı zamanda politika argümanlarını kullanabileceğini söyleyip söylememek hiçbir fark yaratmaz mı? Açıkça yaratması gereken fark hâkimin kendi siyasal ve ahlaki kuramına dayanmalı, özellikle de sonuca dayalı argümanların insanların hangi haklara sahip olduğunun belirlenmesinde ne derece uygun ve etkili olduklarına. Eğer hâkim katı bir deontolojik haklar kuramına sahipse o zaman iki talimatın çok farklı etkileri olacak. Hâkimin deontolojik ilkelerini mevcut hukukun en iyi haklılaştırmasında bulmakta ne kadar başarılı olacağı şüpheli olsa da, politika argümanları yoluyla sonuçları dikkate almasına izin vermek onu, en azından bazen bu sonuçların kabul ettiği bir ilke argümanında rol oynamasını önlemesi gereken, deontolojik kısıtlamalardan kurtarırdı. Ancak daha önce söylediğim gibi çok az insan katı bir deontolojik haklar kuramına sahip. Böylece, birçok hâkim, ahlaki ve siyasal haklar söz konusu olduğunda bile, sonuca dayalı argümanların bu hakların boyutunu belirlerken bir rol oynadığını düşünecekler. Bununla beraber, sonuca dayalı gözden geçirmelerin düzgün olarak oynayabileceği rol hakkında geniş bir çeşitlilikte farklı kuramlara sahip olabilirler. Bu çeşitli kuramlar hakkında en azından bazı basit ayrımlar yapmak yararlı olabilir.

(1) Sanırım en uç sonuca dayalı 'haklar' kuramı, bir faydacının bunları tanımlayacağı gibi, herkesin her durumda en iyi sonuçları üretmek için hareket etme görevi olduğuna inanan ve bu tür fillerden faydalanacakların zaman zaman onlara 'hakkı' olduğu bir edim-faydacı kuram olurdu.

(2) Daha akla yatkın ancak nispeten hâlâ uç noktada olan haklar kuramları kural-faydacılığının bir ya da diğer biçiminden oluşturulabilir. Örneğin birisi herkesin, benzer durumlardaki insanların makul olarak dikkate alabilecekleri davranış kuralları arasında, eğer bu durumdaki herkes bu kuralı kabul ederse en iyi sonucu üretecek davranış kuralıyla uyum içinde hareket etme görevi olduğu kuramına sahip olabilir. Bu kurama göre, oturuş alanına yakın bir arazide fabrika inşa etmek üzere olan birisinin rahatsızlık vermeyle ilgili, eğer herkes kabul ederse, onun durumundakilerce en iyi sonuçları üretecek hangi kuralların makul olarak dikkate alınabileceğini gözden geçirmesi ve ona göre hareket etmesi gerekirdi. Bu görevin performanslarından yarar görececek olanlar onun karşılığı olan hakka sahip olacaklardı.

(3) Daha az dikkat isteyen haklar kuramları kural faydacılığın diğer şekillerinden doğardı. Birisi insanların toplumsal pratiğin mevcut kurallarıyla temin edilen haklara ve görevlere, ancak sadece eğer bu kabul edilmiş kurallar kabul edilmesi muhtemel herhangi bir diğer kuralın üreteceğinden daha iyi sonuçlar üretirse ya da sadece ne olursa olsun herhangi bir kuralın yokluğunda üretilebileceklerden daha iyi sonuçlar üretirlerse, sahip olduğuna inanabilir.

(4) Birisi faydacılığın her çeşidini reddedebilir ve yine de haklar hakkındaki argümanlarda sonuç gözden geçirmeleri için önemli bir yeri kabul edebilir. Böyle bir kuramı genel bir biçimde tanımladım. Birisi insanların, bundan diğerlerinin onlara kendilerine nispeten küçük kazançlar için büyük zarar veremeyeceği ya da eğer kendilerine küçük bir zararla bunu yapabilecek durumdayken onları kurtarmayı ihmal edemeyeceğinin çıktığı, diğerleriyle ilgilenme hakkı olduğunu düşünebilir. Bu soyut hak sonuç gözden geçirmelerini, bir insanın fiili ya da ihmallerinin diğerlerinin refahı için ciddi sonuçları olması her muhtemel olduğunda, ilgili yapacak ancak kuram sonuçlarının rolünü farklı durumlarda farklı yapacak ayırım çeşitliliğinde ısrar edebilir. Örneğin risk eşyalarlarsa insanlara gelebilecek zarar olduğunda daha yüksek bir özen ya da fedakârlık standardı sağlayabilir; ve kişinin dilediği işi sahip olduğu belli bir arazi parçasında yürütme hakkı gibi diğer hakları daha az vahim sonuçların belli durumlarda hakkın reddedilmesine yeterli olacağı kadar çok daha az önemli yaparken, kişinin siyasette fikrini açıklama hakkı ya da arkadaşlarını seçme hakkı gibi, belli bazı çekişmeli hakları somut durumlarda sadece uygulamalarının sonuçları ani ve vahim olduğunda başarısız olacak kadar önemli yapılabilir.

(5) Birisi hem sonuca dayalı olan hem de faydacı olmayan arazide toplumsal mülk kurumu altındaki haklar gibi kurumsal haklar hakkında özel bir kurama sahip olabilir. Bu toplumsal kurumlara *Zor Davalar*'da satranç hakeminin satranca takındığı tavrı takınabilir. İnsanların bu kurumların sağladığı haklara, kurumun genel çıkara hizmet ettiğine inandığından değil ancak hakkaniyet nedenlerinin bu yerleşmiş kurumların –hiç kimsenin onun izni olmadan diğerinin arazisine fiziksel olarak giremeyeceği kuralı gibi– kendi kuralları ve bu kuralların yarattığı beklentilerle uyum içinde yönetilmesini talep ettiğinden siyasal hakları olduğunu düşünür. Ancak toplumsal kurumlarının amacının yaygın olarak ulaşmaya çalıştıkları varsayılan belli genel sonuçlarda yattığına ve kurumdaki bir soyut haklar çekişmesiyle sunulan zor davaların, bir hakkaniyet kuralı olarak, bu amacın etkisi hesaba katılarak karara bağlanacağına inanır. Örneğin, diğerlerinin arazilerini nasıl kullandıklarıyla ilgili geleneksel kuralların amacının arazi sahipleri arasındaki sürtüşmeyi azaltmak ve rahatsızlık hakkındaki zor davaları, tıpkı satranç hakeminin satrançtaki zor durumlara karar vermesi gibi, aklındaki kurum kavramıyla karar vermek olduğuna inanabilir. Bir kez daha sonuca dayalı kuramın bu çeşitliliğine sahip biri toplumsal kurumlardan kaynaklanmayan farklı ve sonuca dayalı olmayan bir haklar kuramına sahip olabilir ve diğer toplumsal kurumların amacı hakkında çok farklı bir fikre sahip olabilir.

Vatandaşların birbirlerine karşı sahip oldukları haklarla ilgili bu örnek kuramlar listesinin sadece farklı muhtemel kuramları ve her birinin potansiyel karmaşıklığını örneklemesi amaçlanmıştır. Önemsizlik iddiasının birinci versiyonunu gözden geçirirken hâkimlerin üstü kapalı olarak bu kuramlardan herhangi birine ya da henüz tanımlamadığım çeşitli kuramlardan herhangi bir diğerine sahip olabileceğini aklımızda tutmalıyız. Bazen yapmakla suçlandığım hatayı yapmamak için dikkatli olmalıyım. Her ya da hatta çoğu hâkimin zamanını soyut ahlaki felsefeye ayırdığına ya da, bazılarının elbiselerinin altında Kant kopyalarını tuttuğu yerde bazılarının Bentham ya da Teilhard de Chardin kopyalarını saklayarak, hakların açık kuramları üzerinde anlaştıklarına inanmıyorum. Yalnızca her birinin, karşısındakilere ne hakları olduğunu söylemesi gerektiğinde yararlandığı, dile getirilmiş ya da hatta tutarlı bile olması gerekmeyen, haklar fikrine bir seri tavrı var.

Tanımladığım son iki kuram gibi kuramların ilk üçünden çok daha sıradan olduğunu düşünmesem de haklar hakkındaki sonuca dayalı kuramların farklı biçimlerinin göreceli yaygınlığı hakkında hiçbir varsayımda

bulunmayacağım. Eğer bir hâkim son ikisinden birisine benzer bir kurama sahipse, o zaman zor davalara, ilke gerektirdiğinde sonuçları hesaba katarak, ilke argümanına dayanarak karar vermesi talimatına aynı davalara politika argümanına dayanarak karar vermesinin söylenmesinden çok farklı yanıt verecektir. Örneğin, 4. altbölümde tanımlanan 'saygı' kuramının bir çeşidine sahip olan bir hâkimi düşünün. Aklında araziden geçen bazıları zirai olan ve bazıları üretime verilmiş akarsuların yönetimi için bir planı var; eğer yasama meclisinde olsaydı bu plana bu tür akarsuların en verimli toplumsal kullanımını üretiyor olarak destek olurdu. Eğer akarsu kenarında bulunma davalarına, gelecek için en etkili kuralları seçerek ve önündeki davalara sanki bu kurallar çoktan yerindeymiş gibi karar vererek, politika gerekçelerine dayanarak karar vermesi söylenseydi, o zaman yasa koyucuya önereceği plana mümkün olduğu kadar yakın olacak kurallar tasarlardı. Şüphesiz basitleştirirdi çünkü karmaşık bir yönetmelikler serisini sıradanlaştırılmış adli fikre yazamazdı (kendi fikirlerinin neden gittikçe artarak yasalar gibi görünmeye, böylece de bu geleneği kırarak, başlamasına hiçbir neden olmasa da). Ancak basitleştirmeler, mümkün olduğunca, planın keskin ucunu dokunulmamış bırakanlar olurdu. Eğer, talimatlarının bir parçası olarak, kendisini yasa koyucunun küçük ortağı olarak görmesi ve yeni kurallarını yasa koyucu tarafından çoktan belirlenmiş olan sınırlar içerisinde tutması söylendiyse, bu nitelemenin, akarsu kıyısında bulunma hakları durumunda olduğu gibi yasa koyucunun yasanın gelişimini çoktan mahkemelere bırakmış olduğu durumlarda, hemen hemen hiç etkisi olmazdı. Diğer durumlarda niteleme yasa koyucu tarafından belirlenen bazı belli stratejileri sabit olarak almasını gerektirirdi ancak bu nedenle kendi planının ne kadarının geri çevrileceği hiçbir hakkaniyet ya da haklar gözden geçirmesiyle alakalı olmazdı.

Ancak, diğer taraftan akarsu kenarında bulunma davalarına ilke gerekçelerine dayanarak karar vermesinin ve kendi kıymetli planını bir kenara bırakmasının söylendiğini varsayın. Şimdi kendisine, örneğin, davacı çiftçinin komşusunu ilgilendiren şeye soyut hakkının çiftçiye, komşusunun topluma ihtiyaç duyulan istihdamı verecek fabrika kurmak için akarsuya baraj yapmamasında ısrar etme hakkını verip vermediğini sormalıdır. Daha önce tanımladığım nedenlerden dolayı hâkimimiz şüphesiz o işlerin, baraj tarafından sağlanan enerji olmadan fabrikayı işletmeye uyarılmanın maliyeti ve bunun sonucu olan verimsizliğin, bitişik arazinin davacı kendini çiftçilikte karar kıldığında çoktan üretimde kullanılıp kullanılmıyor olduğu gibi aynı zamanda saygı konusunu da etkileyen so-

nuca dayalı olmayan faktörler kadar davacının sulama için sıralı su kaynaklarının topluma önemini de hesaba katacaktır. Ancak, hâkimin genel hakkaniyet kuramı altında düzgünce tartılan bu faktörlerin tam da basitlik ve tutarlılık gözden geçirmeleriyle değiştirilmiş, kendi politika planının sağlayacağı kuralları sağlayacağını düşünmek için hiçbir neden yoktur ve şüphe etmek için çok neden vardır. Politika planı amaçlarından biri, örneğin, fabrikada imal edilmiş ürünlere karşı yiyeceklerin tutarında bir indirim olabilir. Bir strateji sorunu olarak eyaleti, bir arazide ancak diğerlerinde değil akarsuların diğerlerine olan etkiye bakılmaksızın kullanımına izin vererek, akarsu kenarında bulunanlara göre parçalara ayırmayı seçebilir. Farklı bir strateji sorunu olarak başlattığı programın ilk birkaç yılında, daha sonraki yıllarda ilk bölümdeki kazanç garantilen-
diğinde ya da koşulların başka şekilde değişeceği tahmin edildiğinde farklı bir rejime yol veren bir rejim sağlayabilir. Tüm bunlar bir yasama programının amaçları ya da stratejileridir, ancak bunlar 4. altbölümde tanımlanan türde bir haklar kuramına sahip birinin hakkaniyetin bir komşudan diğeri için talep ettiğiyle ilgisiz olduğunu düşüneceği amaçlar stratejiler.

Böylece, eğer herhangi bir toplumdaki, hâkimlerin önemli sayısının ya sonuca dayalı olmayan haklar kuramlarını ya da faydacılığın bir ya da diğer çeşidi olmayan sonuca dayalı kuramlara sahip olduklarını varsaymak mantıklıysa, o zaman bu hâkimlerin davalar ilke gerekçeleriyle karar vermeleri talimatı politika gerekçeleriyle karar vermeleri talimatıyla aynı etkiye sahip olamaz. Bu, faydacı hâkimler için iki talimatın etkisinin aynı olacağını kabul edecek olsaydım bile, önemsizlik iddiasının ilk versiyonunu bloke etmek için yeterli olurdu. Ancak, elbette böyle de değildir. Faydacı bir haklar kuramı bir haklar kuramıdır ve bir faydacı için bile insanların hakkaniyette birbirlerinden ne talep edebilecekleri sorusu politika için donanmış olan bir yasa koyucunun onlara uygun olarak ne empoze edebileceği sorusundan farklıdır. Faydacılığın, şimdi zengin ve ince olan, edebiyatı bunu görünür yapar.¹⁴ Kural-faydacı insanların ya, eğer faydacı değerleri varsa altbölüm 3'te tanımlanan kuramla sağlanan türde çoktan toplumsal kurallar olarak konulmuş kurallarda ya da diğerlerine ne olursa olsun herhangi bir kural empoze etme gücü olmadan karar veren yalnız bireyler tarafından elverişli görülebilen kurallarda açıkça belirtilen haklara sahip olduğunu öne sürer. Her iki durumda da faydacı bir

14) Bkz. Lyons, "Human Rights and General Welfare", 6 *Phil & Pub. Aff.* 113 (1977) ve orada alıntılanan makaleler.

hâkim makul olarak bireyin düzgün bir politika programının detay ve strateji çeşitliliğine, ekonominin yönetici anlayışına her şeye rağmen daha az sahip olarak kendi davranışı hakkında bir kural oluşturması gerektiğini düşünemez. Bireyin diğerlerine karşı ne görevleri olduğuna karar verirken yüzleşmesi gereken soru, bir kural-faydacı için bile, farklı bir sorudur ve bir yasa koyucunun faydacılık adına böyle bütün bireylerin ne yapmasını talep etmesi gerektiği sorusundan farklı bir cevap almalıdır – eğer farklı bir nedenden dolayı değilse yasa koyucunun hiçbir bireyin kumanda edemeyeceği ve etmemesi gereken tanıtım ve uygulama gücü olduğundandır.

Böylece, Greenawalt'ın önemsizlik iddiasının birinci versiyonu emniyetle göz ardı edilebilir. İkinci versiyon ilke argümanları ve politika argümanları arasında bir fark olsa bile benim hâkimlerin karakteristik olarak zor davalarda ilke argümanlarıyla karar verdikleri fikrinde teselli bulmakta hatalı olduğumu öne sürer, çünkü uygulamalarının bu tanımı lehine yaptığım siyasal ve hukuki argümanlar yanıltıcıdır. Greenawalt'ın bu bağlantıdaki –sözde karşıt örnekleri gibi– amaçlarından biri haklar tezinin tanımlayıcı yeterliliğine meydan okur ve önce bu amacı ele alacağım. Kalan amaçları tezin kuralcı iddialarına saldırır.

Hâkimlerin zor davalara ilke argümanlarıyla karar vermesinin bir marifeti olduğunu söyledim: [Bir] emsale neden daha sonraki kararlarda benim 'yerçekimsel güç' dediğim şeyin verildiğini herhangi bir rakip tanımdan daha iyi açıklar. Greenawalt makalemden sıradaki parçayı alıntılıyor:

Bir emsalin yerçekimsel gücü kanunnamelerin bilgeliğini uygulamaya başvurmakla değil ancak benzer davaları aynı şekilde ele alma hakkaniyetine başvuru olarak açıklanabilir. [Hâkim] önceki kararların yerçekimsel gücünü bu kararları haklılaştırmak için gerekli olan ilke argümanlarının uzatmasına kadar sınırlamalıdır. Eğer önceki bir karar bir politika argümanı ile haklılaştırılmış olarak alınırsa hiçbir yerçekimsel gücü olmazdı.¹⁵

"Bu açıdan Dworkin'in argümanı çok açıkça hatalı görünüyor, insan tamamen anladığına hayret ediyor" diyor.¹⁶

İnsan sahiden hayret edebilir. Bir defa, Greenawalt argümanı yanlış anlıyor, çünkü emsallerin kanunlaştırma gücü ve yerçekimsel gücü arasında yaptığım ayırım olan ana analitik aracını gözden geçiriyor. Yerçekimsel güç açıkça bu tür herhangi bir kuralın ya da ilkenin dilinin ötesinde olan

15) Greenawalt, 1008.

16) A.g.e., 1008.

sonraki davaları çeker. Greenawalt, “Mahkemelerin emsalleri izleme nedenleri sayısızdır. Bunların bazıları benzer davaların aynı şekilde ele alınması gerektiği adalet kavramına ek olarak, Llewellyn’in önerdiği gibi, rahatlık, birikmiş tecrübeye dayanmak ve bir mahkemenin ne karar vereceğini tahmin edebilmeyi planlama için yararlılığıdır” diyor.¹⁷ Bunlar aslında emsallere neden kanunlaştırma gücü verildiğinin nedenleridir. Eğer emsallerin politika argümanlarıyla oluşturulduğu kabul edilirse, Greenawalt’ın bahsetmediği ek ve çok daha önemli bir neden olacaktı: Eğer sonraki hâkimlerin bu kuralları izlemesi talep edilmeseydi adli kararlar politikayı geliştiremezdi.

Sıradan hukuki hüküm verme hakkındaki –tartıştığım hukuki bulmalara da sebep olan– ayırt edici fark emsallere de yerçekimsel güç verilmesidir. Ancak yerçekimsel güç Greenawalt’ın Llewellyn’den aldığı nedenler kataloguyla açıklanamaz. Hareketsizlik ve rahatlık düzgünce anlaşıldığında emsaller zincirinin ne talep ettiği acı belirten ve tartışmalı argümanlar tarafından saygı görmez; ‘birikmiş tecrübe’ unutulmuş davaların yeni yorumlarının bir kararı desteklemek için kullanıldığı durumları açıklayamaz; ve Greenawalt’ın kendisi yerçekimsel gücü belirsiz ya da tartışmalı olan emsallerin bir mahkemenin ne yapacağını tahmin etmekte çok az bir yardım olduğunu öne sürüyor. Açıkça Herkül, yerçekimsel gücün uygulanması için bir haklılaştırma ararken, emsaller üzerine derslerin kestanelelerinin altına gitmek zorundaydı.

Böylece, Greenawalt bu argümanın amacını kaçırdı. Bununla beraber, aynı zamanda argümanın farklı bir özelliğine de meydan okumak istiyor. Eğer emsallerin yerçekimsel gücü varsa ve eğer bu hakkaniyetin tutarlılık gerektirdiği gerekçesiyle haklılaştırmalıysa, o zaman bundan bu emsallerin, haklar tezinin şart koştuğu gibi, ilke argümanlarıyla oluşturulmuş olduğu varsayılmalıdır. Çünkü, söylediğim gibi,

[eğer] önceki bir karar bir politika argümanı ile tamamen haklılaştırılıyor olarak alındıysa hiçbir yerçekimsel gücü olmazdı. Bir emsal olarak değeri kendi kanunlaştırma gücüyle sınırlı olurdu. (...) Çünkü bir durumda kolektif bir amaca hizmet eden bir hükümetin ona bu şekilde hizmet etmesi, hatta, paralel bir fırsat doğduğunda aynı amaca hizmet etmesi yönünde genel bir hakkaniyet argümanı yoktur.

Greenawalt karşı çıkıyor. (En azından bazen) politikaya dayanan kararların daha sonraki paralel kararlar için hakkaniyet iddiaları oluşturduğu

17) A.g.e. (dipnot alınmadı).

iddiasını örneklemek için aile hayatı hakkında kısa bir öykü sunuyor.¹⁸ Eğer biraz daha küçük olan çocuğu yatağa ilk göndermek için, yatma sohbeti gürültüsünü önleme arzusu gibi, politika gerekçeleri varsa, o zaman bu çocuğun daha sonraki yıllarda, örneğin aile zenginleştikten ve daha geniş bir ev aldığından politika nedenleri ortadan kalkmış olsa bile, daha da küçük bir çocuktan daha geç yatma iddiası olacaktır. Daha küçük çocuğun bu iddiasını bastırabileceğine [press] ve bunun ona ilke ve politika arasındaki ayrımı açıklamanın zor olduğunu göstereceğine oldukça katılıyorum. Politika argümanları açısından taleplerine boyun eğmek daha akıllıca olabilir. Çocuğun iddiasının ahlak kuramında haklı olduğu çıkmıyor. Eğer ebeveynler yeni koşulların gücünü, sonradan iddiasını geri alan çocuğa açıklamakta başarılı olmuş iseler, herkesi kutlamalıyız. Ebeveynlerin çocuğu bir haksızlığı kabul etmesi için uyuşturduklarını söylememeliyiz.

Burada Greenawalt'ın argümanının kalanı şu önerme içeriyor: "Bir yasa koyucunun, bunu politika gerekçeleriyle yapıyor olsa bile, hakları bir grup insana verdiğinde haklılaştırılabilir biçimde ayırt edilebilir olmayan diğer grupların benzer bir uygulamaya güçlü bir hakkaniyet hakkı olduğunu ileri sürmek için bir anlık düşünme yeterlidir."¹⁹ Elbette bu beyan, olduğu şekliyle, doğruculuktur. Diğer grupların ne zaman 'haklılaştırılabilir' şeklinde ayırt edildiğinin ispatlandığını farz eder. Grupların, politika oyunda olduğunda, hakkaniyetle ilişkilendirilmeyen nedenler olduklarından eğer argüman bir ilke argümanı olsaydı uygun olmayacak nedenlerle haklılaştırılabilir şekilde ayırt edildiğini belirttim. Bunlar rahatlık ya da yönetim nedenlerini ya da sadece çoktan yürürlükte olan bir politikanın hemen başarılı olmuş olmasını içerir. Yasa koyucu para yardımlarını açık bir örnek olarak alıntılardım, ancak Greenawalt bunlara özel bir durum oldukları ve yasa koyucu politika gerekçeleriyle haklar yarattığında ya da 'genel uygulama' kurallarını benimsediğinde benim söylediğim uygulanmadığı gerekçesiyle karşı çıkıyor. Greenawalt'ın burada hangi ayrımı almaya niyetlendiğini anlamıyorum ve aklında ne olduğuyla ilgili hiçbir örnek vermiyor. Bir kez yasalaştırma geçildiğinde para yardımları bir haklar sorunudur ve onları hazırlayan kurallar, düşünmüş olacağım gibi, (elbette evrensel olmasa da) genel uygulama kurallarıdır. Buna ek olarak, yararları politika gerekçeleriyle sağlayan kararların her zaman para yardımları olduğu tam da benim üzerinde durduğum şeydir; bir yasa

18) Greenawalt, 997-8.

19) A.g.e., 1009.

koyucu, bu grubun hakkaniyette aldığına hakkı olduğundan değil ancak bu grupta belli haklar yaratmak genel refaha yarar sağladığından, bir gruba her hak verdiğinde hak vermek o grup için bir para yardımımıdır. Ancak 'para yardımı' sözcüğünü daha dar bir anlamda kullanıp kullanmadığımızda hiçbir şey yoktur. Bazı yatırımları diğerlerine karşı desteklemek için tasarlanmış vergi kanunundaki belli başlı getiri koşulları para yardımı durumları mıdır? Peki Başkan Carter'ın enerji tasarrufu programındaki verimli, az yakıt tüketen otomobiller için iadeler önerisine ne demeli? Ayrıca, aynı programdaki verimli olmayan, çok yakıt tüketen arabalar için önerilen özel vergiye ne demeli? Her durumda eğer bu program benimseydi yasa koyucu programla kapsanmayan verimli motorlu tekneler alanların kendilerine de iade verilmesi gerektiği ya da verimli teknelerin üreticilerinin verimsiz tekne alanların eşit bir vergi ödemeleri gerektiğini talep etmeye haklarının olduğu yönünde bir hakkaniyet argümanları olacağını düşünmemeliyiz. Motorlu arabalardan sağlanan enerji tasarrufunun idare etmek için yeterli olduğunu söylemek yeterli bir cevap olurdu. Kongre'nin iş anlaşmazlığını azaltmak ve üretimi artırmak için bazı endüstrilerde özel kolektif indirim prosedürleri kurduğunu varsayın. Bu, bu özel prosedürlerden yararlanan herhangi biri için, bir para yardımı mıdır? Her durumda diğer endüstrilerdeki ne işverenlerin ne de çalışanların, sadece idari zamanın ve paranın aynı yatırımı orada eşit kazanç üreteceğinden, hakkaniyette benzer fırsatlara hakkı olduğunu söylemeyecektik.

Burada kafa karışıklığını önlemek için dikkatli olmalıyız. Hükümetin politika olarak mantıksız olabileceğini kastetmiyorum. Başka yerde açıklamaya çalıştığımı, politikaya hizmet eden düzenlemelerin eğer devlete karşı hakları taşıyan bağımsız ilkeleri ihlal ediyorlarsa uygun olmayabileceklerini, reddetmeyi kastetmiyorum.²⁰ Hükümetin politikayla yönetilen programların yükünü, bunu önlemek için teknik verimlilik feda edilse bile, şiddetle herhangi bir bireyin ya da toplumun bir bölümünün üzerine bırakmama genel görevi olduğunu söyleyecek kadar dikkatliydim. Şimdi hükümetin gücünü, popüler olmayan ya da siyasal açıdan zayıf olan gruplara karşı ayrımcılık yapmak için, yavaş yavaş politikayı kovalamakta kullanmasına izin verilmemesi gerektiğini ekliyorum.²¹ Bu noktaların her biri

20) Bkz. 7. Bölüm.

21) Bu ve önceki cümleler Birleşik Devletler Anayasası'nın on dördüncü değişikliğinin 'eşit korunma' maddesinin uygun alanı hakkında sorular doğuruyor. Bu madde politikayla oluşturulmuş yasamanın yararlarının ya da yüklerinin eşitsiz dağıtımını ne kadar yasaklıyor? Alanı, bu sadece popüler olmayan bir grubun üyesi olarak ayrımcılığa maruz kalmamak hakkını da içeren

hükümetin herhangi bir kapsamlı kuramında yer bulmalı ve her biri büyük ilgi ve karmaşıklıkta hem kuramsal hem de pratik sorular doğuruyor. Ancak, tek başlarına ya da birlikte, sıradaki önermeyi itham etmiyor: Eğer yasa koyucu bir karar belli bir gruba, bu grubun yarara hakkı olduğu düşünüldüğünden değil ama yarar belli bir kolektif amacı ilerletmesi düşünülen bir planın yan ürünü olduğundan yarar sağlarsa, o zaman diğerlerinin aynı yarara, *aslında onlara bu yararı sağlamak bu aynı kolektif amacı daha ileriye götürecek olsa bile*, siyasal bir hakkı yoktur. Bu önerme emsallerin yerçekimsel gücü hakkındaki argümanın temelidir, çünkü aynı önerme bir yarar, o grubun üyelerinin bu yarara hakkı olduğu düşünüldüğünden, bir gruba verildiğinde işe yaramaz. Haklar tezi sonuca dayalı gözden geçirmelerle belirlenmiş ya da sınırlanmış olsa bile yine de bir haktır ve bir kez ilke doğru olarak beyan edilirse ilkenin yararlılığının kapsadığı herkesin ilkenin sağladığına hakkaniyette bir hakkı vardır.

Birisi politikalar hakkındaki bu önermeye bir kolektif amaç durumunda işe yaramadığını belirterek karşı çıkabilir – faydacılığın bir ya da diğer çeşidiyle tanımlandığı şekliyle bütün olarak toplumun genel refahı. Bir faydacı yasa koyucunun genel refahı arama görevi olduğunu ve bundan dolayı herkesin, aslında en yüksek genel refahı üretebilen, yasamayla alabileceğine hakkı olduğunu ileri sürebilir. Ben bu ‘hakkın’ gerçek bir hak olduğunu söylemekte isteksizim, ancak bu burada önemli değil, çünkü yapsak bile genel refah durumu politikalar hakkındaki önerme için gerçek bir istisna değildir. Genel refah altında varsayılan haklarına başvuran birisi bu genel refahı sağlama almak için çıkarılan yasaları alıntılarla argümanına hiçbir güç ekleyemezdi. Her şey ona istediğini vermenin genel refahı şimdi artırıp artırmayacağı bağımsız ve belirleyici konusunda dönerdi. Her durumda bu sözde istisna yerçekimsel güç hakkındaki argümanıma bir itiraz olarak sayılamaz. Eğer birisi adli kararların politika argümanlarıyla oluşturulduğunu ve bu argümanların yine de ileri bir karar için yerçekimsel bir güç taşıdığını düşünüyorsa, o zaman gücün daha önceki bir kararda kazaları azaltma, temiz hava, azaltılmış işsizlik ya da daha düzgün yönetim-işçi ilişkileri gibi genel refahı iyileştirmekten *daha belirgin*, bu daha belirgin amaç normal olarak olacağı gibi daha genel amacı

bağımsız bir politika hakkını ihlal ettiği sürece, politika konularındaki eşitsiz yasama durumlarıyla mı sınırlı? Bu soruyu yukarıda, kısa bir dipnotta ortaya attım. Greenawalt bu nota ‘karışık’ diyor; en azından kolay anlaşılmaz olduğunu kabul ediyorum. Greenawalt’ın şimdi yeniden tasdik ettiği eşit korunma maddesinin daha geleneksel bir görüşüne karşı hiçbir argüman oluşturmaz, ancak sadece geleneksel görüşün tatmin edici olmadığını varsayar.

sağlama almakta bir araç olarak alınsa bile, bir kolektif amacın seçimiyle uygulandığını düşünmelidir. Daha sonraki bir davanın tarafının argüman olarak, onun durumunda tam da aynı amaca hizmet eden ve (yan ürün olarak) ona yarar sağlayan bir kanunun yapılması gerektiği, bu daha belirgin amacın önceki bir seçimine başvurduğunu düşünüyor. Böylece argüman genel yarardan daha belirgin olan politikaların kendilerinin yerçekimsel gücü olduğunu varsayıyor.

Greenawalt aynı zamanda benim yaptığım başka bir argümanı da eleştirmeyi diliyor. Bir demokraside mahkemelerin değil yasa koyucunun kanunu hazırlaması gerektiği yönündeki tanıdık argüman, eğer hâkim tarafından yapılan kanun politika tarafından oluşturuluyorsa, adli orijinallığe karşı güçlü bir itiraz olurdu, ancak ilke konularında adli orijinallığe karşı çok da güçlü değildir. Greenawalt yasa koyucunun kendisini, böylece mahkemeler bu alanlarda verilebilecek ne politika kararı varsa zorunlu vermeli ve hâkimler en azından bazı politika argümanları oluştururken kongre üyeleri kadar yetenekli olsun diye, hukukun herhangi bir alanıyla hiç meşgul etmediğine itiraz ediyor.²² Bu hususlardan ilkinde verebileceğim bir cevabı (bu alanların ilke meselesiyle politika meselesinden daha iyi geliştikleri kasıtlı kararını verdiklerinden yasa koyucuların belli alanları mahkemelere bıraktıkları) reddediyor. Yasa koyucunun “sorunların mahkemelerce yeterlice halledildiği yönünde belirsiz bir his” nedeniyle kaçındığını varsaymanın daha gerçekçi olduğunu söylüyor.²³ Buna şüphe yok, ancak bu önemli soruyu görmezlikten geliyor. Belki de ‘belirsiz his’ bu alanlar aslında sadece sonuca dayalı gözden geçirme de dahil, yasa koyucu politika adına müdahale etmek için hiçbir baskı altında olmasın diye, ilke gözden geçirmeleriyle yeterlice geliştirildiğinden ortaya çıkıyor.

Sözde ‘sıradan hukuk’ alanlarının geldikleri yere kadar kanunidense hâkim tarafından yapılan hukukla geliştikleri gerçeğinin bu belli açıklamasını iki nokta destekler. Birincisi, sıradan hukuk alanları, tam da, içinde Profesör Coase’in ünlü teoreminin en çok etkisinin olduğu alanlardır.²⁴ Coase, eğer muamele giderlerini göz ardı edersek haksız fiildeki ya da sözleşmedeki mesuliyetinin bir muamelede ya da olayda iki özel taraftan birinin ya da diğerinin üzerine düşüp düşmemesinin, elbette taraflar için büyük fark yaratsa da, kaynak tahsisinin genel verimliliğinde hiçbir fark

22) Bkz. Greenawalt, 1004.

23) A.g.e., 1005.

24) Bkz. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 J. L. & Econ. 1, 19-28 (1960).

yaratmayacağını ileri sürdü. Elbette muamele bedelleri, bir haksız fiil kanununun ya da sözleşmesinin seçimi genel ekonomik verimlilikte marjinal bir fark yaratsın diye, gerçek bedellerdir, ancak yorumcuların belirttiği gibi, eşitlik gözden geçirmelerinin –hakkaniyette hangi ekonomik rolün belli bir bedeli olması gerektiği hakkındaki gözden geçirmeler– daha anlamlı olacağı muhtemel.²⁵ İkincisi, sıradan hukuk sorunlarını ortaya çıkaran muameleler ve olayların nispeten tanıdık biçimdeki durumlardan çıkartıldığıdır ve bu durumlar bir topluluğun üyelerinin davranışları onları etkileyen kişilerden bir ilgi ölçüsüne soyut hakları ile kendi çıkarlarını ve hırslarını kovalamak isteyenlerin soyut özgürlüğü arasındaki çatışmayı göz önüne seren durumlardır. Bu nedenle toplum içinde belli derecede, hakkaniyetin talep ettiği, bir ahlaki fikir birliğinin gelişmiş olacağı durumlardır – sonuç gözden geçirmelerini kaçınılmaz olarak bu kararlılıkla ilişkilendirecek bir fikir birliği. Bunun burada alakalı olan iki sonucu var. Mahkemenin bütün olarak topluma daha tatmin edici görünecek –bütün gruplar için çekişmeli ya da yeni haklar oyununda olduğunda mahkemelerin varabileceği kararlardan daha tatmin edici– ilke kararlarına varmasının daha muhtemel olacağı anlamına gelecek. Aynı zamanda, sıradan bir hukuk davası, bir nedenden dolayı çözümü Coase’in teoremine rağmen, çok sayıda işçisi olan havayı kirleten fabrikanın durumu gibi, önemli ekonomik sonuçları olacak bir sorun çıkardığında, bu kesinleştirici ekonomik sonuçları ilişkilendirecek ilke argümanları elde olacak.

Greenawalt'ın belirttiği ikinci nokta, hâkimlerin politika hakkında asla akıllı olamayacağı – sadece doğru olmanın çok dışında. Gerçekten de hâkimlerin karmaşık ekonomik ve diğer etkili iddiaları çalışacak eğitimleri olmadığı ve kaynakların onlara mevcut olmadığı hususunda popüler bir argüman var, ancak bu argümanın yanlış olduğunu düşünüyorum. Ortalama bir hâkimin böyle bir çalışma için ortalama bir kongre üyesinden daha az yeteneği ya da zamanı olduğunu ya da bu kitaplardan kitapların yazarlarının kongre üyelerinin herhangi bir durumda okumaya vakitlerinin olmadığı komite raporlarına yazdırdıklarından daha fazlasını alamayacaklarını düşünmüyorum.

Benim üzerinde durduğum farklı bir konuydu. Birey yasa koyucuların nasıl oy verileceğine genel iyyinin Benthamcı kavramlarına karşı, bir stratejinin ne kadar izleneceğine dair hoş hesaplamalara ve diğerinin lehine onu

25) Bkz., örneğin, Baker, "The Ideology of Economic Analysis of Law", 5 *Phil. & Pub. Aff.* 3 (1975).

birakma zamanına karar vererek, kendilerine teslim edilen programları ölçerek karar verdiklerini düşünmek gerçekçi değildir. Temsili demokrasi kurumu genel refahın kovalanması için mükemmel olmayan bir makinedir; (eğer toplum şanslıysa) görünmez bir el uzun vadede genel iynin çok yakın tahminini üretecek ya da en azından farklı bir kurumun üreteceğinden daha yakın bir tahmini üretecek diye, içinde çeşitli türde siyasal hazinelerin yarıştığı siyah bir kutu olarak işe yaradığı dereceye kadar yarar. Kurum Rawls'ın prosedürel adalet²⁶ dediği şeyin bir örneğini sağlayabilir ve bu tanımın öne sürdüğü gibi refah ekonomistlerinin ve faydacı parti kuramcılarının çabalarına rağmen genel refahın herhangi bir bağımsız kurumsal olmayan tanımını üretemeyiz ve bunun yerine genel refahın bu çeşit bir iyi tasarlanmış kurumun içine aldığı yönünde sezgisel bir fikre dayanmalıyız. Elbette temsili demokrasi tarafından yasa koyuculuk lehine, bu kurumun kendisi ya da desteklediği toplumsal hisler için iyi olan popüler siyasal katılım sağladığı argümanı gibi, başka argümanlar da var. Ancak prosedürel adaletten gelen argüman, demokrasi kuramının bir hâkim ilkeye dayanarak karar verdiğinde politikaya dayanarak verdiği kararın işe yaramadığı hâkimlere karşı itirazlar hazırladığını söylediğimde aklımda olan argümandır. Politikacının posta çantasının ona, hâkime mevcut olmayan, teknik bilgi ya da toplumsal ilgisizlik eğrisinin şekli hakkında bilgi verdiğini düşünmüyorum, ancak bunun yerine onu hâkimin doğru olarak muaf olduğu siyasal baskı ağırlığının altına koyduğunu düşünüyorum.

Şimdi geriye Greenawalt'ın en açıkça kuralcı pozisyonunu ele almak kalıyor. Hâkimlerin niteliksel olarak zor davalara ilke argümanlarıyla karar verdiğinde haklı olsam da, aslında neden bazen böyle davalara politika argümanlarıyla karar vermediklerine dair iyi bir neden olmadığına inanıyor.²⁷ Çoğunlukla yasal olmayan tuhaf varsayımsal örneklerle dayanıyor. Normal olarak varsayımsal örnekler sonra kurama karşı test edilebilecek kurumları dil dökerek kandırır. Ancak örnekler olağanüstü olduğunda çağırdıkları sezgiler, eğer gerçekten herhangi bir kurumu çağırıyorsa, sıklıkla onlara karşılık olacak şekilde güvensizdir. Kabile konseyi, düzgünce anlaşıldığında toplumun ahlaki gelenekleri Havlayan Köpek'in Çılgın Tilki'yi öldürmesine izin verse de, gerçek ahlak açısından ahlaki olarak bunu yapmakta özgür olduğuna inandı mı?²⁸ Eğer inandıysa, o zaman

26) Bkz. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971).

27) Bkz. Greenawalt, 1052.

28) Bkz. Greenawalt, 999-1001.

kurumsal hak ve toplumsal refah arasında basit bir çatışmayla değil, kurumsal hak ve ahlaki görev arasında bir çatışmayla karşı karşıyadır. Diğer taraftan, eğer konsey her şey gözden geçirildiğinde Havlayan Köpek'in ahlaki olduğu kadar kurumsal açıdan da yaptığı şeyi yapmakta özgür olduğunu düşündüyse, o zaman benim sezgim mecburi tazminatlarla bile onu cezalandırmakta hatalı olduklarıdır. Yasa koyucu bir duruş benimsemek ve gelecek için empoze etme gücüne sahip olduklarını düşündükleri her ne olursa olsun reform yapıcı kuralları ilan etmeleri konsey için ideal bir durum olmuş olurdu. Aynı şekilde, Greenawalt'ın ilk ileri hamle durumu sadece muhtemel yasamaya gereksinim duyuyor.²⁹ Hâkim pası atan takımın bunu yapmaya hakkı olmadığını ve onun lehine bir kararın diğer tarafın meşru beklentilerini –konular şüpheden uzak olduğundan değil ancak (hakemin inandığı gibi) takımın aslında pasların atılmamasına hakkı olduğundan meşru– ihlal edeceğini varsayıyor. Eğer ticari açıdan önemli bir seyirci sporunun kurallarını değiştirmek için (inanılmaz olarak) resmi yalan söyleme dışında bir yol yoksa bu bir kusurdur, ancak sezgilerim savunma takımının sonuçta bir adaletsizliğe maruz kalmaları gerektiğini öne sürmüyor. Greenawalt'ın bu adaletsizliği görmediğinden şüpheleniyorum, çünkü hakkın var olup olmadığı şüpheli olduğunda var olsa bile onu göz ardı etmekle hiçbir adaletsizlik oluşmasın diye, kurumsal bir hakkın ahlaki bağıntısının bu hakkın verdiği uyarıyla tüketildiğini düşünüyor. (Bu hata, göreceğimiz gibi, Profesör Munzer'ın makalesinin ikinci yarısına hâkimdir.³⁰)

Makalesinin sonlarında Greenawalt hâkimlerin uygun olarak bazen politika lehine ve bazen çatışan ahlaki haklar lehine yasal hakları göz ardı edebileceğini düşündüğü dava örnekleri sunuyor. Politika tarafında, sivil bir davada, belli bir uygulamanın kapsamı kapsamadığı hakkında sorun yaratan 'taslağı kötü hazırlanmış' kirlilik karşıtı bir kanun hayal ediyor.³¹ Bize eğer bir dava yasa kanunlaştırıldıktan hemen sonra getirilmişse, hâkimin 'uygun olarak' uygulamanın kapsamadığına karar vermiş olacağını, ancak hâkimin yıllar sonra, eğer toplumun fikri değiştiyse ancak 'ilgili tüm yasal malzemeler aynı kaldıysa', 'uygun olarak' diğer şekilde karar vermiş olacağını söylüyor. Bu anlaşılmalıdır. Eğer yasal konu (gördüğümüz gibi eğer dava sıradan hukuk davası olsaydı oldukça muhtemel

29) Bkz. Greenawalt, 998-9.

30) Bkz. aşağıda 3. Bölüm.

31) Bkz. Greenawalt, 1048.

olacaktı ve burada bir kanun durumunda neredeyse kesin olan³²⁾ söz konusu uygulamanın topluma sonuçları üzerindeyse, o zaman bu sonuçlar ‘yasal malzemelerin’ bir parçasıdır; eğer sonuçlar araya giren yıllarda değişmediyse şimdi ‘uygun’ olan bir kararın o zaman neden ‘uygun’ olmadığını anlamak zordur. Elbette söz konusu belli hâkimin ve bütün olarak yasal topluluğun eğer toplum onlara öfkeleniyse istenmeyen sonuçlarla ilgilenmeleri daha muhtemeldir; ancak bu sadece, farklı bir şey olan, kararın ara sıra uygun karar olacağını ileri sürer. Aynı zamanda toplumun bir şekilde uygun karara daha önce direnmiş olması mümkündür, ama şimdi kabul etmeye hazırdır; ancak, bir kez daha, bu farklı bir konudur.

Greenawalt aynı zamanda Yüksek Mahkeme’nin genel refah yararına Anayasa’yla garantilenen siyasal hakları ‘şüphesiz’ ihlal ettiğini düşündüğü gerçek bir davayı, *City of El Paso v. Simmons*’ı³³⁾ alıntılıyor ve Hâkim Bay Black’in muhalefet ederek Mahkeme’nin kararının bu nitelemesiyle aynı fikirde olduğuna dikkat çekiyor. Mahkeme’nin çoğunluğunun yaptığının bu olduğuna inanıp inanmadığı elbette farklı bir sorudur. Ben öyle olmadığına inanıyorum ve elbette çoğunluğun fikrinin dili, eğer doğru olsaydı kesinleştirici olacağını ileri süren ithamı kuvvetle reddediyor. Ancak, görünüşe bakılırsa Greenawalt çoğunlukta Anayasa’nın Texas’ın geri aldığını garantilediğini düşünse bile Texas’ın politika argümanlarını onaylamaları şartıyla bir kenarda durmakta haklı olacaklardı. Bunu alışılmışın dışında buluyorum.

Greenawalt’ın geriye kalan durumları mahkemelerin yasal hakları geniş ahlaki haklar lehine göz ardı etmelerinin doğru olacağı durumlarıdır. Elbette böyle durumlar sözde politika durumlarından çok farklı konular ortaya çıkarır. Profesör Cover³⁴⁾ tarafından yazılan yeni bir kitabın incelemesinde tartıştığım kaçan köleler³⁵⁾ hakkındaki Sivil Savaş öncesi davaları örnek olarak kullanıyor. Bu davaların çoğuna (özellikle ilgili dava açma maddesinin yorumunu içerenler) bir hukuk sorunu olarak yanlış karar verildiğini ve kölelikten kaçan köleler lehine doğru kararlara varacak kadar nefret eden hâkimlerin başarısızlığının hukuk ilminin başarısızlığına bağlanabileceğini söyledim. Görünüşe bakılırsa, Greenawalt karşı

32) Greenawalt makalesinde hâkimlerin kanunları yorumlarken politika argümanları kullanmaları gerektiğini öne sürüyor. Benim aynı anlamdaki argümanımdan habersiz görünüyor.

33) 379 U.S. (1965), Greenawalt’ta tartışıldı, 1049.

34) Bkz. Dworkin, “The Law of the slave Catchers” [R. Cover’in *Justice Accused* (1975) adlı kitabının eleştirisi], *Times Literary Supplement*, 5 Aralık 1975, s. 1437.

35) Bkz. Greenawalt, 1050.

çıkıyor, ancak bu, bu bağlamda önemli değil çünkü genellikle hukuk ilminin döndüğü yasal ve ahlaki haklar arasında mevcut gerçek çatışmaların olduğu gerçekçi durumların, eğer Amerika'da değilse o zaman Nazi Almanyası'nda ve şu günümüzde Güney Afrika'da bulunabileceğini reddetmek istemiyorum.

Bence yasal haklar kurumsal haklardır ve bunlar siyasal kararlar için önemli ve normal olarak çok güçlü nedenler sağlayan gerçek haklardır. Arka plan ahlaki haklar, tanımlamaya çalıştığım şekillerde, standart malzemeler kesin olmayan kılavuzluk sağladığında insanların hangi yasal haklara sahip oldukları hesaplamasına girerler ve bazı pozitivistlerin yasal haklar ve ahlaki hakların kavramsal olarak ayrı oldukları tezi bu nedenle yanlıştır. Ancak, elbette kurumsal hakkın bir kanun gibi belirlenmiş yasal malzemelerle açıkça karara bağlandığı ve arka plan ahlaki haklarla açıkça çatıştığı durumlar vardır. Bu durumlarda ahlaki olarak doğru olan şeyi yapmaya çalışan hâkim tanıdık bir tür çatışmayla karşılaşır: Kurumsal hak, önemi genel adalet ya da bütün olarak sistemin tuhafılığıyla değişecek gerçek bir neden ya da tek yönlü bir karar sağlar, ancak belli ahlak gözden geçirmeleri buna karşı önemli bir neden sunar. Eğer hâkim arka plan ahlaki haklar tarafından sağlanan nedenlerin bu hakları desteklemek için ne yapması gerekiyorsa yapmasını gerektirecek bir ahlaki görevi olacak kadar güçlü olduğuna karar verirse, o zaman yalan söylemesi gerekebilir, çünkü eğer resmi rolünde yasal hakların kendisinin olduklarına inandığından farklı olduğunu söylediği anlaşılmazsa hiç yardımcı olamaz. Elbette, genellikle çok az yardımcı olacak olan, istifa ederek ya da görevinde kalıp ve bütün olumsuzluklara rağmen ahlaki gerekçelere dayalı uygulamasının bir yalanın sahip olacağı etkinin aynısına sahip olacağını umut ederek yalan söylemekten sakınabilir.

Bununla beraber, bu yalanı, böyle bir durumda yasal hakların aslında sadece ahlakın talep ettikleri olduğunu söyleyerek bir hukuk ilmi sorunu yapmanın akıllıca olmayacağı konusunda Profesör Hart'a³⁶ katılıyorum. Burada yasal ve ahlaki hakların çatıştığı böyle bir durumda yeterli tanımlamayla yeterince iyi gittiğimizi düşünüyorum. Bu tanımlamayı dava kolaydansa zor bir dava olduğunda bırakıp gitme gereği yoktur. Eğer kurumsal yasal hak, ahlakın zor bir davada doğru cevap üzerinde sahip olduğu etkiye rağmen ahlakla çatışıyorsa, o zaman hukuk ilmi, hâkime hem yapması

36) Bkz. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958).

gereken zor ahlaki kararı hem de söylemeye zorlanabileceği yalanı bırakarak, çatışmayı doğru rapor etmelidir.

Greenawalt'ın bunun herhangi birine katılmama niyetinde olup olmadığı ya da karşıt olarak ne kadar şey söylediğini düşündüğü hakkında emin değilim. Yasal ve ahlaki hakların çatıştığı bir durumda yasal hak lehine karar vermenin hâkimin *yasal* görevi olduğunu varsaymanın yanlış olacağını söylüyor.³⁷ Burada ne ayrımı yapmak istiyor? Böyle bir durumda bir hâkimin karşılaşacağı ahlaki çatışmayı, yasal haklar lehine karar verecek, 'yasal' görevini, yasal hakları göz ardı etmesini talep edebilecek, 'ahlaki' ya da 'genel' ya da 'son' görevinden ayırt ederek tanımlamak isteyebiliriz. Bununla beraber, bu Greenawalt'ın niyetlendiği ayrım değildir çünkü hâkimin yasal hakları uygulamak için hiçbir yasal görevi olmayabileceğini söyler. Belki de 'yasal' görevi, genel ya da son görevi kastetmek için kullanıyordu; bu kullanımın yanlış yönlendireceği muhtemel olsa da, bu durumda benimle uyumsuzluk etmez. Ya da, belki de bu şekilde düzgünce anlaşıldığında yasal ve ahlaki hakların asla çatışamayacağına inananların tarafına katılmayı istiyordu. Ancak o zaman, tam da bu durumlarda çatıştıkları, kendi varsayımına ters düşer.

D. *Takdir*

Bu fırsatı Greenawalt'ın, tartıştığım makalede değil ancak birkaç yıl önce yayımlanan bir eserimdeki uzun bir makalede yaptığı bir argümanı tartışmak için kullanacağım.³⁸ İkinci bölümde 'takdirin' üç anlamını ayırt ediyorum ve 'güçlü' bir anlamı tanımlıyorum. Hâkimlerin yalnızca hiçbir tarafın bir karara hakkı olmadığına, bu güçlü anlamda, bir takdiri var. Birkaç Bölüm, hâkimlerin tipik olarak sıradan sivil davalarda hak taleplerine –bu talepler ne kadar çatışmalı olursa olsun– karar verirken, bu güçlü anlamda, hiçbir takdiri olmadığını öne sürer. Greenawalt'ın makalesi oluşturduğum çeşitli felsefi argümanlar çevresinde bir kestirme yol öne sürer. Eğer 'takdirinin' 'sıradan konuşma' kullanımına ya da belli bağlamlarda çoğuna neyi 'iyi anlam' yaptığına kulak verirse, o zaman hâkimlerin zor bir davada tipik olarak takdirinin olmadığı fikrinin 'yalnızca yanlış' olduğunu göreceğiz.

37) Bkz. Greenawalt, 1051.

38) Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", 75 *Colum. L. Rev.* 359 (1975).

Burada Greenawalt'ın argümanının iki önemli paragrafı var. "Sıradan söylemde takdiri eğer kararı veren kişinin sorumlu olduğu kişilerce düzgün olduğu düşünülecek birden fazla karar varsa mevcuttur ve ne her ne olursa olsun harici standartların uygulanabilir olacağı ya karar veren tarafından keşfedilemez ya da karar verilmesi gereken soruya açık cevaplar veremez. Eğer sıradan söylem hakkında doğruysam yasal durumlarda hâkimlerin sorumluluklarını tanımlarken 'takdirini' terimini farklı kullanmam için hiçbir iyi neden yoktur." "Yetkili standartlar açık cevaplar vermediğinde, bir hâkimin karar vermek için tartışılmaya müsait kişisel değerlendirmelere dayanması gerektiğinde ve birden fazla neden adli sorumluluklarının tatmin edici şekilde yerine getirilmesi olarak görüldüğünde, o zaman hâkimin birindense diğer karara varma görevi olduğunu söylemek akla yatkın olmaz; hukuku ilgilendirdiği kadarıyla onlar arasında karar verme takdiri vardır."

(Aynı şeyi söylemenin farklı yolları olarak aldığım) bu iki beyanat önemli bir belirsizliği barındırır. 'Yetkili' ya da 'harici' standartların, hâkimin 'tartışmalı olabilecek kişisel değerlendirmelere' dayanmasını gerektirecek, 'hiçbir açık cevap' vermediği bir durum varsayın. (Sanırım bu burada sadece, 'benim sözlüğümde', zor bir dava olduğu anlamına geliyor.) Bir hâkim, bu beyanlara göre, eğer birden fazla kararın her biri adli sorumlulukların çokça 'uygun' ya da 'memnun edici bir tatmini' olarak düşünülebilirse her iki şekilde de karar vermeye takdiri olacak. Belirsizlik 'uygun' ve 'memnun edici bir tatmin' ifadelerinde yatıyor. Bunlar iki kararın eşit olarak sağlam ya da yalnızca *her ikisinin de saygıdeğer* olarak, yani kabiliyetli, sorumlu ve dürüst bir hâkimin verebileceği her iki kararın, ele alınabileceğini mi gerektirir? Ahlaki pratik bu iki fikri ayırt eder. Et yiyen insanların hayvan haklarını ihlal ettiğine (çoşkulu olarak bile) inanan birisi bu görüş lehine herhangi bir dürüst insanı kaçınılmaz olarak ikna edecek hiçbir argümanı olmadığını kabul edebilir ve bu nedenle onun argümanlarına yeterli ilgiyle konu üzerinde düşünen, ancak hâlâ ikna olmayan ve et yemeye devam eden bir kişi yaptığı diğerlerinin haklarını ihlal etse de sorumlu olarak davranıyor.

Bu ayırım yasal eleştiride özellikle önemlidir. Yüksek Mahkeme'nin (diyelim ki) *Rodruiguiz* davasında yanlış karara vardığını düşünebilirim ve yine de hâkimlerin vardığı kararın sorumsuz davrandıklarını söylemenin adil olacağı kadar çok açıkça hatalı ya da karar varma yollarının çok açıkça uygun olmadığını reddetmeyi dileyebilirim. Davacı sınıfın, bence, kazanmak için yasal bir hakkı olsa da onlara karşı alınan kararın yine de,

bu anlamda, Mahkeme'nin varmasının uygun olacağı kararlar grubu arasında olduğunu söyleyebilirim. Bu ayırım –ve vatandaşların bunu yapabilme yeteneği– kararların çatışmalı olması gerektiğinde hukuk için saygıyı muhafaza etmekte büyük pratik önemi vardır.

Öyleyse Greenawalt'ın 'takdirinin' sıradan kullanımı hakkındaki kuramının iki yorumu ve neyi söylemenin iyi anlamı olacağı arasında bir seçim yapmalıyız. (1) Güçlü takdiri eğer hiçbir tarafın kazanmaya hakkı olmadığı yaygın olarak düşünülüyorsa, yani her iki karar da tarafların hakları bakımından eşit olarak doğruysa, mevcuttur. (2) Güçlü takdiri eğer birden fazla karar tarafların hakları hakkında doğru kararı vermek için dürüst ve sorumlu bir çabanın sonucu olabilecekse mevcuttur.

Yorum (2) takdirinin birinci 'zayıf' anlamı dediğim şeyin kabul edilebilir bir anlatımı oluyor. (Bir hâkimin, "eğer görevi mantıklı insanların farklı şekillerde yorumlayabileceği standartlarla tanımlanıyorsa", zayıf anlamda takdire sahip olduğunu söyledim.) Ancak yorum (2) takdirinin güçlü anlamının anlatımı olarak tutarlı değil. Çünkü bir kişiye her şey gözden geçirildiğinde taraflardan birinin aradığı karara hakkı olsa bile hâkimin takdiri olduğunu söyleme serbestliğini verir. (2)'nin bir savunucusunun bu itirazı (2)'nin de aynı zamanda bir karara hakkı olmanın 'sıradan söylem' anlatımı olduğunu ileri sürerek karşılık vermeye çalışır. Bu anlatımda bir tarafın bir karara yalnızca her iki kararın da saygıdeğer görüleceği yanlış olduğunda hakkı vardır. (Greenawalt "Bununla beraber, çok zor davalarda her iki davacının da istediği sonuca 'hakkı yoktur' dediğinde bu genişlemeyi ima ediyor." (Orijinal metinde) 'hakkı olma'nın etrafındaki tırnak işaretleri sıradan bir dil çalışmasının yapılmakta olduğunu ima ediyor.) Bu sadece sorunu artırır çünkü az önce tanımlanan ayırımı yapmak isteyen ve *Rodriguez*'deki dilekçecilerin, her şey gözden geçirildiğinde, karar kesinlikle sorumsuz olmasa da kazanmaya hakları olduğunu söyleyen avukatlar şimdi bu ayırımı kendileriyle ters düşmeden yapamazlar.

Böylece yorum (1)'de karar kılmalıyız. Takdiri eğer çoğu avukat, her bir karar eşit olarak doğru olsun diye, her iki tarafın da kazanmaya hakkı olmadığına inanırsa mevcuttur. Bu elbette orijinal beyanların üçüncü yorumuyla aynı değildir: (3) Takdiri eğer birden fazla karar bir grup tarafından doğru olarak düşünülürse, yani eğer iki kararın her birinin avukatlar arasında büyük bir desteği varsa, mevcuttur. Bu durum, sanırım zor davalarda işe yarayacak. Ancak bir kişi (3)'ü 'takdiri'nin 'sıradan söylemi'nin anlatımı olarak önerirse, o zaman her avukatın böyle bir durumda söylemeyi dileyeceği şeyi tutarsız hale getirirdi. Her biri, avukatların geniş bir

topluluğunun tersine inandığı gerçeğine rağmen, bir tarafın kazanmaya hakkı olduğunu ve hâkimin bu tarafa karşı bir karar verme takdiri olmadığını söylemeyi diliyor.

Eğer (1) takdirinin doğru anlatımı olsaydı, o zaman (takdirinin yasal haklar hakkında sorulara karar verirken gerçekten var olduğuna inanarak) ‘sadece yanlış’ olup olmadığı bu tür durumlarda avukatların her iki tarafın da kazanmaya hakkı olmadığına aynı fikirde olup olmadığı gerçek sorusuna dayanırdı. Hatalı olsam da belirgin biçimde aynı fikirde olmadıklarına eminim. Bununla beraber, önemli değil çünkü (1) takdirinin doğru bir anlatımı olamaz. Bir hâkimin takdirene sahip olduğu yaygın *inancryla* takdirene sahip olduğu gerçeği arasındaki doğal ayrımı yapmakta başarısız olur. Tam tersine, gerçeği inancın popüleritesinde kapsanmasını sağlar. Ancak gerçeğin varlığının gerçeğin böyle olduğu inancına dayandığı herhangi bir kuramda ünlü zorluklar vardır. Bu anlatımda birisinin hâkimlerin takdiri olduğuna inandığında inandığı şey nedir? Diğerlerinin iki tarafın da kazanmaya hakkı olmadığına inandığına inanır. Ancak bu her birinin diğerlerinin her iki tarafın da kazanmaya hakkı olmadığına inandığına inandığı anlamına gelir ve böyle sürer gider. Bu sade mantıksal zorluklardan çok ayrı olarak yorum (1) günlük kullanıma karşı işler. Çünkü bir avukatın iki karardan her birinin eşit olarak doğru ve bu nedenle hâkimin, hiç kimsenin (belki de kötü hüküm verme kuramlarının kurbanları olduklarından) aynı fikirde olmadığını bildiğinde bile, takdirinin olduğunu söylemesi oldukça mantıklıdır. Ancak Greenawalt’ın (yorum (1) olarak anlaşılan) tezinde bu avukat hatalı ve gerçekten de saçmalıyor olmalı.

Böylelikle biraz onarma gerekli. Ancak yalnızca bir onarma yetecek. Tez, her iki tarafın da sorunda bir karara hakları olmadığından, eğer iki karar (sadece öyle olduklarına inanılıyor değil) eşit olarak doğruysa takdirinin mevcut olduğu tezi olsun diye, yaygın olarak inanılana yapılan göndermeyi bırakmalıyız. Bu tezi doğrudan garanti ediyorum. Bu sadece takdirinin güçlü anlamı olarak aldığım şeye başlamanın bir yolu. Ancak hiç kimse, daha fazla tartışma olmadan, hâkimlerin zor davalarda hiç takdiri olmadığını sadece yanlış olduğunu devam ettirmek için bu teze güvenemez. Bu iddia ya *a priori* her iki tarafın da zor bir davada kazanmaya hakkı olamayacağını gösteren felsefi argümanlarla, ya da dava-dava içeriden her iki tarafın lehine olan argümanların diğerlerinin lehine olan argümanlardan daha güçlü olmadığını gösteren yasal argümanlarla desteklenmeli. Bu tür argümanların olasılığını 13. Bölüm’de ve “Doğru Cevap Yoktur?”da tartıştım. Bildiğim kadarıyla Greenawalt hiç yapmadı.

3. MUNZER VE DOĞRU CEVAP YOKTUR

A. Doğru cevap yok mu?

Mantıklı insanlar hukukun bir konusu hakkında anlaşılmadıklarında ve eğer fiziksel gerçekler ve ruhsal durumlar hakkındaki gerçekler bilinseydi anlaşmazlığı çözecek bir testte anlaşılmadıklarında anlaşmazlıkları gerçek olabilir mi? Ya da daha doğrusu, tartışmalı soruya doğru cevap olmadığını mı söylemeliyiz? Sonraki görüş akademik avukatlar arasında popüler ve modern hukuk ilminin çoğunda varsayılır. Tanıdığım hiçbir felsefeci sorunun avukatların düşünür görüldüğü gibi apaçık olduğunu düşünmese de felsefede de destekçileri var. Konunun karmaşıklığını ve aynı zamanda hukukta doğru cevap yoktur tezi lehine hiçbir iyi argüman yapılmadığını göstermeye çalışan bir makale³⁹ ve bu kitabın 13. Bölümü'nü yazdım. Önceki görüşte avukatların iddialarının iki versiyonunu ayırt etmekte başarısız olduklarını ileri sürmüştüm. Birinci versiyonda davacının bir karara hakkı olup olmadığını ya da diğer taraftan davalının kazanmaya hakkı olup olmadığını tartışan iki avukatın her ikisi de hatalı olabilir, çünkü doğru cevap iki tarafın da kazanmaya hakkı olmadığıdır. İkinci versiyonda her iki avukat da doğru değildir ancak ikisi yanlış da değildir; bazı nedenlerden dolayı her birinin söylediği ne doğru ne de yanlıştır.

Tezin ikinci versiyonunun bazen katılımcıların, örneğin David Copperfield'in gerçekten annesini sevip sevmediği ya da A grubu kana sahip olup olmadığı hakkında tartışabileceklerinin düşünülebileceği bir girişimin örneği olarak edebi bir egzersizi verdim. 13. Bölüm'de, ikinci versiyon anlamında, bazı konuların doğru cevabı olmadığı yargısına varılabileceği iki farklı bakış açısı arasında daha ileri bir ayrım önerdim. Yargıya 'doğru cevap yoktur' cevabını diğer olası cevaplarla çekişmeli ancak her şey gözden geçirildiğinde diğerlerine karşı tercih edilmesi gereken bir cevap olarak gören içsel bir yargı olarak varılabilir. Bir edebiyat eleştirmeninin, diğer eleştirmenlerin çoğunun katılmadığı gerçeğine rağmen, David'in annesinden gerçekten nefret ettiğine inansa da, aynı zamanda hikâyedeki hiçbir şey buna her iki durumda da yaklaşmadığından, David'in A grubu kana sahip olup olmadığı sorusunun doğru bir cevabı olmadığına da inandığını varsayın. Sonraki yargıda standartlarını onları anladığı şek-

39) Bkz. P. Hacker ve J. Raz (yay. haz.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, (s. 58 vd.) içinde Dworkin, "No Right Answer?", *New York University Law Review*'da genişletilerek yeniden basıldı.

liyle uygulayan girişimin içinden bir katılımcı olarak doğru cevap yoktur kararına varıyor. Ancak bir felsefecinin kurgusal bir karakter hakkındaki hiçbir önermenin, gelenek ya da diğer bir çeşit anlaşma nedeni haricinde, ne doğru ne de yanlış olabileceğini söylediğini ve bu nedenle, David'in annesinden gerçekten nefret ettiği gibi, eleştirmenlerin hakkında anlaşamadıkları hiçbir beyan ne doğru ne de yanlış olabilir. En azından girişimin dışında olan bir görüşü benimsemeye niyetleniyor; David'in annesiyle ilgili soruya doğru bir cevap olmadığı yargısını diğer iki muhtemel yargıyla rekabet eden ve diğer yargıların tedarik etmelerini yaptırmaya çalışan argümanlar gibi aynı tür argümanlardan destek talep ediyor olarak görmüyor. Belirttiği nokta kurgusal bir karakter hakkında herhangi bir önerme lehine bu tür bir argüman sağlama çabasının felsefi nedenlerden dolayı yanlış oluşturulmuş olduğudur, çünkü bu tür bir önermenin doğruluğu ya da yanlışlığı sadece anlamaya dayanabilir.

Argümanlarım kanun için doğru cevap yoktur tezinin herhangi bir mantıklı versiyonunun bu harici eleştirel duruşuna değil, daha çok edebi eleştirmenin David hakkında yaptıkları gibi içsel yargılara dayalı olmalıdır. Bu doğru cevap yoktur tezinin, belli durumlarda değerine göre doğru cevap yoktur tezinin rakiplerinden daha iyi bir cevap olduğunu ileri süren, belli yasal konular hakkında olduğu anlamına gelir. Elbette herhangi bir genel hüküm verme kuramı bazen doğru cevap olabileceği ihtimalini açık etse de, doğru cevap yoktur tezinin gelişmiş bir yasal sistemde zar zor doğru cevap olacağını düşünmek için nedenler verdim.

Bu konuların oldukça karmaşık olduğunu tekrarlamalıyım. Bu özetin özetledikleri makalelerin argümanlarının yerine geçmesini amaçlamıyorum ve bu makalelerin dil felsefesinde zor ve çekişmeli konuların sadece yüzeyini kazıdıklarının farkındayım. Konu hakkında yazdığımdan daha çok yazmam gerekecek. Ancak bu makalelerde yaptığım argümanların doğru cevap yoktur tezi lehine bir argümanın çok basit olduğunu göstermesi amaçlanmıştı. Hiç kimse henüz mantıklı insanların bir önerme üzerinde anlaşamadıkları ve ileri bir keşfi kesin yapacak bir test üzerinde anlaşamadıkları gerçeğinden doğduğunu, önermenin yalnızca bu nedenle ne doğru ne de yanlış olmadığını göstermedi. Profesör Munzer şimdi cevap veriyor. Haklı olamayacağımı söylüyor çünkü verdiğim örneklerde mantıklı insanlar anlaşamıyor ve ileri bir keşfi kesin hale getirecek bir test üzerinde bile anlaşamazlar.⁴⁰

40) Bkz. Munzer, "Right Answers, Pre-existing Rights and Fairness", 11, *Ga. L. Rev.* 1055, 1060 (1977).

Onunla tartışmaya en iyi nasıl devam edeceğimi bilmediğimi itiraf ediyorum. Keşke, bize ya tezin hangi versiyonunu sürdürmeye karar verdiğini ya da, eğer düşündüğü buysa, neden önerdiğim ayrımların yardımcı olmadığını söyleyerek, önerdiğim ayrımları dikkate almış olsaydı. Keşke ilke olarak anlaşmazlığın hiçbir gerçek değeri olmadığı basit iddiasına karşı yaptığım argümanları dikkate almış olsaydı. Konuların durduğu şekliyle, sadece çoktan yaptığım argümanların Munzer'ın sözleriyle karşı çıkılmaktansa nasıl örneklendirildiğini gösterebilirim.

Munzer hukuk ve edebi eleştiri arasındaki benzerliği, en azından yaptığı argüman tarafından varsayılan derecede, kabul ettiğinden doğru cevap yoktur tezinin ikinci versiyonunu savunmayı ve onu içsel bakış açısından savunmayı amaçlayabilir. Örneğin, Maggie Verver'in Charlotte ve Prens arasındaki yeni ilişkiyi bilip bilmediği sorusunu tartışır ve şunu der:

Edebi eleştirmenler konunun her iki tarafında da sağlam kanıtlar düzenleyebilir. (...) Edebiyat eserleri hakkında ortaya atılan bu sorulara ya da diğer binlercesine doğru cevap olmadığı oldukça muhtemeldir. (...) Orada önerme ya da önermenin olumsuzlanması olduğu karşılaştırılabilir akla yatkınlığının alternatif kurgusal olası dünyaları olduğunu söyleyebiliriz.⁴¹

'Sağlam' ve 'karşılaştırılabilir' sözcükleri burada sorun yaratıyor. (Romanı okumuş ve soru hakkında düşünmüş olan) Munzer'ın kendisi kanıtın yalnızca her iki tarafta da sağlam olmakla kalmayıp, her şey gözden geçirildiğinde tasarladığı iki olası dünya yalnızca 'karşılaştırılabilir' değil ancak aynı zamanda 'eşit olarak' akla yatkın olsun diye, aynı zamanda eşit güçte olduğunu mu düşünüyor? 'Eşit güç' ve 'eşit akla yatkınlıkla' nicel bir tartışma üzerindeki aynı nümerik noktayı değil, sadece her iki taraftaki durumların herhangi birini tercih etmek için bir nedenin olmayacağı kadar iyi dengelendiğini kastediyorum ki, bu elbette her iki tarafın 'karşılaştırılabilir' akla yatkınlıkta olduğundan daha güçlü bir iddia. Eğer öyleyse, o zaman Munzer, her biri, bir ya da diğer taraftaki durumun daha güçlü olduğunu varsayan, elbette kendi aralarında hangisinin olduğu konusunda anlaşmazlığı olan alıntı yaptığı bütün edebi eleştirmenlere karşı çıkar. Doğru olabilir – romanın her okuru kendi fikrini kendisi verecek ve bazıları diğer eleştirmen grubunda olmaktansa Munzer'la aynı fikirde olabilir. Ancak popüler olmamak bir pozisyonun yanlış olduğuna bir kanıtsa, bu kanıttan en çok sıkıntı çeken, ona karşı olarak birleşen iki eleştiri grubu değil, Munzer'dır.

(Munzer'ın dediği gibi, her eleştirmenin sadece tutarlılık yargılarına değil ancak edebi eleştirinin bahsettiği tartışmalı kriterlerine dayanıyor olması hiçbir fark yaratmaz. Tahminen Munzer her iki tarafın argümanlarının sağlam ve karşılaştırılabilir olduğunu –açıkça, aptalca olan edebi bir kurama dayanan bir argüman sağlam olmazdı– söylediğinde, bu kriterlerin seçimini ve uygulamasını kastediyor ve hâlâ, bu düşünceler hesaba katıldığında, her iki tarafın argümanlarının eşit güçte olup olmadığını sorabiliriz.)

Munzer'ın argümanların eşit güce sahip olduklarını düşünmediğini varsayın. Eğer edebi bir eleştirmen olsaydı, diğer taraftaki argümanların 'sağlam' olduğunu kabul etse de, Maggie'nin bildiği fikrinde olan tarafa katılırdı. (Eğer zor bir davadaki bir hâkim olsaydı, savunmanın davasını önemsiz olarak reddetmese de, davacının daha iyi bir ilke argümana sahip olduğuna karar verirdi.) Şimdi, içsel bakış açısından, hangi tarafın davasının daha iyi olduğu sorusuna doğru bir cevap olmadığını söyleyemez, çünkü aslında bir tarafın daha iyi olduğunu düşünüyor. Şimdi içsel değil de dışsal bakış açısında ısrar etmek istediğini söyleyebilir mi? Argümanlar, pek eşit olmasa da, karşılaştırılabilir güçte olduğunda, o zaman, bir gerçeklik kuramı sorunu ya da diğer bir felsefi düşünce olarak, destekledikleri önermeler ne doğru ne de yanlış olabilir. Ancak o zaman şunları da içeren bazı zor sorulara cevap vermelidir: Kurgusal karakterler hakkındaki önermeler (ya da hukuk önermeleri) hiç doğru ya da yanlış olabilir mi? Eğer olurlarsa doğrulukları ve yanlışlıkları nerede meydana gelir? Eğer mevcutsa anlaşma gerçeğinde midir ya da önerme ya da önermenin olumsuzlamasının mantıksal olarak üzerinde anlaşılmış daha soyut bir önermeden doğduğu gerçeğinde midir? Bu gerçeklik kuramlarından herhangi biri, bir yargıya vardıklarında doğrudan ya da dolaylı olarak anlaşma gerçeğini rapor veya tahmin ettiklerini düşünmeyen, avukatlar ve edebi eleştirmenlerin uygulamasıyla uygun kılınabilir mi? Munzer'ın kendisi bir katılımcı olarak bir tarafın ya da diğerinin, çok az da olsa, daha iyi bir argümanı olduğunu söylediğinde (ya da herhangi bir durumda buna inandığında) neyi kastediyor olabilir? Bir eleştirmen olarak söylediği ve bir katılımcı olarak inandığı şey arasındaki açık çekişmeyi nasıl çözebiliriz? Bu sorulara cevap olarak hiçbir şeyin verilemeyeceğini kastetmiyorum; aslında birçok felsefeci, sanırım, varsayıklardan daha az test edici olduklarını düşünüyor. Eğer, onları dışsal bakış açısıyla oluşturulmuş olarak alarak, argümanlarını incelemeye devam edeceksek, Munzer'ın ne tür cevaplar vereceğini bilmemiz gerekiyor.

Doğru cevap yoktur tezi lehine argümanının sonunda Munzer, benim açığa çıkarıcı ve önemli olduğunu düşündüğüm bir beyanda bulunur. Benim

ayrıcılığı dediği “bazı davaların eşsiz doğru sonuçları olamayacağını mantıksal olarak mümkün olduğunu” fark eder.⁴² Eğer benim bazı davalar da her iki tarafın lehine argümanların eşit güçte olması gerektiğinin ‘mantıksal olarak mümkün’ olduğuna inandığımı kastediyorsa, o zaman, bunu pek de ayrıcalık olarak adlandıramasam da, haklıdır. Ancak sonra şunu ekler: “Dworkin’in [bu tür çok az davanın muhtemel olabileceği] durumunun mantıklı avukatlar arasında birkaç anlaşmazlığın varlığıyla uygun olduğu şüphesizdir. Ancak çok sayıda önemli karşıtlık zor davlarda doğru cevapların sıklıkla eksik olduğu önermesi için güçlü bir ampirik kanıttır.”⁴³

‘Ampirik’ sözcüğünü kullanımı, benim, burada dışsaldansa daha çok içsel bakış açısından konuştuğu yönündeki varsayımı güçlendirir. Ancak içsel bakış açısı bakımından, hukuk önermeleri hakkında inatçı ve hararetli bir çekişme ‘Dworkin’in pozisyonu’na karşı pek de güçlü bir kanıt değildir. Görünüşe bakılırsa Munzer, eğer iki avukat samimi olarak anlaşılmazsa ve hiçbirini diğerini ikna edemezse bunun her ikisinin de hatalı olduğu gerçeğine bir kanıt olduğunu varsayar, çünkü o zaman her iki taraf da marjinal olarak bile daha iyi bir davaya sahip olamaz. Ancak Munzer’in kendisi, tahminen, *her iki* avukatı da *bu* avukatın hatalı olduğuna ikna etmekte sorun yaşırdı ve Munzer ve kendisi arasındaki tartışma inatçı ve muhtemelen hararetli olurdu. Bundan, Munzer’in varsayımında, Munzer’in *üçüncü* görüşünde de hatalı olduğu mu çıkar? Bu onu tamamen hiçbir şeyle bırakırdı.⁴⁴

B. Önemli midir?

Bununla beraber, Munzer’in neden yasal soruların, benim makalemin gerekli olduğunu önerdiği kadar özenle, doğru cevaplarının olup olmayacağı sorusunu incelememiş olmasının bir nedeni vardır. Makalesinin ikinci bölümünde açıkladığı gibi, sorunun pratik bir önemi olmadığını düşünüyor. Bu anlamdaki argümanı, “hiçbir pratik çıkarın eğer önceden var olduğunu belirlemek ilke olarak mümkün olmazsa önceden var olan bir hak olarak sınıflandırılmasına yüklenemeyeceği alçakgönüllü varsayım (...) dayanır”⁴⁵ ve ‘belirlemek’ hiçbir mantıklı avukatın bu gösterime

42) A.g.e., 1959.

43) A.g.e., 1959-60.

44) Eğereleştiri, gerçek hakkında felsefi bir kurama dayanarak, dışsal olarak amaçlanmışsa, o zaman büyük sayıda çözümlenemeyen çatışmalar ‘doğru cevapların zor davalarda sıklıkla eksik olduğu’na bir kanıt olmazdı, ancak gerçeğin kendisi olurdu.

45) Munzer, a.g.e., 1063.

karşı koyamayacağı şekilde göstermek demektir. Son bölümde tartıştığımız ihmal davaları gibi zor davalarda davacının gördüğü zarar karşısında tazminata –mantıklı avukatlar hakkı olup olmadığı konusunda tartışmalar bile– yasal bir hakkı olduğunu ancak bu durumda hakkı olduğu gerçeğinin hiçbir pratik önemi olmayacağını, *arguendo*, kabul ediyor. Cevap olarak bu sonuç, herhangi bir karar açıklanmadan önce bir hakkın var olduğunu söylemeye yüklenen tek çıkarın eğer önceden var olan yasal bir hak varsa, o zaman savunmaya onu çığnememe uyarısının verildiği, şaşırtıcı bir varsayımda yatar. Bu, davacının tazminat almaya yasal bir hakkı olup olmadığı sorusundaki tek ilimiz olduğundan, eğer mevcutsa, hak davacının savunmanın ona sahip olduğunu bilmemesinin affedileceği kadar tartışmalıysa soru bütün ilgiyi kaybeder.

Bu argüman haklar hakkındaki bir argümanın neyle ilgili olduğunu yanlış kavrar. Eğer bir kişinin herhangi bir çeşit siyasal karara hakkı varsa bu kendi içinde ona tazminat verilmesine hükmeden adli bir karar lehine güçlü ve normal olarak kesin bir karardır. Bir kişinin bir karara hakkı olması ve bu karar lehine bir neden olması arasındaki bağlantı ihtimale bağlı değil ancak kavramsaldır. Bir karar kavramına ait olarak, eğer birinin bir hakkı varsa o zaman diğerlerinin ona açıkça belirtilenden başka –en azından bunu yapmak için güçlü bir karşıt neden mevcut değilse– davranmasının yanlış olduğu fikrini içermeyen bir kararın ne olduğuyla ilgili hiçbir makul tanım verilemez. Bir hakkın ne olduğuyla ilgili herhangi bir diğer tanımlı –bir kişinin bir şeye hakkı olup olmamasının bir soru ve bu hakka sahip olmasının herhangi birinin ona farklı davranmasını gerektirip gerektirmediğinin başka bir soru olduğunu varsayarak– hakları somutlaştırma hatasını yapar.

Elbette bir kişinin belli bir hakkı olup olmadığı sorusu karmaşık olabilir ve her cevap tartışmalı olabilir. Ancak hangi siyasal kararın doğru olduğu sorusu birinin bu karara hakkı olup olmadığı sorusundan *bağımsız* bir soru değildir. Eğer sonraki soru tartışmalıysa, o zaman önceki soru da tam da bu nedenden dolayı tartışmalı olmalıdır; eğer bir kişi ihmal davasındaki davacının, diğerleri karşı çıksa bile tazminata hakkı olduğuna inanıyorsa, o zaman, diğerleri buna da karşı çıkacak olsalar bile, aynı zamanda davacı lehine en güçlü argümanın var olduğuna da inanmalıdır. Eğer bu iki inancı, *arguendo* olarak bile davacının yasal bir hakkı olduğunu ancak bir mahkemenin ne yapması gerektiği hakkında hiçbir şeyin izlemediğini varsayarak ayırmaya çalışırsa, o zaman söylediği şey bütünlüklü değildir. Hiçbir pratik çıkarın davacının zor bir davada bir hakkı olup olmadığı

sorusuna yüklenemeyeceği iddiası hususunda bu kadar yeter. Bu soruya pratik çıkar dışında hiçbir şey yüklenmez.

Çok yetenekli bir yasal felsefeci burada nasıl bu kadar hata yapabilir? Belli bir adli kararın adil olup olmadığına karar verirken sıklıkla rol oynayan fark etme sorununu hakkaniyet sorununun kendisiyle karıştırdı. Yasal haklar hakkında bir argüman, zor bir davada bile, hakkaniyetle alakalı bir şey hakkında bir argümandır; eğer mahkeme davacının bir hakkı olduğuna inanıyorsa, o zaman şaşkınlık sorunu da dahil her şey gözden geçirildiğinde, davacıya karşı bir kararın en azından *prima facie* adil olmayacağına inanır. Elbette haklar sorunu ve bu nedenle hakkaniyet sorunu tartışmalı olabilir. Ancak mahkeme kararlar vazifelendirilmişse, her şey gözden geçirildiğinde mahkemenin neyi yapmanın adil olduğu hakkındaki görüşü pratik bir sorun olarak davayı reddetmelidir. Munzer'ın mevcut argümanını tahmin ederek *Zor Davalar*'da bu konuyu ele aldım ve orada söylediğimi burada tekrar etmeyeceğim. Ancak, ahlaki yerine adli bir bağlama konduğunda Munzer'ın argümanının ne kadar absürd görüneceğini görmek faydalı olabilir. Dikkatsizliğimle mülkünüz zarar verdiğimi ve şimdi verdiğim zararı düzeltmem gerektiğini varsayın. Sorunu tartışıyoruz ve şimdi sizin iki konuda da haklı olduğunuza katılıyorum, ancak bunun pratik bir önemi olmadığını sadece akademik bir çıkarı olduğunu söylüyorum, çünkü sizin hakkınız ve benim –şimdi kabul ettiğim– görevim, eyleme geçtiğimde onları tanımadığım için suçlanmayayım diye tartışmalıdır. Kafam karıştı. Söylediğim şey, yaptığım gibi davranmaktan suçlanmamam ya da bunun için tuhaf olduğumun düşünülmemesi gerektiğini yerleştirebilir. Ancak bunun yaptığının yanlış olmadığını ya da sizin benim kaybınızı karşılamama hakkınızın olmadığını gösterdiğini söylememeliyim, çünkü argümanlarınızı kabul ederken tam da bunu kabul ettim.

Munzer'ın hatasının bu açıklaması sadece aynı bulmacayı farklı bir seviyede ortaya atar. Munzer, ahlaki haklar hakkında tahminen aynı hatayı yapmazken, yasal haklar kuramında çatışmalı olmak sorunu ile hakkaniyet sorununu neden karıştırmış olsun ki? Sanırım cevap yasal hakların ne olduğuyla ilgili daha genel ve daha popüler hatada yatıyor. Kolay davalarda yasal haklar kamunun ulaşabileceği ve kamunun tutabileceği avukatların daha da kolay ulaşabileceği kitaplarda anlatılabilir. İki sonuç çıkarmak ölümcül şekilde cezp edicidir. Birincisi, yasal hakların adli kararlar için, kitaplardan geldikleri için yani onları yaratan önermeler doğumlarının uyarısını verdiğinden, gerekçeler sağladıklarıdır. İkincisi, zor bir davada eğer davacının gerçekten de ısrar ettiğine hakkı varsa, o zaman bu hak

kamunun ulaşabileceği kitaplardaki önermelerden çıkarılamayacağından ne kamunun, ne avukatların ne de hâkimlerin ulaşamayacağı bazı gizli kitaplarda yazan önermelerden çıkarılabilir olduğu yönündeki daha ileri bir sonuçtur. Bu durumda hâkimler, zor davalara yasal haklar hakkındaki argümanlarla karar vermeyi iddia ederken, sadece eğer ulaşabilselerdi o gizli kitaplarda ne bulacaklarını tahmin etmeye çalışıyorlar. (Bu resmi Munzer'la paylaşan Profesör Brilmayer ilgisizlik ilkesini uygular ve hâkimlerin doğruyu tahmin etmede sadece yarı yarıya şansı olduğu sonucuna varır.⁴⁶) Sanırım bu resim hukuk ilmi üzerinde büyük bir egemenlik uyguladı. Holmes'ın ünlü, hukuk 'ürkütücü' bir 'her yerde var olan' olamayacağından, yasal hakların sadece gerçek, dünyevi kitaplarda olanlar olması gerektiği gözleminin arkasında bu yatıyor. Aynı zamanda, pozitivistlerin, tanrısal gizli kitapların içeriği olarak alınan, doğal hukuk denen bir şeye inanmaları gerektiği varsayımının arkasında da bu yatar.

Eğer bir kişi zor davalarda hakların sadece gizli kitaplara yazıldıklarından haklar olabileceğini düşündüyse, bu gizli kuralların hüküm vermede sadece rehberlik hareketine sağladıkları uyarı sayesinde, ki hiç sağlamazlar, alakalı olabildiklerini izliyor görünebilir. Ancak gizli-kitap resmi, mantıklı avukatlar sahip olmalarına karşı çıksa bile insanların neden yasal haklara sahip olabileceklerinin herhangi düzgün bir açıklamasının bir parçası değildir. İnsanlar bu tür haklara *Zor Davalar*'da tanımladığım türde hakkaniyet gerekçeleri sayesinde sahipler. Eğer Munzer, *arguendo* bile, bu tür haklara sahip olduklarını kabul ediyorsa, o zaman aynı hakkaniyet kurallarının bu kuralları uygulamayı savunduğunu reddedemez.

Ancak, belki de, yasal sistemimizi yenileşmeye çağırırsınlar diye, Munzer'ın argümanlarını burada tekrar yorumlamalıyız. Bir tarafın, eğer hakkı olduğunu bütün mantıklı avukatları memnun edecek şekilde gösteremezse, sadece bir hakka sahip olmadığı yönünde yeni bir haklar kuramı öneriyor olarak anlaşılabilir. Bu durumda zor davalara şimdi olduğu gibi her şey gözden geçirildiğinde davacının talep ettiği kurumsal hakka sahip olup olmadığına titiz ve belki de ıstıraplı denemelerden sonra karar verilmeyecekti. Eğer davacı bir hak için mat edici bir dava açamıyorsa, o zaman hiçbir hakkı yoktur ve durum budur. Munzer'ın ne gibi bir karar sürecini yerine koyacağı ve bu nedenle bizim değişimle ne kazanmamız gerektiği açık değildir. Ancak ne kaybetmemiz gerektiği oldukça açıktır.

46) Bkz. Brilmayer "The Institutional and Emprical Basis of Rights Thesis", 11 Ga. L.. Rev. 1173, 1198-9 (1977).

Mevcut sistemde hüküm vermenin bir ilke sorunu olması gerektiğine gözümüzü dikeyoruz. Bu göz dikme tamamıyla gerçekleştirilemeyebilir çünkü her birimiz hâkimlerin bazen, ve belki de sıklıkla, hatalı ilke argümanları oluşturduğunu düşünecek. Ancak denemeyle bile kazanç sağlıyoruz. Vatandaşların her biri diğer vatandaşlara ve ortak hükümetlerine karşı hakları ve görevleri olduğunu varsayma konusunda, bu haklar ve görevlerin hepsi siyah harfli kurallarda belirlenmemiş olsa da, cesaretlendiriliyorlar. Bu nedenle bu hakların ne olduğu hakkındaki varsayımlara şekil vermek ve onları test etmek için ve birbirlerine adaletin—adaletin ne talep ettiği belirsiz olsa bile— her zaman kendilerinin talepleriyle alakalı olduğu faydalı ve birleştirici varsayımda davranmaya, ve devlet tarafından bu şekilde davranılmayı talep etmeye cesaretlendiriliyorlar. Mahkemeler bu sürece, bu tartışmalı adalet kuramlarının kamusal gözden geçirmeleri için fırsat düştükçe bir forum hazırlayarak ve gücü kumanda edebildiği argümanların gücüyle doğru olarak nitelenen bir liderlik sağlayarak katılıyor.

Eğer bu uygulamanın sadece resmi gücün nasıl kullanılacağıyla ilgili güvenilir tahminler sağladığı derecede değerli olduğunu varsayarsak kendi hakkımızda değersiz bir görüşte oluruz. Elbette uygulama hukukun iyi adını zorbalık olarak almaya hevesli olan hükümetlerce suiistimal edilebilir ve edildi. Vatandaşların, eğer kamusal bir kitaptan alınmayan hukuk adına hiçbir iddia olmazsa, daha iyi durumda olacağı uluslar var ve Britanya ve Birleşik Devletler'in bunların arasında olduğunu, biliyorum, düşünenler var. Ancak onlar bile değişimle bir şeyin kaybedileceğini kabul etmeliler. Hukuk kuralı yasal metinlerin kuralından daha asil bir idealdir.

4. RICHARDS VE YENİDEN CANLANAN POZİTİVİZM

Profesör Richards'ın makalesi⁴⁷ görüşlerimin ana eleştirisinde değil ancak hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiler hakkında daha genel ilgi çeken bir makalede. Bununla beraber, bu konu hakkında görüşlerini benimkilerden ayırmakta istekli. Anladığım kadarıyla o, uygulamada benim eserim onun 'metodolojik doğal hukuk' dediği şeyin ilkelerini izlese de oluşturduğum daha kavramsal iddialarda —neyse ki bu uygulamayı etkilemeyen— kusurlar olduğunu düşünüyor. Sanırım kavramsal düzeyde bile Richards'ın şimdi

47) Richards, "Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", 11 Ga. L. Rev. 1069, 1095-96 (1977).

varsaydığından daha az anlaşıyoruz, çünkü gördüğü anlaşmazlıklar sağlam olmaktan çok sözsel. Bizimki gibi böyle bir anlaşmazlık, bence, Richards ortodoks doğal hukuk kuramı ve savunmaya çalıştığım farklı hukuk kuramı arasındaki farkları yeterince takdir etmediğinden ortaya çıkıyor. Kesinlikle gerektiği şekilde geliştirilen ve açık hale getirilen son-raki kuram gibi bir şey, Richards'ın önerdiği 'metodolojik doğal hukuk' çalışmaları için, hukuki pozitivizmin sağlayacağından çok daha sağlam bir destek sağlar ve bunu çok iyi yapar.

Richards'ın eleştirisi benim genel argümanımda iki noktayı hedef almıştır. Benim ilkeler dediğim şeyin (şimdilik bu kelimeyi politikayı daha dar tanımlanmış ilkelerden ayırt etmemek için kapsamlı kullanarak) bir konu hakkında kanunun ne olduğunu belirlerken önemli bir rol oynadığında ve bu nedenle bu ilkelerin rolünün kanunun ne olması gerektiği hakkındaki argümanlarla sınırlı olmadığında benimle aynı fikirde. Kanunun ne olduğunun bir gerçeklik sorunu olduğunda ısrar eden geleneksel yasal pozitivizmin yine de sağlam olduğuna inanıyor. Pozitivizm hukuk ilkelerinin rolünü kabul edebilir çünkü hangi ilkelerin gerçekten de herhangi bir belli sistemin ilkeleri olduğu sorusunun kendisi gerçek bir sorudur ve belli bir durumda bu ilkelerin ne talep ettiği sadece sıradan profesyonel yargının sorunudur. Richards'ın bu anlama gelen argümanları bu beyanlarda yakalanmıştır:

Yasal ilkeler, zaten, yasaldır; bağlayıcı olmak için geçmiş adli gelenek ve uygulamada, kıyaslamayla yasal mantık yürütme metotları tarafından çıkarılabilir şekilde anlaşılır olmaları gerekir. (...)

Yasal ilkeler, yasal kurallar gibi, dipte bir gerçek konusuna, yani hâkimlerin eleştirel tavırlarına dayanırlar. (...)

Gerçekten de, bir hâkime yasal olarak bağlayıcı olan ilkeler ahlaki açıdan öyle kusurlu olabilir ki, bu ilkelerin tam uygulaması hâkimin ahlaki görevlerini ihlal edebilirdi. Bu tür ayrımlar hâlâ yapılabilir ve ahlaki soru her zaman bağımsız olarak ortaya konmalıdır.

Diğer fırsatlarda yasal ilkelerin tanımlamasının sadece sıradan bir gerçek sorunu olduğunun söylenip söylenemeyeceği sorusunu tartıştım. Söylenemeyeceğini söyledim ve Richards'ın neden benim argümanlarımı memnun edici bulmadığını bilmekle ilgilenmeliyim. Belki de zorluk, izleyen alıntıda toplanan bu üç beyanın birincisindeki belirsizlikten doğuyor. Eğer ilkeler hüküm verirken düzgünce rol oynayacaklarsa, o zaman bu ilkelerin 'alışılmamış metotlar tarafından çıkarılabilir, geçmiş karar ve uygulama-

mada anlaşılır' olmaları gerektiğini söylüyor. Ancak bu ne anlama geliyor? Richards'ın 'eleştirel tavırlara göndermesinin ima ettiği gibi, eğer gerçekten bu ilkeleri alıntılama geleneği yoksa, ilkelerin hesaba katılmadığını kastediyorsa hatalıdır, çünkü ilkeleri kullanma gerçek uygulaması sıklıkla bu tenkidi göz ardı eder. 'Çıkarılabilir' sözcüğünün ima ettiğinin düşünülebileceği gibi, eğer iki avukat belli bir ilkenin 'yasal olarak bağlayıcı' olup olmadığı konusunda anlaşamazsa, biri mantıksal bir hata yapıyordur diye, ilkelerin tümdengelimsel bir emsaller yığınınan çıktığını kastetmez. Bu önerme aptalcadır ve, hatta, eğer sonradan bir ilkenin sadece içeriği değil aynı zamanda ağırlığı da sonuç çıkarma için konu sayılırsa daha aptalcadır. Richards içeriğin 'kıyaslama tarafından alışılmadık mantık yürütme metotlarıyla' çıkarılabilir olduğunu söyler. Ancak bu faydalı değildir çünkü tam da söz konusu konu zor davalarda 'alışılmış' mantık yürütme 'metotları'nın bu davalar tarafından sunulan konuları gerçek konuları yapıp yapmadığıdır ve bu 'kıyaslama tarafından mantık yürütme'nin ne olduğunun ileri bir analizine bağlıdır.

Zor Davalar'da bir ilkenin daha önceki bir seri kararda 'yerleşmiş' ya da 'ima edilmiş' olması ya da bu kararlardan 'kıyaslamayla çıkarılabileceği'ni söylemenin ne anlama geldiğinin bir açıklamasını önerdim. Bir ilkenin önceki kararlarla ya da eğer ilke benim bu malzemenin en iyi haklılaştırması dediğim şeyde rol oynarsa diğer yasal malzemeyle ilişkisi olduğunu söyledim. Bu onu, elbette, avukatların hakkında belli bir ilkenin gerçekten geçmiş malzemedan 'çıkarılabilir' olup olmadığında anlaşılamayabilecekleri ve anlaşılamayacakları bir yargı sorunu yapar. Bir haklılaştırma (aynı zamanda söylediğim) iki farklı boyutta diğerinden daha iyi olabilir: malzemenin daha azının 'hatalar' olarak alınmasını gerektirdiğinden daha iyi uyduğunu gösterebilir ya da sağlam siyasal ahlakı yakalamaya daha yakın olduğundan ahlaki olarak daha zorunlu bir haklılaştırma olarak çıkabilir. Eğer bir ilkeyi içeren bir kuram uygunluk boyutunda daha iyiye ancak karşıt ilkeyi içeren bir kuram ahlak boyutunda daha iyiye, o zaman hangi boyutun bu tür durumlarda kurumsal hakları belirlerken daha önemli olduğu hukuk ilmiyle alakalı soru ortaya atılır. Hukuk ilmiyle ilgili (kaba ve basit bir biçimde beyan edilen) bu soruya bir cevap şu olurdu: Bu tarihle iyi bir uygunluk sağlayamayan hiçbir kuram kurumsal tarihin yeterli bir haklılaştırması sayılamaz; alçak sınır sayısında karardan daha fazlasını, özellikle de yeni kararları, hata olarak ifşa etmemelidir; ancak bu testte iki ya da daha fazla kuramın her biri yeterli bir uygunluk sağlarlarsa, o zaman bunların arasında ahlaki olarak en güçlü olan kuram, diğerinden daha fazla

kararı hata olarak ifşa etse bile, en iyi haklılaştırmayı sağlar. Cevap geniş-letilmeli ancak tanımladığım şematik kuramdan nasıl bütün bir hüküm verme kuramının, bir yönde, gelişebileceğini örneklendirir.

Ancak, ilke testinde ahlakilik boyutunu da içeren, kıyaslamayla mantık yürütmenin bu tür hiçbir anlatımı pozitivizmi ilkelerle Richards'ın ümit ettiği biçimde uzlaştıramaz. Belki de Richards burada Profesör Sartorius'un görüşüne katılmayı diliyordu.⁴⁸ Sartorius benim tanımladığım iki boyut-tun ilkiyle memnun olmuş ve ikincisini eklememiş olmam gerektiğini söy-lüyor, çünkü bir kuram veriyle, sadece bilimlerde kullanılan en iyi açık-lama kurallarına dayanarak, neredeyse kaçınılmaz olarak en iyi uyumu sağlayacak ve hâkimler bu kuramı seçiyor ve seçmeli. Bir kez kendim de bunun böyle olduğunu düşündüm ancak uzunca anlattığım gözden geçir-meler sayesinde bu düşünceye karşı ikna oldum. Bilimsel açıklama duru-munda bile üzerinde daha üstün kuramsal kriter açıklamalarının olduğu-nu düşünmüyorum ve tecrübe hukuk konusunda bir açıklamanın sıklıkla, gerçekçi olarak açıklanan önceki kararların göreceli sayısına indirgene-bilir olarak anlaşılamayan gerekçelerle ya da açıklamanın basitliği ya da inceliğiyle ya da bu tür herhangi bir şeyle, diğerine tercih edildiğini göste-riyor. Adli fikirlerin işleyişine alışkın olan hiç kimse hâkimlerin haklılaştı-rma kuramları arasında, örneğin yasal tarihçilerin karar verme modelleri için tarihsel açıklamalar arasından seçebilecekleri gibi, seçim yaptıklarını varsayamazdı. Eğer hâkimler davalara, çekişmeli varsayımlarla açıklanan emsallerin miktarını sayarak ve bu varsayımların kuramsal inceliğini karşı-laştırarak, kuram oluşturma kurallarından alıntı yaparak karar veriyorlar-sa, en azından 'mekanik' karar vermenin sahici bir örneğine sahip olabili-riz – mühendislik gibi ahlaki bir boyutun olmadığı diğer alanlarda olmasa da anladığım kadarıyla hukukta uzunca bir süre küçültücü olduğu varsayı-lan bir tanımlama.

Böylece, hangi ilkelerin geçmiş gelenek ve uygulamalarda ima edilmiş olduğu sorusunun gerçeklerin ne olduğu hakkındaki pozitivist kavrama göre nasıl bir gerçek konusu olabildiği gizemlidir. Richards neden bunun sadece bir gerçek sorunu olduğunda ısrar ediyor? Bunu bize alıntı yaptığım açıklama serisinin üçüncüsünde ve en çok açığa vuranında söylüyor. Ka-nunun her zaman ahlaki açıdan sağlam olduğu ya da (aynı noktayı daha devrimci bir şekilde ortaya koyarsak) ahlaki açıdan kötü olan bir kanu-nun kanun olamayacağı absürd görüşe karşı çıkmakta haklı olarak sabırsız.

48) Bkz. Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", 8. *Am. Phil. Q.* 151 (1971).

Hâkimler için ‘yasal olarak bağlayıcı’ olan bir ilkenin yine de çok çirkin bir ilke olabileceğini söylüyor, öyle çirkin olabilir ki hâkimin görevi onu uygulamayı reddetmek olabilir. Birkaç sayfa önce de hemen hemen aynı şeyleri söyledim. Bazı davalarda yalan söyleme ve kanunun ne olduğunu yanlış aktarmanın hâkimin görevi olabileceğini söyledim ve bu tanımlama kanunun olması gereken şey olmayabileceğini varsayar. Görünüşe bakılırsa, Richards benim bir şekilde absürd görüşe zorlandığımı çünkü yasal felsefenin burada sadece iki seçimi olduğunu düşünüyor.

Kanunun ne olduğunun her zaman bir gerçek meselesi olduğunda ısrar eden pozitivistlerin yanında yer almalıyız. Ya da, hukuk ilkeleri ve ahlak ilkeleri arasında hiçbir fark olamayacağını söyleyen doğal avukatların en uç noktasındakiyle uçmalıyız. Ancak bu uç fikirlerin her ikisi de yanlış. Bazı durumlarda kanunun ne talep ettiği sorusunun cevabı (asla aynı olmasa da) arka plan ahlakın ne talep ettiği sorusuna dayanabilir; öyle ki, birinci soruyu sadece, bu tanımlamanın kastettiği Hume’a özgü ruhta, bir gerçek sorusu olarak tanımlamak hatalıdır. Bu sadece bir yasa koyucu kaynağın kasıtlı olarak ahlaki testleri yasal kurallara yerleştirdiği durumlarda değil, aynı zamanda hiçbir yasa koyucu kaynak kesin hiçbir şey söylemediğinden kanunun ne talep ettiğinin çatışmalı olduğu durumlarda da böyledir. Bu sadece ahlak kavramlarını somutlaştıran yasal ilkeler kabul edilerek yasal argümanları kesinleştirici olduğunda değil, aynı zamanda roldeki soru sadece hangi ilkelerin kesinleştirici olarak alınması gerektiği sorusu olduğunda da böyledir.

Ancak elbette bunun hiçbirinden kanunun her zaman ahlaki açıdan doğru olduğu ya da ahlaki açıdan doğru olanın her zaman kanun olduğu, *zor davalarda bile*, çıkmaz. Henüz taslağını çizdiğim makul görüşü gözden geçirin. Eğer belli bir uygunluk yeterliliği sınırı sağlayamazsa, hiçbir ilkenin, bu ilkelerin arasında bu yeterlilik testini ahlaki açıdan en sağlam olarak geçenin tercih edilmesi gerekse de, kurumsal tarihin haklılaştırması olarak sayılamayacağını söylüyor. Eğer bu test tuhaf bir yasal sisteme uygulanırsa ahlak gerekçeleriyle kabul edilebilir bulduğumuz hiçbir ilke sınır testini geçemezdi. Bu durumda genel kuram, kurumsal tarihin en iyi haklılaştırmasını sağlayan olarak, hâkime yasal bir karar ve aynı zamanda belki de ahlaki bir problem sunan, çekici olmayan bir ilkeyi onaylamalıdır. Pozitivizm gerçekçi ve kuralcı konular arasında basit bir ayırım kullanılır. Eğer bu ayrımı kabul edersek, o zaman bir ilkenin hüküm vermede hesaba katılıp katılmadığı ve ne kadar katılıp katılmadığı sorusunun kuralcı bir soru olduğunu söylemeliyiz. Ancak, ne yapılması hakkındaki son

soru olan, sadece bir çeşit kuralcı soru olduğunu (bazı felsefecilerin sıklıkla düşünür göründükleri gibi) düşünmemeye dikkat etmeliyiz. Belli bir ilkenin (kanunun ne olduğuna karar verirken) hesaba katılıp katılmadığı konusu kısmen kuralcıdır, çünkü siyasal ahlakta ilkenin sağlamlığı hakkında bir yargıyı içerir. Yine de, hesaba katılsa bile, bu ilkenin eğer aday listesi temizse bir yasal sistemin üzerine kurulacağı en iyi ilke olup olmayacağı diğer bir kuralcı konudan ayrıdır ve aynı zamanda ilkenin hâkimin o ilkenin sağladığı herhangi bir yasal hakkı uygulamasının yanlış olacağı kadar adaletsiz olup olmadığı ve bunu yapmaktan kaçınmak için yalan söylemesinin doğru olup olmadığı, üçüncü bir kuralcı konudan da ayrıdır.

Sadece ilgisi merkezi olmayan iki ek konudan bahsedeceğim. Richards beni şu yanlışla suçluyor: "Yasal ilkelerin bazen ahlaki ilkeler oldukları gerçeğinden garantilenemeyecek bir şekilde her zaman öyle olduklarını çıkarıyor."⁴⁹ Elbette bu özel çıkarım bir yanlış olurdu, ancak sanırım beni çıkarımla değil de inançla suçlamayı amaçlıyor. Yasal ilkelerin her zaman ahlaki ilkeler olduklarını mı düşünüyorum? Burada bir belirsizlik var. Önerme yasal ilkelerin her zaman sağlam ya da doğru ahlaki ilkeler olduğu anlamına gelebilir ve eğer kastettiği buysa, o zaman, az önce tekrarlamakta çok çaba sarf ettiğim gibi, bunu düşünmüyorum. Ancak bu yasal ilkelerin her zaman biçimde (ahlaki yargılar olarak sağlam olsun ya da olmasınlar ya da zorunlu ya da değersiz olsun ya da olmasınlar), örneğin, sağduyulu yargılar ya da tarihsel genellemelerden ahlaki ilkeler oldukları anlamına gelebilir. Bu en azından sıradaki anlamda daha ilginç bir iddia ve ben ona inanıyorum. Burada 'ahlak' sözcüğü, sıklıkla yaptığı gibi, soruna neden olabilir ancak önermeyi, örneğin sağduyulu yargılar ya da tarihsel genellemelerden yasal argümanlarda rol oynayan ilkelerin vatandaşların ve diğer yasal kişilerin hakları ve görevleri hakkında iddialarda bulunduğu anlamına geliyor olarak alıyorum. Sanırım, az önce dediğim gibi, kurumsal tarihten ilkeler 'çıkarma' süreci, haklılaştırmanın açıklamadan ayırt edildiği, bu tarihin haklılaştırmalarını yargılama sürecidir. Wisconsin'de sözleşme kanununda bir yıl için varılan tüm kararların yerel Cumhuriyetçi Parti'ye yarar sağlamak için olduğu doğru olsa bile, bu gerçek, tarihçi ya da sosyolog ya da eleştirmen için ne kadar önemli olursa olsun, bu kararlar için bir haklılaştırma (kötü bir haklılaştırma bile) sağladığı düşünülemez ve bu nedenle hâkimlerin gelecek davalara Cumhuriyetçiler için iyi olan şeyin adalet için iyi olduğu sözde ilkesiyle karar vermelerini gerektirmezdi. Belli

durumlarda tuhaf yasal sistemlerdeki sözde ilkeler lehine argümanları hesaba katmayabilir.⁵⁰ Ancak bir ahlak ilkesi kavramının kontrol edici gücüne çok da güvenmek istemiyorum. Bu kavramın, siyahların ilgiye beyazlardan daha az layık olduğu ilkesinin, bir ilke olmayarak reddedilebileceğini temin eden ikna edici bir analizi yoktur.

Bununla birlikte, daha önce tanımladığım, yasal ilkelerin her zaman ahlaki ilkeler olduklarını reddetmekte sabırsız olanların inandığını düşündüğüm, 'var olan kanun' izlenimini reddetmek istiyorum. Bir topluluğun hukukunun belli kurallar ve ilkelerin ayrı bir toplaması (ve tanrı bilir daha neler) olduğunu düşünüyorlar, öyle ki herhangi bir anda belli bir kural ya da ilkenin bu toplamaya ait olup olmadığını sormak mantıklı bir sorudur. Eğer bir ilke toplamaya aitse, o zaman yasal bir ilkedir; eğer sağlam ahlak ilkelerinin farklı bir toplamasına da aitse, o zaman ahlaki bir ilkedir de; öyle ki, o zaman bu iki toplamaların tıpatıp aynı ya da çatışan ya da çokça ayrı olup olmadığı sorusu sorulabilir. Eğer birisi (daha önce tartıştığım gizli-kitap kuramının bir kuzeni olan) sorunun bu görüşüne sahipse, o zaman bunun yasal felsefeciler açısından yasal ilkelerin toplamasının üyeliği için gerekli ve yeterli şartların sağlamanın önemli olduğunu ve bu şartların sağlam ahlak ilkelerinin farklı bir toplamasında üyeliği içerip içermediği ya da dışarıda bırakıp bırakmadığı sorusunun cevaplanmasında gerekli olduğunu düşünecektir. Bana göre, belli fikirleri bu şekilde, belli bir bilimin 'ilkelerini' bireyselleştirip yüklemekten daha çok bireyselleştirmemiz ve onları toplamalara yüklememiz gerekmiyor. Hukukun bir kurallar sistemi olduğu fikrini reddederken bu fikri hukukun kurallar ve ilkeler sistemi olduğu fikriyle değiştirmeyi kastetmedim. Her biri kendi genel ilke biçiminde olan farklı önermelerin bir toplaması olarak 'hukuk' diye bir şey yoktur. İnsanların yasal hakları vardır ve siyasal ahlak ilkelere tanımlamaya çalıştığım şekillerde hangi yasal haklara sahip olduklarına karar verirken rol oynar. Eğer 'yasal bir ilkeyle' prensipte bu rol için uygun olan bir ilkeyi kastediyorsak, o zaman söz konusu toplulukta geçerlilik sahibi olan bütün siyasal ahlak ilkeleri en azından yasal ilkelerdir. Ancak hiç kimse yasal argümanlarda uygun olarak rol oynayabilecek ilkelerin bu dar anlamda, yani bu şekilde tanıdık yapılanların, yasal ilkeler olduğunu düşünmüyor.

Böylece Richards, Hart'inki gibi pozitivist bir hukuk kuramının ilkelere yasal argümanda oynadığı rolü kolayca ele geçirmeye uyarlanabilece-

ğini düşünmekte hatalıdır ve aynı zamanda pozitivizmin tek alternatifinin zor davalarda yasal ve ahlaki ilkeler arasındaki farkı reddeden bir uç doğal hukuk kuramı olduğunu düşünmekte de hatalıdır. Aynı zamanda zor davaların politika argümanlarındansa ilke argümanlarına dayanarak karar verilmesi gerektiği ve ayırıcı bir nitelik olarak böyle olduğunu savunduğum haklar tezine de karşıdır. Karşıt örnekler olarak aklında Greenawalt'ın alıntılandığı davalar gibi davalar vardır ve bu durumlar hakkında daha önce söylediklerimi tekrarlamama gerek yok. Richards aynı zamanda bana, mahkemelerin politika konularını, o konular politika tarafından oluşturulduklarını düşündükleri yasalara uyduğu zaman ele aldıklarını hatırlatıyor ve ben de *Zor Davalar*'da tam da bunu söylediğime inandığımı tekrarlamalıyım. Bununla beraber, diğerleri tarafından belirtilen noktalara farklı bir dava serisine göndermeyi de ekliyor.⁵¹ Bunlar mahkemenin idare kurallarını, mahkeme herhangi bir bireyin bu kurallarla aldıklarına hakkı olduğunu varsaydığından değil ancak bu kuralların, bir tek ya da en iyi plan olmasa da, bireylerin diğer haklarının korunabileceği ya da güvence altına alınabileceği bir plan sağladığı farklı nedeninden, bazen *Mapp*'te⁵² olduğu gibi basit ve bazen de *Miranda*'da⁵³ da olduğu gibi karmaşık olarak açıkladığı davalardır. Profesör Chayes yakın zamanda bu tür davaların daha genel olarak ve farklı amaçlara göre değerlendirildiği çok etkili olması muhtemel bir makale⁵⁴ yayımladı; ilgimizi haklı olarak mahkemelerin karmaşık tröst karşıtı hükümler üretmesi ve yerine getirmesine, karışık iş yeniden düzenlemelerine ve en dikkate değer biçimde bazen mahkemeleri okul tahtalarının gün gün işine getiren okul toplumsal birleştirme kurallarına çekiyor.

Mahkemelerin –Chayes'in yeni bir hüküm verme tarzı sağladığını düşündüğü– idari işi, hukuk ilmi ve yasal kuram açısından çok fazla sorun yaratıyor ve haklar tezine sadece üstü kapalı dokunsalar da herhangi bir hüküm verme kuramının bir gün yüzleşmesi gereken problemler. Bununla beraber, bu ilavenin amacı için haklar tezi hakkında gözden kaçırılmış görünen iki gerçeği belirtmem gerekiyor. Birincisi, tezin, mahkemelerin adli ya da kamusal hukuk davalarında, bireyin karara hakkı olduğunu varsaymayan gerekçelerle, birey lehine ve devlete ya da devletin bir biri-

51) Bkz. Richards, 1098.

52) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

53) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

54) Chayes, "The Role of Judge in Public Law Legislation", 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976).

mine karşı karar vermesini yasaklamadığıdır. Haklar tezinin bu anlamda asimetrik olduğunu söyledim ve örneklerimden biri olarak Richards'ın alıntılacağı *Mapp* davasını verdim. İkincisi tez, mahkemelerce sıklıkla muhtemel yasama denilen şeyi, gelecek için oluşturulan var olan hakların doğru raporları olarak alınmayan kurallar mevcut durumdaki ödülleri ya da reddetmeleri haklılaştırmak için geriye dönük olarak uygulanmadığı sürece, yasaklamaz. Richards'ın bahsettiği durumlarda olduğu gibi, yasama bireysel hakların korunmasında gerekli olarak düşünüldüğünde, muhtemel yasama açıkça daha önce haklar tezini desteklediğinden bahsettiğim siyasal ahlak gözden geçirmesini ihlal etmez; gerçekten de anayasal davalarda bu gözden geçirmelerin sadece bunu gerektirdiği düşünülebilir. Bununla birlikte, mahkemelerin şimdi varsaymış oldukları görünen enerji ve idari rol ve bu uygulamanın haklar tezi üzerindeki etkisi hakkında çok daha fazla söz söylenmesi gerektiğini tekrarlamak istiyorum.

5. SOPER VE YENİDEN TANIMLANAN POZİTİVİZM

A. Daha Az Pozitif Pozitivizm

Profesör Soper'ın mükemmel makalesi⁵⁵ benim argümanım ve yasal pozitivizmin çeşitli biçimleri arasındaki bağlantıları tartışır. Benim yasal uygulama hakkındaki iddialarımın hepsini, eğer sağlamlarsa, ıslahatlar olarak içine alabilecek bir çeşit pozitivizm önerir. Bu açıdan pozitivizm hukuk önermelerinin, eğer doğrularsa, doğruluk durumlarını belirginleştiren toplumsal bir uygulamanın yararına doğru olduklarında ısrar eder. Ancak bu, bu şekilde belirginleştirilen doğruluk durumlarının, ahlaki durumları içermediğinde ısrar etmez. Örneğin, hâkimlerin ayırıcı nitelik olarak zor davalara kendileri yerleşik hukukun en iyi haklılaştırmasında rol oynar olarak haklılaştırılan ilkelere başvurarak karar verdiği konusunda haklı olduğunu ve bu haklılaştırma sürecinin dördüncü bölümde ve bu ekin dördüncü bölümünde tanımlanan ahlaki boyutu içerdiğini varsayın. O zaman tanımladığım kararın tüm planı, en iyi haklılaştırmayı sağlayan ilkelerle desteklenen hukuk önermelerini doğru olarak belirleyen toplumsal bir uygulamadır. İki avukat ya da hâkimin bir siyasal ahlak önermesi hakkında anlaş-

55) Soper, "Legal Theory and Obligation of Judge: The Hart/Dworkin Dispute", 75 Mich. L. Rev. 473 (1977).

madıklarından, bir hukuk önermesi hakkında anlaşılmadıklarını varsayın. Pozitivizmin bu anlatımında, her biri soyağacına başvurmayla doğruluğu kanıtlanamayacak bir hukuk önermesinin doğru olduğunu düşünse ve her biri bu önermenin doğruluğunun bir ahlak ilkesinin doğruluğuna bağlı olduğunu öne sürse de, her ikisi de pozitivist olabilir. Her ikisi de pozitivisttir çünkü her biri ahlakın toplumsal pratikle, yani tanımladığım toplumsal pratikle, alakalı hale getirildiğini kabul eder.

Soper, Profesör Hart'ın kendisinin bazı yasaların ve Amerikan Anayasası'nın belli hazırlıkları gibi anayasal hazırlıkların 'ahlakı göndermeyle içerdiği'ni fark ettiğini belirtir. Mevcut önerme sadece bu noktada gelişmemiş olan fikri, ahlakın içerilmesinin sadece yasama ya da anayasal hazırlığın belirgin bir parçasında değil ancak söz konusu toplumda hüküm verme olarak neyin sayıldığını tanımlayan daha genel toplumsal pratikte oluşabileceğini varsayarak, yaygınlaştırır.

Profesör Lyons kitabımın eleştirisinde⁵⁶ benzer bir noktayı belirtir. O da pozitivizmin merkezinin her hukuk iddiasının arka planında toplumsal bir pratiğin –bu pratiğin kendisi bazen, hatta her zaman ahlakı kesinleştirse de– yattığı iddiası olarak alır. Elbette Soper ya da Lyons'la isimler hakkında tartışmak istemiyorum. Bununla beraber pozitivizmi onların pozitivizm versiyonunun öne sürmediği iki önemli ve alakalı iddiayı öne sürmek için almıştım ve benim çekişmem bu iddialarla, bir etiketle değil. Birincisi, az ya da çok mekanik bir testin, hukukun ne olması gerektiğiyle ilgili önermelerden ayrı olarak, hukukun ne olduğuyla ilgili gerçeklik önermeleri için gerekli ve yeterli koşulları sağlayan yasal bir sistemin ayırıcı özelliği olduğunu öne sürer. İkinci bölümde bunu içerikten ayırt edilen bir soyağacı testi olarak tanımladım; pozitivizmin hukuk testlerinin kendiliğinden tartışmalı olabilecek politika ya da ahlak sorunlarındansa toplumsal tarih sorunları olduğunda ısrar ettiğini kastetmiştim. Örneğin, Hart kendi tanıma kuralını sadece diğer bir zorunluluk empoze eden kural olarak değil ancak mevcudiyeti ya da yokluğunun diğer kuralların yasal kurallar olmasında belirleyici olacak kamusal özellikler şart koşan ikincil bir kural olarak tanımlar. Bu çeşit ikincil bir kuralın kabul edilmesinin yasalar öncesi bir toplumdan bir hukuk toplumuna geçişi belirlediğini söyler, çünkü ikincil kuralla kesinleştirilen kamusal özellikler yasalar öncesi uygulamanın belirsizlik kusurunu düzeltecektir. Hiç kuşku yok ki,

56) Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory – Dworkin, *Taking Rights Seriously*", 87 Yale. L. J. 415 (1977).

belirsiz koşullar ya da, diğer bir şekilde, orta derecede kararsızlık içerebilen bu ikinci kuralın kendisi bu görüntüyle uyumludur. Ancak, sadece bütün zorunluluk konularını doğrudan var olan toplumsal zorunluluk uygulamasına başvuran ikincil bir kural (Hart'ın uluslararası hukuk tartışmasında yaptığı gibi) *statikoda* hiçbir değişiklik yapmaz. Böyle bir ikincil kural hiçbir ileri kararlılık getirmez ve hiçbir şeye geçişi belirleyemez. Bu itirazlar, düşündüğüm gibi, Soper'ın sadece [şunu] emrettiğini hayal ettiğinde düşündüğü ikincil bir tür kurala *a fortiori* uyardı: Adaletin gerektirdiğini yap.

Bununla beraber, önemli soru Hart'ın ya da belli diğer bir yasal felsefecinin hukuk testini mantıklı olarak gösterilebilir yapması gerekip gerekmediği sorusu değildir. Bu tez daha genel bir hukuk kuramına –özellikle hukukun fonksiyonunun bir görüntüsüne– bağlıdır. Bu kuram, hukukun özel ve resmi davranış için gücü birey olarak resmi görevlinin politika ya da ahlaka bakışıyla sorgulanamayacak kurulu, kamusal ve güvenilir bir standart serisi sağlayan kuramdır. Hukukun fonksiyonunun bu kuramı, yapması gerektiği gibi, hiçbir kamusal kural serisinin bütün ya da bütün olarak kesin olamayacağının doğruluğunu kabul eder. Ancak bu nedenle kavrandığı şekliyle hukukun bir kararı zorla kabul ettirdiği fırsatlar ve pozitivistlerin dilinde hâkimin takdirini sadece kanun sessiz olduğundan yeni kanun oluşturmak için kullanması gerektiği fırsatlar arasında bir ayırmada ısrar eder. Hukukun fonksiyonunun bu görüşünde ayırım hayatidir, çünkü mantıklı insanlar kanunun ne gerektirdiği hakkında anlaşamayabildiğinde adli bir kararın kanun fikrinde söz verilen türde tarafsız bir karar olamayacağının doğruluğunu kabul etmek önemlidir.

Böylece, az ya da çok mekanik bir soyağacı testinin hukuku tanımladığı tezi bu şekilde hukukun amacı ya da fonksiyonu hakkında bir kuramla ve bu kuramın zorunlu olarak bir parçası olan adli takdiri kuramıyla bağlantılıdır. Tam tersine, savunduğum kuram hukukun bu ekin üçüncü bölümünün sonunda tanımladığım farklı ve daha azimli fonksiyonunu varsayar. Eğer pozitivism Soper ve Lyons'un olabileceğini ileri sürdüğü biçimde, sağladığım yasal uygulamaların tanımlamalarına yer verecek kadar rahatlamışsa, o zaman hukukun amacı hakkındaki genel geçer kuram buna karşılık olarak zayıflar ve benim desteklediğim görüş lehine olan durum ilerler.

Pozitivizmin ortaya attığını düşündüğüm ikinci iddia, eğer bu iddia bırakılırsa değişiklik yapılmış olacak daha genel bir kuramsal pozisyonla bağlantılı. Bu ikinci iddia en açık biçimde sıradaki şekliyle ortaya konu-

yor. Hukuk önermelerinin, ampirik bir kuramın ötesinde herhangi bir ontoloji kabul etmeden, doğru ya da yanlış, yeterli ya da yetersiz olduğunu varsayabiliriz. Doğru olduğunda bir hukuk önermesinin doğruluğu bireysel ya da toplumsal davranış hakkında, belki de inançlar ve tavırlar hakkında gerçekler de dahil günlük tarihsel gerçeklerde meydana gelir, ancak metafizik olarak daha şüpheli olan hiçbir şeyde değil. Oliver Wendell Holmes hukukun gökyüzünde ürkütücü bir her yerde var olan olmadığını söylediğinde bu iddiada bulundu. Pozitivistlerin semantik anlamda indirgemeci olmaları gerekmiyor: Hukuk önermelerinin inançların davranışı ya da tavırları hakkındaki tarihsel önemelerle aynı anlama geldiğini ileri sürmeleri gerekmiyor. Ancak hukuk önermelerinin doğruluk durumlarının hiçbir şeyi değil ancak bu tür tarihsel durumları içerdiği iddiasında yakalanan daha zayıf anlamda indirgemeci olmak programlarının bir parçası (ya da ben öyle düşündüm).

Bu iddia, elbette, açıkça doğru olan adalet hakkındaki inançların sıklıkla gelişigüzel biçimde hukuku oluşturan davranış için sorumlu oldukları gelişigüzel tezle tutarlıdır. Örneğin, yasa koyucular sıklıkla yeni yasayı onlara adil geldiği için kanunlaştırırlar. İddia aynı zamanda adalet hakkındaki inançların hukuk önermelerinin doğruluk durumlarının bir parçası olabileceği farklı teziyle de tutarlıdır. Bir pozitivist öyle bir kanuni yorum kuramına sahip olabilir ki, eğer bir yasa bir sözleşmenin mantıksız olduğunda geçersiz olmasını sağlıyorsa ve insanların büyük çoğunluğu belli bir çeşit sözleşmenin haksız olduğunu düşünüyorsa, o zaman bu tür bir sözleşme bir hukuk sorunu olarak geçersizdir. Bu kuram ahlaki gerçekler hakkındaki inançları, ahlaki gerçeklerin kendisini değil, hukuk önermeleri için kesin hale getirir. Ancak bir Soper-Lyons pozitivist için bir sözleşmenin yasal geçerliliği, bir sözleşmenin adil olmadığına inanılıp inanılmadığına değil, adil olup olmadığına bağlıdır. Bu kuram indirgemecilerin iddiasıyla tutarlıdır çünkü ahlaki bir gerçeğin kendisini bir hukuk önermesinin gerçeklik şartlarının bir parçası yapar.

Zayıf indirgeme programı hukuk önermelerinin bazen sadece tarihsel gerçekler nedeniyle doğru olduğunu göstermekle tatmin olmaz. Kuramın doğru olarak aldığı bütün önermelerin bu tür gerçekler nedeniyle doğru olduğunun gösterilmesi gerekir. Soper-Lyons pozitivist bunu iddia edemez. Eğer toplumsal bir uygulama ahlaki sistematik olarak yasal konularla alakalı yapıyorsa (ve Soper'la Lyon'un her biri, *arguendo*, bizim kendi yasal sistemimizin de bunu yapabileceğini kabul eder) o zaman hukuk önermelerinin doğruluğu sistematik olarak ahlak önermelerinin doğruluğuna

bağlı olacaktır. Öncekinin doğruluğu, en azından kısmen, sonrakinin doğruluğunda oluşacaktır. Böylece, hukukun ahlaktan söz verilen ontolojik ayrılması başarısız olur. Böyle bir sistemde yasal hakların olduğunu varsaymak için kişinin ahlaki haklar olduğunu da varsayması gerekir.

Bu neden Hart'ın, pozitif hukukun bazen herhangi bir açık içermenin yokluğunda bile açık ahlaki dil kullandığı, belirttiği noktanın içine ahlaki sistematik olarak alakalı hale getiren genel bir hukuk kuramının bırakılabileceği bir cep yapmadığını açıklar. Tahminen Hart ('mantıklı' gibi kelimelere uyguladığı) yasal dillerin 'açık metninin' bu tartışmasını (Amerikan Anayasası'nın 'zalim ve alışılmadık' maddesi gibi) pozitif hukukta rol oynayan ahlaki koşullara da genişletir. Sonra 'zalim' sözcüğünün Birleşik Devletler'de (falakaya uygular) yerleşmiş bir uygulama temelini olduğunu ancak bir kesin olmama gölgesi olduğunu (mantıklı erkekler ve kadınlar idam cezasının kendi içinde zalimce olup olmadığı konusunda ayrılırlar) söyledi. Bir hâkim, (*Furmon v. Georgia* gibi) bir dava gölgede kaldığında, kararı bundan sonra kavramın merkezini yasal amaçlar lehine genişletse de, karar vermek için kendi takdirini uygulamalıdır.

Ahlaki dilin yasal hazırlıklardaki rolünün bu analizi tanımladığım zayıf indirgemeci programla tamamıyla tutarlıdır. Hukuk önermesinin doğruluğunu, falakanın anayasal olmadığı, zalimce olduğu inancında oluşturur. Ancak tanımladığım hüküm verme kuramını kapsayacak şekilde genişletilemez. Bununla beraber, benim anlayışımın yanlış olduğunu ve Hart'ın hukuktaki bu ahlaki dili reddedeceğini varsayın. İdam cezasının anayasal olup olmadığının tamamıyla, bir ahlaki gerçek sorunu olarak, zalimce olup olmadığına bağlı olduğunu ve sadece yaygınca yeterli olarak öyle olduğuna inanılıp inanılmadığına ya da bir hâkimin takdirini kullanırken bu şekilde karar verip vermemesine bağlı olmadığını söylediğini varsayın. (Sonra neden bütün 'açık metin' dilinin paralel analizini önermediğini ve adli takdirinin rolünü buna karşılık gelecek şekilde azalttığını merak etmeyiz.) Ancak bu mantıklı bir ayırımsa ve eğer cezanın anayasallığı hakkındaki önermeler doğru olabiliyorsa, o zaman (eski model bir şekilde belirtmek gerekirse) ahlaki gerçeklerin nesnel bir alanı olmalı. Hukuk önermelerinin nesnel duruşunu herhangi bir tartışmalı meta-etik ya da ahlaki ontoloji kuramından bağımsız hale getirmenin Hart'ın amaçlarından biri olduğunu düşünmüştüm.

Eğer idam cezası hakkındaki önermelerin ahlaki dilin doğru anlayışına bağlı olmayan önermelerin doğru olduğu şekilde doğru olabileceğinde ısrar etmeseydi, Hart'ın zalimlik hakkında nesnel bir gerçekler alanını kabul

etme gereksinimi elbette olmayacaktı. Anayasa bir kez cezanın anayasallığını zalimliğine bağlı hale getirdiğinde, kelimesi kelimesine inanılan, bu tür tüm iddiaların ya yanlış olduğunu ya da ne doğru ne de yanlış olduğunu söyleyebilir.⁵⁷ Ancak bu Hart'ın genel kuramının (eğer öyleyse) sadece, ahlaki dil kullanımının tanıtık yasal sistemlerin, sistematiktense fırsata bağlı bir özelliği olduğu varsayımına dayanan, makul bir genişlemesidir. Eğer kendi yasal uygulamamızın anlatımı doğruysa ve Hart bu anlatımı kendi sisteminin içinde bu şekilde kucaklamaya çabaladıysa bizim için hemen hemen hiçbir önermenin doğru olmadığını söyleyerek bitirirdi. Her durumda, iki kuramın, Soper'ın tasarladığı evliliği bu son radikal iddiayla erdirilebilir.

B. Kavramsal mı, Tanımlamacı mı?

Soper makalesinin başında diğer bir ilginç konu ortaya atar. Kavramsal hukuk kuramlarını tanımlayıcı kuramlardan ayırt eder. Sıradaki nedenden dolayı pozitivistin kuramının kavramsal ve benim kuramımın tanımlayıcı olduğunu söyler. Pozitivistler (eğer haklılarsa), sadece bir genelleme sorunu olarak değil ancak bir gereklilik sorunu olarak, bütün yasal sistemler için iyi olacak bir iddiada bulunurlar. Diğer taraftan, ben sadece belli bir yasal sistem hakkında iddialarda bulunuyorum. Kendi yasal sistemimizde hâkimlerin karakteristik uygulamasının bütün yasal sistemlerin nasıl olması gerektiği hakkındaki pozitivist anlatıma uymadığını öne sürüyorum. Eğer ben haklıysam, o zaman pozitivistin evrensel olan iddiası yanlış olmalı. Ancak bundan benim tanımlamamın bu nedenle her yasal sistem için değil ancak bizinkisi için doğru olduğu çıkmaz. Böylece, diğerlerinininki kavramsalken benim durumum tanımlayıcı olmalıdır.

Soper konuyu ortaya attığı için memnunum çünkü sıklıkla kuramımın pozitivism gibi kavramsal mı yoksa sadece tanımlayıcı mı olmasını amaçlayıp amaçlamadığım soruluyor. Hukukun nasıl olması gerektiğiyle ilgili genel bir kuram ya da sadece hukukun belli bir versiyonunun daha iyi bir anlatımını mı önermeyi amaçlıyorum? Maalesef ayrımın gücünü bu bağlamda anlamıyorum. Pozitivistin hukuk kuramı bir anlamda kesinlikle kavramsal. Ancak hangi anlamda? Soper pozitivistin (hukuk önermelerinin ahlak nedeniyle doğru olamayacağı) kuramının 'yasal' ya da 'hukuk' sözcüğünün 'standart' ya da 'günlük kullanımı' hakkında dilbilimsel bir

57) Bkz. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (1978), 1. Bölüm.

kuram olduğunu mu düşünüyor? Bu yorumda pozitivist, ‘yasal’ın kullanıldığı biçimden yasal bir hakkın sadece benim yapabileceğini tartıştığım şekilde ahlaki gerçeklere bağlı olduğunun çıktığını, tıpkı başka birisinin ‘kız kardeşin’ kullanılış şekline kız kardeşin bir erkek olamayacağının çıktığını söyleyebileceği gibi, iddia eder. Ancak ben sözde bir karşıt örnek üretirsem –eğer ahlaki bir hak nedeniyle yasal olduğunu söylediğim yasal bir hak durumu üretirsem– o zaman iddiam *aynı zamanda* dilbilimsel bir iddia olmalıdır. ‘Yasal’ sözcüğünün bu durumu içerecek şekilde düzgünce kullanılmasını amaçlamalıyım. Ampirik bir genellemenin karşıt bir örneğinin olacağı şekilde ‘yalnızca’ tanımlayıcı –ya da yalnızca karşıt örnek olarak alıntılanan bir durumun gerçekleri hakkında– olamaz. Erkek bir kız kardeş bulmuş ve böylece dilbilimsel bir kullanım sorunu olarak kız kardeşlerin erkek olamayacağı iddiasına bir karşıt örnek ürettiğimi iddia etmiş olduğumu varsayın. Sadece dilbilimsel bir kuramı reddeden dilbilimsel olmayan yeni bir gerçek keşfettiğimi iddia etmiyorum. Dilbilimsel kuramın *dilbilimsel olarak* doğru yanlış olduğunu göstermezsem bulduğumu söylediğim gerçeği bulabilmiş olamam. Konuşan topluluğun (onun erkek olduğunu bilerek) kız kardeş olarak seslenme alışkanlığında olduğu bir adam bulduğumu varsayın. Eğer onu bir karşıt örnek olarak alıntılırsam, bunu, bu dilbilimsel pratiği ‘kız kardeş’in doğru kullanımını sağlayan pratiğin bir parçası olarak aldığımdan yaparım. Bu, sadece ayrı tutulan bir durumun gerçekleri hakkında değil, bir sözcüğün doğru kullanımı hakkında bir noktadır. Eğer pozitivism dilbilimsel olduğu için kavramsalsa ve benim kuramım bir tane bile karşıt örnek üretiyorsa, o zaman benim kuramım da dilbilimsel olduğundan kavramsal olmalıdır.

Sorunu varsayımsal olarak ortaya koyuyorum çünkü pozitivism dilbilimsel pratikle alakalı bir kuram olduğunu kabul etmiyorum. (‘Yasal’ ya da ‘hukuk’ sözcüklerinin bir pozitivistin başvurabileceği herhangi bir standart kullanımı olduğunu sanmıyorum. Her durumda, argümanlarında sözlük tanımlarına ya da dilbilimsel kullanım istatistiklerine güvenmiyor.) Ancak pozitivist diğ er hangi anlamda sadece tanımlayıcı bir genellemedense kavramsal bir iddiada bulunuyor olarak anlayacağız? Eğer pozitivist sadece, çalıştığı her ülke ya da siyasal altbölümünde, yasal hakların ahlaki argümanlarla belirlenmiş olarak alınmadığını ve bu nedenle asla bu şekilde belirlenmiş olarak alınamayacağına inandığını söylediye, o zaman iddiası hiç de kavramsal görünmezdi. Birisi pozitivismin yasal kavramların açıklık, kolaylık ya da siyasal bir gerekçe nedeniyle belli bir şekilde kullanılması gerektiğini *önerdiğinden* kavramsal olduğunu ileri

sürebilir. Ancak pozitivizm sadece bu şekilde yol gösterici ve eğer benim kuramım kendi yasal sistemimizde bir 'karşıt örnek' ürettiyorsa, o zaman bu çekişen ve daha iyi gerekçelerin bu kavramların karşıt kullanışlarını tavsiye ettiğim için olmalıdır. Eğer öyleyse, onun dayandığı kuramla aynı tür, benim kuramın onunki kadar açık ifade edilmiş olmasa da, arzu edilebilir kavramsal bölünmeler hakkında bir kurama dayanıyor olmalıyım. Bir kez daha, eğer onun kuramı yol gösterici olduğu için uygun olarak kavramsal deniliyorsa, benimki de öyledir.

Tekrar varsayımsal olarak konuşuyorum çünkü yol gösterici olduğunu söylemek pozitivizmi dilbilimsel olduğunu söylemek kadar yanlış anlar. Hukuk kuramları kavramsaldır, ancak bu yolların her ikisinde de değil. Bu kitapta daha önce, bir kavramın belli bir kavramsallaştırmasını savunmak dediğim, özel bir tür zihinsel aktiviteyi tanımladım. Henüz bu aktivitenin yeterli hatta açık bir anlatımını vermişim gibi davranmıyorum, ancak verdiğim örneklerin aktivitenin ampirik genelleme, dilbilimsel çalışma ve dilbilimsel zorlamadan nasıl farklı olduğunu sunacağını umuyorum. Hepimiz —en azından avukatlar— bir hukuk ve yasal hak kavramını paylaşıyoruz ve bu kavramın farklı kavramsallaşmalarına karşı çıkıyoruz. Pozitivizm belli bir kavramı savunuyor ve ben rakip bir kavramı savunmaya çalıştım. Yasal hakların ne olduğu hakkında, adalet hakkında tartışan felsefecilerin adaletin ne olduğu hakkında anlaşamadıkları şekilde, anlamıyoruz. Özellikle tanıdık olan belli bir yasal sistemin detayları üzerinde, sadece pozitivizm bu sistemin zayıf bir anlatımını sağladığından değil, pozitivizm yasal bir hak kavramının zayıf bir kavramsallaşmasını sağladığını göstermek için yoğunlaşıyorum. Argümanım, pozitivizmin diğer yasal sistemlerin anlatımında doğru olsa da (örneğin, bir tarihçi savaş sebepleri hakkında belli bir kuramın birden fazla diğer savaş hakkında doğru olsa da Avusturya Tahta Geçme Savaşı'nın açıklaması hakkında yanlış olduğunu öne sürebilir), yasal sistemimizin bir anlatımı olarak yanlış olduğu değil.

Adalet kavramı hakkındaki argümanlarla kıyaslama yararlıdır. Bir kişinin bu kuramların köleliğin, köleliğin aslında faydayı en yüksek düzeye çıkarttığı, gerçek ya da hayali bir durumda neden adil olmadığını açıklamakta başarısız olduklarını göstererek faydacı adalet kuramlarına karşı çıktığını varsayın. Diğer gerçek ya da hayali durumlarda köleliğin faydacılık karşıtı olduğunu kabul edebilir, ancak argümanı o zaman bile köleliğin faydacı karşıtı olduğu için adaletsiz olmadığını göstermeyi amaçlamıştır. Faydacılığın tatmin edici bir adalet kuramı olmadığını gösterme niyetinde-

dir; eğer bu doğruysa, sadece faydacı karşıtı olma nedeniyle *hiçbir şey* adletsiz değildir. Argümanım aynı amaca sahip. Karmaşık, modern yasal sistemlere, bu sistemlerde yasal haklar hakkındaki bir önermenin gerçekliği ahlaki bir gerçekte olduğundan, yasal hakların pozitivist kavramalarının yanlış olmasının gerektiğini göstermek için başvuruyorum. Pozitivist kavramsallaşmayı dördüncü bölümde ve bu ekte daha önce bahsettiğim türde farklı bir kavramsallaşma nedeniyle bırakmamız gerektiği sonucuna varıyorum. Bu kavramsallaşma anayasal uygulamayı ve her yargı dairesinin tarihini yasal haklar hakkındaki doğruluk önermeleriyle kesinleştirmese de, alakalı hale getirir. Bundan bazı yargı dairelerinde yasal hakların herhangi bir savunulabilir arka plan siyasal ahlakla sertçe uyumsuzluk halinde olduğu çıkar. Bu çeşitliliğe rağmen kurumsal emirle tutunurlar. Bununla beraber, bu, pozitivism bu yargı daireleri için yasal hakların iyi kavramsallaşmasını sağladığından değil ancak daha çok haklı kavramsallaşma orada aynı sonucu verdiğindendir.

Bu son paragraflarda Soper, anladığı kadarıyla, kuramımın, eğer kuramım daha biçimci ve gerçeklerin ya da bizim uygulamamızın ne olduğu hakkında daha az bir kuram olursa pozitivism için daha fazla sorun yaratacağını ileri sürüyor. Ancak bizi böldüğünü düşündüğü konu –yasal uygulamamızın gerçekten ne olduğu– gerçekler hakkında sıradan türde bir tartışma değil. Pozitivistler ve ben kitaplarda ne dendiğini görmek için dikkatlice bakılarak ya da hâkimler için daha zeki anketler yaparak belirlenebilecek uygulama detayları hakkında tartışmıyoruz. Bu tür konular hakkında anlaşılamayabiliriz ancak bu anlaşmazlık temel değildir. Uygulamamızın neye geldiği hakkında, yani hangi uygulamanın felsefi anlatımının daha üstün olduğu hakkında, temel olarak anlaşamıyoruz. Dördüncü bölümün son kısmında, vatandaşlar arasında toplumlarının ahlakın neden gerçekten böyle olduğu hakkındaki tartışmanın neden bu karaktere sahip olduğunu ve neden bu tartışmaları sadece popüler ahlak hakkında, yani belli bireylerin sahip oldukları inançların istatistiksel fonksiyonları hakkında, tartışmalar olarak görmenin yanlış olacağını açıklamaya çalıştım. Eğer zıtlık üzerinde ısrar edersek, o zaman toplumsal ahlakın ne olduğu hakkındaki tartışmalar (yalnızca) gerçekçi olmaktansa kuralcıdır. Kitap avukatlar ve hâkimler arasında kurumsal tarihin bir konu üzerinde gerçekte ne olduğu hakkındaki tartışmalar hakkında aynı görüşü savunuyor. Kurumsal tarihte hangi ilklerin ‘gömülü’ olduğu sorusu (yalnızca) tarihsel olmaktansa kuralcıdır. Bütün olarak yasal uygulamamızın gerçekte ne olduğu sorusu da öyledir. Hukuk kuramları arasındaki rekabet, önceki daha ge-

nel olsa da, eşit korunma maddesi ya da ihmal kuramları arasındaki rekabetlerle aynı biçime sahiptir.

6. NICKEL VE MİYOPLUK

Profesör Nickel'in düşünceli makalesinde yasal haklar hakkında söylediklerinin çoğuna katılıyorum. Örneğin, Rawls'ın adalet kuramı üzerine bir makalede benim ahlak kuramında bütünlüğün 'yapısalcı' modeli dediğim anlatımımı kullanıyor.⁵⁸ Yapısalcı modelin, Rawls'ın yansıtıcı denge kavramını kullanımı için, 'doğal model dediğim' ve birçok eleştirmenin Rawls'ın argümanı ile varsayıldığını düşündüğü başka bir kuramın sağladığından daha iyi bir haklılaştırma sağladığını söyledim. Nickel yapısalcı modelin özel ahlaki mantık yürütme için iyi bir anlatım önerdiğini düşünmek için hiçbir neden temin etmediğime inanıyor ve ben katılıyorum. Gerçekten de, bütünlük kuramının herhangi bir biçiminin –yapısalcı ya da kuralcı modele bağlı ya da değil– bunun için yeterli olacağı konusunda emin değilim.

Nickel, bireylerin önemli siyasal haklarından belli durumlarda vazgeçilip geçilmemesine karar verirken, bu bireysel hakları bütün olarak toplumun 'haklarına' karşı dengelemenin uygun olduğu tanındık görüşüne karşı argümanım hakkında kuşkuludur. Toplumun, bireylerin haklarıyla çekişmeli olan, bu nasıl tanımlanabilirse tanımlansın, genel refahta marjinal iyileştirmelere hakkının olduğunu iddia etmez. Böyle bir hak fikrinin 'muhafazakârın durumunun sade bir karikatürü' olduğunu söyler.⁵⁹ (Katılmıyorum – sanırım birçok muhafazakâr, elbette hiçbir bu toplum hakkının her zaman bütün bireysel hakları koz haline getirdiğini düşünmese de, sanki toplumun böyle bir hakkı varmış gibi konuştu.) Bununla birlikte, bireysel haklarla çekişen, bir toplum hakları fikrinin 'bireysel hakların alanını onları korumanın diğer değerler açısından oldukça pahalı olduğu durumlarda sınırlamak' için gerekli olduğunu düşünüyor görünüyor.⁶⁰ Ancak, kesinlikle söylemeyi isteyeceğimiz şeyin hepsini, kafa karıştırıcı bulduğum böyle bir toplumun hakları olduğu fikri olmadan söyleyebiliriz. Örne-

58) Bkz. 6. Bölüm.

59) Nickel, "Dworkin on the Nature and Consequences of Rights", 11, *Ga. L. Rev.* 1115, 1137 (1977).

60) *A.g.e.*

ğin, Nickel adil bir seçimde çoğunluğun kendi adayını yerleştirme 'hakkı' olduğundan bahseder;⁶¹ ancak bu bir hak sorunu olduğu sürece çoğunluğu oluşturan bireylerin haklarının da bir sorunudur. Buna sadece bireylerin bu hakka sahip olduğu temeli ve koşulları belirtmek için, yani çoğunluğun üyesi olduklarında, bir çoğunluk hakkı diyoruz. Buna ek olarak, büyük bireysel hakların bile mutlak olmadığını ancak özellikle, oldukça dramatik olarak 'acil durumlar' dediğim, güçlü sonuç gözden geçirmelerine boyun eğeceklerini kabul ettim. Bireysel hakkı soyut bir hak olarak belirleyen ilke argümanının, daha somut durumlarda, örneğin sonucun ulusun savunma kapasitesini felce uğratacak hiç kimsenin düşündüğünü özgürce söylemeye hakkı olmadığı negatif ilke argümanlarını tanıması gerekir. Negatif ilke argümanını, ulusu oluşturan bireylerden ayrı düşünüldüğünde, ulusun konuşmak isteyenlerin haklarıyla rekabet halinde olan hakları olduğunu varsaymadan kabul edebilir ya da tartışabiliriz.

Nickel, aynı zamanda, eğer bir bireyin hükümetin onu yapmasının suç olacağı bir şeyden alıkoymasına siyasal bir hakkı varsa, o zaman bu kanunu ihlal etmek için siyasal bir hakkı vardır şeklindeki argümanım hakkında da kuşkuludur.⁶² Böyle bir durumda bir kişinin onu yapmanın kanuna aykırı olacağı bir şey yapmaya hakkı olup olmadığı sorusunun *alakalı* bile olmadığını düşünüyor gördüğümü söylüyor ve bunu sezgisel karşıtı bulunduğunu ve makul olmadığını söylüyor. Söz konusu makalede bir kişinin orada anlatılan uzun anlamda, ne siyasal hakkı olduğu sorusunu yapılması gereken doğru şeyin ne olduğu sorusundan ayırmaya dikkat ettim ve bir fiilin yasadışılığının kesinlikle ikinci soruyla *ilgili* olduğunu belirttim.⁶³ Ancak, hükümetin bir kişinin temel siyasal haklarını ihlal eden bir kanunu uygulamak için önceden bu kanunu kanunlaştırmaya olduğundan daha fazla haklılaştırması var mı? Konuyu ortaya koyma tarzıma belki bir nitelendirme yapılabilir de, olmadığını düşündüm ve hâlâ da olmadığını düşünüyorum. Bir kanunun kabul edilmiş olması nedeniyle çok kötü zararın verilebileceği koşulları hayal edebiliyorum –bir aciliyet ortaya çıkardı– eğer adaletsiz bir kanun zorlanmasaydı, eğer kanun, asla kabul edilmeseydi asla ortaya çıkmayacak bir aciliyet. Nickel böyle bir durumun kanun tarafından yapılan değişikliğin kesinlikle bu koşullarda kanunu ihlal etme somut hakkına karşı ahlaki olarak alakalı olacağında ve muhtemelen kesin bile

61) A.g.e.

62) A.g.e., 1140.

63) Bkz. 7. Bölüm.

olurdu, ısrar etmekte haklı olurdu. Elbette kalımdaki durum bu değildi ve bu durumun yakın gelecekte Birleşik Devletler’de oluşacağını varsaymak mantıksızdır. Aklımda bir kanun demokraside uygulanmadığında her zaman bir zarar verildiği popüler argümanı vardı. Bu nitelikte sınırlı bir zarar, eğer o kanun temel bir siyasal hakkı ihlal ettiğinden meşru değilse, bir kanunu ihlal etme siyasal hakkına karşı bir argüman sağlayamaz.

Nickel’in benim haklar teorime birincil itirazı haklı olarak ortaya atıldığı bu sorunlardan çok farklı. Benim olduğuna inandığı, herhangi bir siyasal hak lehine mevcut olan tek argümanın böyle bir hakkın eşit ilgi ve saygıya temel bir hak dediğim şeyi korumak için gerekli olduğu argümanı, inancı yüzünden endişeleniyor. “Sanırım burada Dworkin’in miyopluğu insan hakları konusunu tamamıyla siyasal eşitlik konusuyla eşit tutmasından kaynaklanıyor.”⁶⁴ Ortaya koyduğu iki konuyu bir kenara ayırmalıyız. Bireylerin vatandaşlarına karşı sahip oldukları haklar hakkında bir kuramın siyasal haklardan ayrı olarak eşit ilgi ve saygı hakkından çıktıklarının gösterilebileceğinden emin değil. Açıkça, bu makalenin daha önce tartıştığım, herhangi bir bireye ‘belli’ bir saygıyla davranılması hakkı alakalı bir hak olsa da asla gösterilebileceğini söylemedim. İkincisi, kendimin tanımasını istediğim bütün siyasal haklar kişisel ve harici tercihler arasında yaptığım ayırım yoluyla savunulabilir. Bir kez daha katılıyorum. Yakın zamanda yazılmış bir makalede eşit ilgi ve saygıya temel hakkın nasıl, örneğin, ekonomik haklara boyun eğdiğini göstermeye çalıştım ve oradaki argüman bu ayrımı hiç kullanmaz.⁶⁵

Nickel’in daha temel ve önemli eleştirisi benim miyopluğum hakkındaki ileri sürülen eleştiridir. Benim haklar tezimin bir demokraside çoğunluğa karşı olması gerektiğini hissettiğimiz haklara çok fazla bağlı olduğundan ve bizim sezgisel olarak herhangi bir hükümet şekline karşı olması gerektiğini hissettiğimiz, örneğin işkence edilmeme hakkı gibi hakları bütünüyle göz ardı ettiğinden endişe ediyor. Elbette, eğer herhangi birine işkence yapıyorsa ve eşit olarak işkence yapıyorsa bir hükümetin temel insan haklarına saygı gösterdiği söylenemez. Bununla beraber, eğer sadece bazılarını işkence yapıyorsa itirazımız bir ayrımcılığa karşı bir itiraz değildir; durumun daha fazla işkence yapılarak iyileştirilebileceğine inanmıyoruzdur.

64) Nickel, 1129.

65) Bkz. S. Hampshire (yay. haz.), *Public and Private Morality* içinde Dworkin, “Liberalizm” (1978).

Bununla beraber, insanların iyi nedenlerden dolayı bile işkence görmeye hakları olduğu inancımızın sonuçta eşitliğin bir çeşidinden türediği inancımız bana pek açık gelmiyor. Ancak bu yargıyı savunmaya çalışmadan önce, kaydı daha açık yapmak için bile olsa, belli radikal haklar lehine yaptığım argümanların herhangi birinin lehine başarılı olabilecek tek argüman olduğunu asla iddia etmediğimi tekrarlamak istiyorum. Kitabın Giriş'indeki ve 12. Bölümü'ndeki iddiayı reddetmek konusunda dikkatliyim:

Sorunu bu kadar belirsiz ortaya koydum çünkü önceden bu ahlaki pozisyonu sadece bir çeşit gerekçenin destekleyeceğini varsaymak için hiçbir neden yok. Adil bir toplum, bazıları diğerlerinden çok farklı türde ahlaki gözden geçirmelerde temellenen çeşitli bireysel hakları tanıyor olabilir. Bu bölümün geri kalanında haklar için tek bir olası gerekçe tanımlamaya çalışacağım. Bundan sivil toplumdaki erkek ve kadınların sadece benim yapacağım argümanın destekleyeceği haklara sahip olduğu çıkmaz; ancak en azından bu haklara sahip oldukları çıkar ve bu da yeteri kadar önemlidir.

Burada [Nickel'in tartıştığı bölümde] dediklerimi, yani ne orada tanımlanan haklar ne de bu hakları savunmak için kullanılan metodun diğer hakları ya da diğer argüman metodlarını dışarıda bırakıcı olmasını amaçladığını tekrarlamak akıllıcadır. Genel haklar kuramı, her biri normal olarak siyasal bir karar için haklılaştırma sağlayan kolektif bir amacın neden bireyin belli bir dezavantajını haklılaştırmadığına bir neden sağlayacak kadar verimli olan, çeşitli argümanlar olmasına izin verir.

Kitap, yine de, siyasal haklar için belli hakların eşit ilgi ve saygı soyut hakkından türemesi olan temel ve belli olarak alınan, beğenilen türde bir argüman ileri sürer.

Bu soyut hak görevlilerin ve görevlileri kontrol edenlerin vatandaşlar arasında bir gruptan yana diğerini eşit ilgi ve saygıdan mahrum edecek şekilde ayırım yapmamasını gerektirir. Bu çok soyut bir taleptir ve bahsettiğim yakın dönem makalede, farklı saygı anlayışlarında, soyut ilkenin daha somut durumlarda ne gerektirdiğini göstermeye çalıştım. Bir demokraside temel talebin bu ayrımcı olmayan yönü çok önemli olacak. Ancak elbette eşit ilgi ve saygı ilkesinin görevliler ve onları kontrol edenlerin vatandaşlara kendilerine gösterdikleri eşit ilgi ve saygıyla davranmalarını gerektirir ve totaliter devletlerde ilkenin bu yönü daha da önemli olacaktır. Bu durumda eşitlik göndermesinin prensipte gereksiz ve hatta kafa karıştırıcı olduğu söylenebilir; görevlilerin bütün vatandaşlara eşit ilgi ve saygıyla ya da işkence olmadan yaşayacak özerk insanlar olarak davranmaları gerektiğini söylemek daha iyi olacaktır. Belki de ancak eşitlik ilkesi saygı

ve özerklik kavramları için içerik ileri sürmek için amaçlanmıştır: İktidar-dakilerin diğerlerine, mazoşist bir zorba kendisiyle birlikte herkese işkence yapabilsin diye onlara sadece kendilerine aldıkları aynı malları ve fırsat-ları sağladığı anlamda değil, ancak mümkün olduğu kadarıyla her bir kişi-nin o kişinin hırsları ve değerleriyle tanımlanan durumunu görmek için, tıpkı bireysel farkındalık ve bu nedenle öznel kimlik için gerekli olan ken-disini bir varlık olarak kavramak için kendi durumunu kendi hırsları ve değerleri yoluyla görmesi gerektiği gibi, çaba göstermenin daha temel bir anlamında davranmaları gerekmektedir.⁶⁶ Şimdi eşitlik kavramının nor-malde sahip olduğunun düşünüldüğü alanın dışında güce sahip olduğunu düşündüğüm bu muhtemelen kafa karıştırıcı anlamda, eğer iddialarımı az önce alıntı yaptığım girişte yapılanların ötesindeki temel ilke lehine yaymayı diliyorsam, elbette böyle yapmam gerekse de, iyileşemem. Şimdi, sadece işkencenin yanlış olduğu inancımızın arkasında bile eşitlik kav-ramlarını bulmanın absürd olmayabileceğini söylemek istiyorum.

Burası Nickel'in yapmadığı ancak diğerlerinin yaptığı bir yanlış yorum-lamadan bahsetmek için uygun bir yer. Dokuzuncu ve on ikinci bölümler-de, kişisel ve harici tercih ayrımını kullanarak, kendimi bu tür tercihlere bağlı olmayan her faydacı argüman tarafından zorla kabul ettirilen her siyasal kararı desteklemeye adayayım diye, yaptığım argümanların fayda-cılığın harici tercihlerden temizlenmiş genel bir somutlaştırmasını oluşturu-ğunu söylüyorlar. Metnimde bu durum için bir destek bulmuyorum, böyle bir fikre sahip değilim. Argümanların kısıtlanmamış bir faydacılık lehine değil, kısıtlanmış bir faydacılığa karşı argümanlar. Faydacı bir argü-manın eğer harici tercihlere dayanıyorsa iyi bir argüman olamayacağını öne sürüyorum;⁶⁷ ancak bundan sadece dayanmadığı için faydacı bir argü-manın iyi olduğu çıkmaz. Faydacı argümanlar da dahil değiş tokuş argü-manlarının siyasal kuramda, toplam keyif kendi içinde bir mal olduğu için değil ancak sadece ve eşitlik hizmetinde kararlar oldukları sürece ve bu nedenle önemli bir yeri olduğunu düşünüyorum; ve "Liberalizm"de⁶⁸

66) Ayrıca bkz. P. Laslett and W. Runciman (yay. haz.), *Philosophy, Politics and Society* (1962) içinde Williams, "The Idea of Equality"; B. Williams, *Problems of Self* (1973) içinde yeniden basıldı.

67) 12. Bölüm yazıldığından beri benim dışsal ve içsel tercihleri ayrımım gibi bir şeyi, ekonomide "Sen'in açmazı" (Sen's paradox) olarak adlandırılan şeyi önlemek için gerekli oldu-ğunu keşfettim. Bkz. Sen, "Liberty, Unanimity and Rights" 43 *Economica* 217 (1976) ve orada tartışılan yazın.

68) S. Hampshire (yay. haz.), *Public and Private Morality* (1978) içinde.

belirttiğim gibi faydacı argümanlar harici tercihlerden çok bağımsız olan gerekçeler nedeniyle eşitlikçi olmayabilirler.

Harici tercihlerin kendi içinde kötü olduğunu ve insanların onlara sahip olmamak için gayret etmelerini ve sahip olduklarını göz ardı ederek oy vermeleri gerektiğini savunuyor olarak –daha az makul bir şekilde bile– yorumlandım. Kişisel ve harici tercihler arasındaki ayrımı asla insanların nasıl hareket etmesi ve oy vermesi gerektiğini tanımlamak için kullanmadım. Hiçbir şey benim varsaydığımndan, insanların asla çocuklar, sevgililer, arkadaşlar ya da insanlık adına değil de sadece kendi çıkarlarına göre hareket etmeleri gerektiği, oylarının bencil çıkarları kadar adalet ideallerini ya da diğer mantıksal ideallerini temsil etmemesi gerektiği kavramından daha uzak olamaz. Ayrım tercihler arasında bir ayrımdır ve tercihler faydacılığının bir tartışması bağlamında yapılmıştır. Sadece siyasal kararların bir faydacı haklılaştırmasındaki, kötü niyetli ya da fedakâr, iyi ya da kötü olsun ya da olmasın hesaba katılan harici ilkelere karşı çıkıyorum. İnsanlar kaçınılmaz olarak çok çeşitli türde harici tercihlere sahip olacaklar ve kendi hayatlarında onlara göre hareket edecekler. İyi insanların iyi, kötülerin kötü harici tercihleri olacak. Harici tercihlerini oylayacaklar; örneğin kendi adalet kuramlarını paylaşan yasa koyuculara oy verecekler. Başka neden kime oy vereceklerine karar vermeleri gerekir ki? Ancak bu yasa koyucular seçildiğinde tercih faydacılığının kararları için nereye kadar bir haklılaştırma sağladığı, yani çoğunluğun belli bir durumun (çoğunluğun ne istediği seçiminden ayrı olarak) onu desteklemek için siyasal bir karar lehine bir argüman olarak nereye kadar sayıldığı hakkında kısıtlamalara maruz kalırlar. Bir çoğunluğun kişisel olarak bir spor stadyumunu bir opera binasına tercih ettiği gerçeği stadyum lehine bir argüman olarak sayılabilir. Çoğunluğun eşcinselliğin ahlaka aykırı ve çocuklara kötü davranmanın yanlış olduğunu düşündüğü gerçeği, bence, herhangi bir şey lehine bir argüman olarak alınmamalı, ancak elbette kötü davranmanın çocuklara zarar verdiği farklı gerçeği hesaba çok katılır.

Bu ayrım makul değil midir? Her birinde çok az engellinin kendilerini idare edemediği iki toplum düşünün. İkincisinde çoğunluk engellilerin sınıktısı hafifletileceği harici fedakâr ilkelere sahipken, birincisinde çoğunluk engellilerin kaderine ilgisiz. Siyasal hareketle engellilere yardım etmenin haklılaştırılmasının, eşit olmanın dışında, ikincisinin harekete geçecek olması daha muhtemel olsa da ikinci toplumda birinciden daha güçlü değildir. Umarım ikinci çoğunluğun inandığı adalet ilkesinin siyasal bir karar için iyi bir neden oluşturduğunu eklememe gerek yoktur. Nedeni

oluşturan, popüleritesinin gerçekliği değil, ilkenin sağlamlığı olduğundan, neden iki toplumda da eşit olarak güçlüdür.

Son olarak, *Zor Davalar*'daki, hâkimlerin davalara nasıl karar verdiği ve vermesi gerektiği hakkındaki tanımlamama Nickel tarafından yapılan alakasız bir itirazdan bahsetmek istiyorum. Süpermen becerileri olan ve bu nedenle çok hızlı çalışan Herkül, önceden, sonra belli zor davalarla yüzleşirken kullanacağı çok detaylı bütün bir siyasal kuram geliştirebilir. Daha sıradan hâkimlerin, işi sadece kendi daha kısıtlı becerileri ve zamanlarının tamamının kullanımının onlara izin verdiği kadar taşıyarak olsa da, aslında aynı şeyi yaptıklarını ileri sürmeyi kastetmiyorum.⁶⁹ Daha çok durumun gerektirdiği şekilde ve zamanda aynı işin çok küçük parçalarını, ürettikleri genel bir kuram değil de sadece en iyisinde genel bir kuramın cepleri ya da şüphesiz genelde olduğu gibi farklı kuramların ceplerini üretsinsinler diye yaptıklarını kastediyorum. Bunu bile yaparak sadece felsefenin formel eğitimine değil ancak daha genel bir planın haklılaştıracağı şeyin, sezgilerini gerçek ve varsayımsal durumlara karşı uygulamalarının sağladığı gibi bu tür bir savunma tecrübesiyle daha açık ifade edilen, sezgisel fikirlerine bağlı kalırlar. Felsefi açıdan sofistike bir satranç hakemini paralel durumunda söylediğim gibi, "bu elbette sadece hiçbir zaman gerçekleşmeyecek bir hesaplamanın hayali yeniden yapılanması; herhangi bir görevlinin oyunu anlayışı kariyeri süresince gelişmiş olacak ve yargılarındaki bu anlamı ifşa etmektense uygulamalıdır". Şimdi bunu tekrarlıyorum, çünkü Nickel'e ek olarak diğerleri tanımlamama adli kararların felsefi makaleler gibi yazılı olmadığı gerekçesiyle itiraz ettiler. Bazıları yazılıdır ve keşke daha fazlası yazılı olsaydı, ancak haklar tezinin adli bir kararın arakasında neyin yattığını anlamak için, modeli yüzeyde açık olduğu çok fazla fikrin arasında, bir model olarak akla yatkınlığını tehlikeye atmak istememeliyim.

7. MACKIE VE KAYGISIZ DAVRANMAK

John Mackie'nin hüküm verme kuramım⁷⁰ hakkındaki ana yorumları siyasal, ancak siyasal çekincelerini açıklamadan önce ona en azından benim görüşlerim açısından sorun olarak görünen şeyleri fark eder. Bun-

69) Bkz. Nickel, 1135.

70) J. L. Mackie, "The Third Theory of Law", *Phil. and Pub. Aff.*, c. 7, n. 1 (1977) s. 3.

ların bazıları diğerleri tarafından ortaya atıldı ve çoktan bu ekte ele alındı, ne var ki bir sorun sadece Mackie tarafından ortaya atıldı. Bu kitabın on üçüncü bölümünde belli durumlarda (karmaşık yasal sistemlerde çok nadir olması gerektiğini varsaydığım) bir taraf lehine argümanın diğeri lehine olan kadar iyi olabileceğini hesaba katıyorum. Bu tür durumları 'bağıntı' olarak adlandırıyorum. Mackie bağıntıların nadir olmasının gerektiği iddiamın çok basit bir 'ölçü' olarak adlandırdığına bağlı olduğunu ileri sürüyor. Tam olarak karşılıklı yerleştirilen iki ağırlık arasında sıradan bir denge olduğunu varsayar; öyle ki, eğer en küçük bir ek ağırlık her iki tarafa da eklenirse denge bozulacak ve teraziler yan yatacaktır. Ancak Mackie hiçbir doğru cevabı olmayan durumların kişinin iki taraf arasında, bu anlamda tamamıyla dengede olduklarından değil ancak durumların birbirlerine göre olmadığından, seçim yapamadığı durumlar olduğunu ileri sürüyor. Basımda bir sima benzerliği [*facial likeness*] örneği veriyor ancak doğrudan zor davalar hakkındaki husus, Mackie'nin konuşmada yaptığı gibi, daha güçlü belirtilebilir. Tanımladığım anlamda bir bağıntı sağlar görünen bir davayı hayal edelim. Zıt kararlar veren hukuk önermelerinin önceki yasaların ve emsallerin tam olarak yeterince iyi bir haklılaştırmasını önerdiğine inanıyoruz. Ancak şimdi bir kuramla haklılaştırılan ancak diğeriyle haklılaştırılmayan bir tane eski, önemli olmayan ve belirsiz bir emsale sahip olduğumuzu varsayın. Eğer iki kuram tam dengede olsaydı, yeni keşfedilen kuram, ne kadar belirsiz olsa da, kesinleştirici olmalıdır. Ancak aslında yeni keşfedilmiş bir emsal kurallar arasında seçilecek hiçbir şey olmadığı kanaatimizi etkilemeyebilir. Böyle bir durumun keşfinin çok fark yaratacağını söylemekte isteksiz olabiliriz. Eğer öyleyse, Mackie o zaman orijinal açmazın tam dengenin ya da bir eşitsizlik durumunun bir bağıntısı olmadığını ve benim tam bağıntıların nadir olduğu argümanlarımın eşitsizliklerin de nadir olmasını gerektiğini göstermediğini öne sürer.

Bununla beraber, Mackie'in argümanı kurumsal tarihi haklılaştıran kuramların benim önerdiğim anlatımdan iki şekilde farklı olan bir anlatımını varsayar. Birincisi, bu malzemenin daha büyük bir yüzdesini haklılaştırdığında –oldukça marjinal olarak daha büyük bir yüzdesini bile– bir grup malzemenin haklılaştırılmasının bir haklılaştırma olarak otomatikman daha iyi olduğunu varsayar. Neden böyle olması gerektiğine dair bir neden göremiyorum. İki kuram uygunluk boyutu dediğim şeye geldiğinde, çekişme hangisinin kurumsal tarihin ayrı parçalarının ne kadarını açıkladığı değildir. (Aslında böyle bir testin gerektireceği hiçbir tür tarih parça-

sının bireyselleştirilmesi ilkesine sahip değiliz. Karmaşık bir yasada kaç tane tarih parçası vardır? Çok taraflı karmaşık bir dava ya da bir grup davası daha basit bir davadan daha fazla parçayı mı hesaba katar?) Bu boyuttaki çekişme daha az kesin ve daha fazla bir nitelendirme sorunu olan bir ölçü sunar. İki kuramın her biri 'mantıklı olarak' uyabilir ancak 'büyük' emsaller 'yığını' o kadar da uymayabilir, ama yine de biri diğerine tercih edilebilir çünkü muhtemelen yakın dönem kararların 'trend'ini açıklıyor olarak görülebilir. Bu durumda her ikisinin haklılaştırması da sadece biriyle açıklanan ancak diğerleriyle açıklanmayan eski davaların birinin ya da diğerinin keşfedilmesiyle geliştirilmez. İkincisi, tanımladığım haklılaştırma kavramı uygunluk boyutunun herhangi bir gelişiminin otomatik olarak genel haklılaştırmada bir gelişim olduğunu sağlamaz. Sonunda yeterli hale gelecek herhangi bir kuramla karşılanması gereken bir uygunluk sınırını göz önünde bulundurun, ancak iki kuramın her biri bu sınırdaysa ikisinin arasındaki seçimin mantıksal ahlakla yönetileceğini savunur. (*Doğru Cevap Yoktur*'un⁷¹ yakın dönem genişletilmesinde bağınların nadir olacağı tezimin farklı ahlaki kuramların sıklıkla eşit olmadıkları kavramından farklı bir ahlak kuramını gerektirdiği sonucuna vardım).

Mackie'nin ana itirazı, söylediğim gibi, siyasal bir itiraz. Kısa bir kitap değerlendirmesinde belli Sivil Savaş öncesi kölelik davalarında (aklımda özellikle ilgili yürütme davaları vardı) argümanın üstün gelen tarafı, hâkimler karşıt karara varsa da, köle yakalayıcıları karşıtı ve sözde köleler lehine bir kararı haklılaştırdı. Mackie, hâkimlerin vardığı kararı haklılaştıracak, önerdiğim argüman biçimini izlemesi amaçlanan yasal bir argüman oluşturur ve iyyinin mantıklı hâkimlerinin onun argümanını da benimki kadar kolaylıkla kabul edebileceklerini söylüyor. Her iki argümanın da aslında eşit ağırlıkta olduğunu (sanırım) kastetmiyor. Şüphesiz, söz konusu davalar hakkında kendi argümanının aslında benimkinden daha iyi olduğunu düşünüyor. Ancak belirtmek istediği sadece bu sorulara karar vermesi gereken hâkimlerin benim argümanımı daha iyi bulduğunun kesin olmadığıdır, öyle ki okurlar önerdiğim hüküm verme metodunun gerekli olarak Birleşik Devletler'de ve Britanya'da bile daha çekici kararlar sağlayacağını düşünmemelidir.

Bu daha sınırlı iddiaya bile katılmakta isteksizim. Bu davalara karar veren hâkimler vatandaş olarak siyasal açıdan bağılıdır: İlke gerekçesiyle kölelik karşıtıydılar. Bu nedenle bireylerin hakları hakkında ve özel-

71) New York Üniversitesi Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak.

likle de siyahların hakları hakkında görüşleri vardı; bu sanırım, yasal argümanda bu tür ilkelerin uygun rolünü tanımış olsalardı, argümanımı yasal bir argüman olarak onların açısından tercih edilebilir yapmış olurdu. Tarihsel iddiam (değerlendirdiğim kitabın yazarı olan) Profesör Cover'la paylaştığım ancak Mackie'nin karşı çıktığı yasal bir pozisyon varsayar: İlgili süreç kölelik davalarının anayasal hazırlıklar ve yasaların sade anlamıyla önceden karar verilmeyen zor davalar olduğunu varsayar. Ancak, elbette hâkimler konunun böyle bir pozitif kanunla önceden çözümlendiğini düşündüyse, o zaman Mackie'nin onlar için oluşturduğu argümanlar üzerine de düşünmemiş olurlardı.

Bununla beraber, bu sadece belli tarihsel durumlar hakkında önemsiz bir tartışmadır ve Mackie'nin daha genel amacına dokunmaz. Bu, benim hüküm verme kuramımın hâkimlere pozitivizmin verdiğinden daha fazla siyasal bir güç verdiğine ve eğer sadece yasa koyucular ya da diğer görevlilerden hâkimlerin bu güce sahip olmasını istediğimize kanaat getirdiysek –ya da kanaat getirdiğimizde– benim kuramımı önermemiz gerektiğidir. Bu doğru mu? Mackie sıradaki cevabı vereceğimi tahmin ediyor: “Pozitivizm hâkimlere benim kuramımın verdiği kadar siyasal güç verir. Pozitivizm aynı zamanda kanunun belirlenmiş olduğu ve hâkimin kanunun öngördüğü şekilde karar vermeye bağlı olduğu kolay davalar ve hâkimin yasa koyucu bir takdirini uygulamakta serbest olduğu zor davalar arasındaki farkı tanır. Kuramım sadece hâkimlerin zor davalarda siyasal kararlar vermelerini önerir ve aynı zamanda pozitivizm de bunu önerir, çünkü bir yasama takdirinin uygulaması siyasal gücün uygulamasıdır.” Mackie önceden benim cevabımın başarısız olduğu cevabını verir çünkü kuramım pozitivizmin belirttiğinden daha fazla davayı zor dava olarak belirtir – belirlenmiş hukuk olarak alınan şeye meydan okumak için daha fazla alan bırakır. Burada argümanı sadece ilgili süreç kölelik davalarının belirlenmiş kanun tarafından yönetilmediği görüşümü alıntılamaktan oluşuyor. Bu noktada Mackie'nin kendisi sadece “(uygun) hazırlıkların ilgili süreci ihlal ettiğinin açık olmadığını” söyler. Bu, ihlal etmediklerinin açık olduğu anlamına gelmez. Ancak, bu durumda Cover ya da benden daha iyi bir Amerikan anayasal avukat olduğunu ve haklı olduğunu varsayın. Bundan sadece bizim hukuk analizimizde bir hata yaptığımız çıkar, benim hüküm verme kuramımın bir şekilde bu hatayı meşrulaştırdığı değil. Yasal tarihin de –örneğin Holmes gibi– kendileri pozitivist olan avukatların diğerlerini açıkça belirlenmiş olduğunu düşündüğü şeyi belirlenmiş bulmakta özellikle isteksiz olduğunu ileri sürmez.

Benim kuramımın daha fazla belirlenmiş kanuna meydan okunmasına izin verip vermediği aslında zor bir soru. Belli yargı dairelerinin doktrin ve uygulama detayına çok şey bağlıdır – örneğin, bunların istenmeyen emsallerin geçersiz kılınmasına izin verip vermediğine. Ancak Mackie olduğundan daha güçlü bir argüman oluşturabilirdi. Pozitivizmin zor davalarda ‘yeni kanun’ oluşturduğunda bir hâkimin diğer kurumlara daha saygılı olmasına izin verdiğini ve belki de böyle yapmasına cesaret verdiğini söyleyebilirdi. Pozitivizm hiçbir tarafın zor bir davada hiçbir belli karara hakkı olmadığını savunduğundan, pozitivist bir hâkim yasa koyucunun ya bir demokrasi kuramına bırakmakla ya da sorunsuz hükümet için varmış olacağını düşündüğü karara varma yönünde genel bir sorumluluğu kabul edebilir. (Kitap değerlendirmesinde Sivil Savaş öncesi hâkimlerin bu sorumluluğun bir hissinden etkilenmiş olabileceğini ileri sürdüm.) Diğer taraftan, benim hüküm verme kuramım tarafların zor davalarda hakları olduğunda ve bu hakları tanımlamaya çalışma görevini kabul eden bir hâkim, demokrasinin ya da etki hükümetin herhangi bir çekişen gözden geçirmesiyle, bu hakların ne olduğu kuramına karşı harekete geçirilemez. Böylece, Mackie, hâkimlerin siyasal kanaatlerinin benim kuramımda önemli olduğunu varsaymakta bundan dolayı haklı olabilir.

Ancak eş güçte iki düşünce vardır. Birincisi, yasa koyucunun ‘gerçekten’ niyetlendiğini ya da “eğer sorundan haberdar olsaydı yapmış olacağı”⁷² keşfediyormuş gibi görünme perdesi altında siyasal kanaatleri kararlara karıştırdıkları hem Britanyalı hem de Amerikalı hâkimlere karşı kötü tanınmış bir şikayettir. Bazı eleştirmenler bunun kasıtlı, diğerleri bilinçsiz olduğunu itham ederler. Aslında saygılı hâkimlerin yasa koyucu niyete ya da yasa koyucunun ne yapmış olacağı hakkında karşıt gerçeğe dayananlara başvurduğu birçok durumda bu sorulara doğru cevabı kararlaştırmakta başarılı olduklarını varsaymak aptalcadır, çünkü bulunabilecek hiçbir doğru cevap yoktur.

Bu ikiyüzlülük ya da kendini kandırma ithamları Mackie’nin benim kuramımın hukuka iki yüzlülük yaptığı kendi ithamı için yararlı bir kontrol sağlar. (Daha sonraki ithamın gerçekten ne anlama geldiğini bana açıkladığı için ona minnettarım. Göndermenin aynı zamanda mükemmel bir tutarlılıkta hem hızlı hem de ahlaksız olan kadınlara olduğunu düşünmüştüm.) Hâkimler gerçekte kendi kişisel kanaatlerini yasalaştırırken yasal konulara kararlı çözümler buluyormuş gibi yapacaklarından, kuramımın

72) Bkz. örneğin, Griffith, *The Politics of Judiciary* (1977).

aldatmacayı artıracaklarını düşünüyor. Elbette, bu suçlama benim önerilerimin kuramsal arka planının sağlam olup olmadığını ispat edilmiş farz eder. Eğer sağlamsa, o zaman hâkimler tarafların haklarını bulmak için ellerinden gelenin en iyisini *yapıyorlar* ve bir aldatmaca yok. Ancak benim kuramsal iddialarım savunulamaz olsa bile, eğer sahtekârlık varsa, diğer mahkemede görünüyor. Herkül, fikirlerinde, kararlarında siyasal ahlakın etkisini açıkça belirtiyor. Yasa koyucu niyete ya da diğer karşıt gerçeğe dayananlara başvuran pozitivistler kanaatlerinin etkisini sıklıkla saçmalıklarla dekore edilen bir paravanın arkasına saklarlar.

İkinci eş güçteki olgu imalarında daha karmaşıktır. Pozitivizm hâkimlerin, zor davalarda yeni kanun yapmak için takdir yetkilerini uygularken, ilke adına olduğu kadar politika adına da yeni kanun yapmakta serbest olduklarını savunur. Kuramım, hâkimlerin görevinin, zor davlarda bile tarafların haklarını tanımlamak olduğunu, bu davalarda hâkimlerin politika argümanlarına değil ilke argümanlarına başvurması gerektiğini savunan haklar tezini içerir. Bu ekin ikinci bölümü haklar tezinin uygulamada çok fark yaratıp yaratmadığı konusunu tartışır. Her zaman bir fark yaratacağını ve farkın derecesinin söz konusu kanunun alanına bağlı olacağını savunuyorum – özellikle de hâkim bu alanı oluşturan haklarla ilgili sonuca dayalı bir kurama sahipse. Bu konu şimdi alakalı, çünkü hâkimler (belli türde bir davranışın kamusal refaha zarar verdiği ya da daha fazla caydırma sağlamak için cezaların artırılmasının gerekmesi gibi) politika yargılarıyla yeni kanun oluşturmaya davet edildiklerinde, bireysel özgürlüklere yönelik riskler, topluluklarının vatandaşlarının sahip oldukları ahlaki ve siyasal hakları korumaları istendiğinde oluşan risklerden sanırım çok daha büyük. Önceki durumda risk, hâkimlerin bireysel özgürlüğü sıradan siyasal sürecin, kontrolleri ve uyuşukluklarıyla, yarımsız yapacağından daha büyük bir derecede kemirmesidir. Sonraki durumda risk, büyük ölçüde olumsuzdur: hâkimler sürecin henüz pozitif hukukta belirlemediği bireysel hakları tanımayı reddederek muhafazakâr olacak ve güçlerini siyasal kullanacaklarından daha az kullanacaklar. Bunlar genellemeler ve hiçbiri kaçınılmaz ya da mutlak olarak doğru değil. Sivil davalarda bile hâkimlerin mülkiyet haklarının yanlış bir anlamasını uygulayarak çok zarar verebileceği durumlar hayal etmek zor değil. Ancak haklar tezi Mackie'nin en azından benim kuramımla alakalı hale getirilen siyasal sorular listesine eklemesi gereken pratik bir soru ortaya koyar. Haklar tezini uygulayan hâkimlerin, siyasal kanaatleri muhafazakâr olduğunda, önemli derecede bireysel özgürlüğü kısıtlamasının, yasa koyucunun yaptığıının ötesinde, muhtemel olmadığını,

ancak kanaatleri liberal olduğunda kişisel özgürlüğü artıracaklarının doğru olduğunu varsayın. O zaman liberaller en azından bu tezin Mackie'nin numara oyunundan daha iyi bir bahis olduğunun farkına varacaklar.

8. RAZ VE HAKLARIN SIRADANLIĞI

Profesör Raz oldukça sıkıştırılmış olan makalesinde birçok konuyu ortaya atar.⁷³ Bunların birden fazlası bu ekte çoktan tartışıldı;⁷⁴ ancak ilgisini en çok verdiği konu tartışılmadı ve tartışması diğerlerinin de paylaşılabileceği önemli bir yanlış anlamayı ortaya koyuyor. Siyasal hak taleplerinin normalde kesin olan bir arka plan kolektif haklılaştırmayı koz haline getirecek talepler olarak fonksiyonel olduğu anlaşılmalıdır. Bu nedenle, hak taleplerinin siyasal gücü yapıldıkları siyasal toplumun genel yapısına bağlıdır. Özellikle de hangi tür kolektif siyasal haklılaştırmanın bu siyasal toplumda, ya var olduğu kadarıyla bu siyasal toplumun ortak ahlakında açıkça ya da temel yasal kurumlarının tasarlanmasında ima edilerek, genel bir arka plan olarak alındığına dayanır.

Çağdaş Birleşik Devletler'de ve Britanya'da, tercihlerin faydacı en üst düzeye çıkarılmasına bir başvuru olarak anlaşılan genel refaha bir başvuru, siyasal kararlar için bir haklılaştırma sağlar ve yasa koyucuların ve parlamentoların yapıları genel refahı belirlemek ve ona hizmet etmek için tasarlanmıştır. Böylece, siyasal bir hak talebi belli bir birey hesabına genel refaha baskın çıkmak için bir taleptir. Örneğin, birisi özgür konuşma

73) Raz, "Professor Dworkin's Theory of Rights", XXVI Political Studies 123 (1978).

74) Örneğin, harici ve kişisel tercihlerin bu tartışması için sayfa 360-1'e bakınız. Değerlendirmenin büyük çoğunluğu siyasal kuramdan farklı olarak hukukidir. Raz haklar tezinin 'içerikten yoksun' olduğunu savunur. Ancak bu ithamı benim haklar anlatımımın aşağıdaki metinde tartışılan yanlış yorumuna ve aynı zamanda bu ekin ikinci bölümünde uzunca tartışılan, eğer haklar bazen sonuçlar üzerineyse o zaman bütün sonuç argümanlarının haklar hakkında argümanlar olduğu varsayımına dayandırır. Benim 'muhafazakâr tezim' dediği (Mackie'nin her yasal kuramın radikal olduğu eleştirisinde yansıtılan yaygın tanımlamaya bir panzehir olarak hoşuma giden bir tanımlama) şeyi tartışması yasal haklar ve yasal hakların çekeşebileceği arka plan ahlaki haklar arasında yaptığım ayrımı ve bu ayrımın bir hâkimin ahlaki olmayan bir yasal sistemde sonunda ne yapması gerektiği sorusuna etkisini göz ardı eder. Benim hakkaniyet argümanıma ne ad verdiği tartışması için sayfa 322'ye bakınız. Hukuk önermelerinin bazen ahlak koşulları içerdiği iddiamı 'doğal hukuk tezi' olarak tanımlar. Ancak bu iddia lehine yaptığım birçok argümanı (2., 4. ve 13. bölümlerle bu ekin 3., 4. ve 5. bölümlerine bakınız) yanlış beyan eder ve karşıt iddiasını sadece, benim üçüncü bölümdeki bu cevabımın bir tartışması olmaksızın, önceki makalesine bir göndermeyle ve hukuki pozitivizmin oldukça basit bir versiyonunun sade beyanıyla savunur.

hakkı talep ettiğinde, genel refah onun konuşmasının engellenmesinden yararlanacak olsa bile, devletin onun bir konu hakkında konuşmasını yasaklamasının hatalı olacağını iddia eder. Bu talebin ikiyüzlü durumu önemlidir. Örneğin, işkenceye karşı bir haktan bahsettiğimizde işkencenin özel adaletsizliğini vurgularız, çünkü genel çıkar sağlasa da işkencenin yanlış olacağını iddia ederiz. Ancak, işkence sadece özel ya da yasal çıkarlara hizmet edecek olsa bile, işkence edilmeme hakkından bahsetmek uygundur. Bu sonraki durumda işkence *a fortiori* yanlıştır. Hak taleplerine, bu kitabın açıkça siyasal olan bölümlerinde, genel bir faydacı haklılaştırmaya baskın çıkma talepleri olarak özel bir yer veriyorum, çünkü genel kolektif haklılaştırmının faydacı olduğu toplumlardaki siyasal kararları tartışıyorum. Bireylerin sadece böyle bir toplumda hakları olduğunu kastetmiyorum. Genel arka plan haklılaştırmının devletin şerefine ya da gelişmiş askeri pozisyonuna ya da bir sınıfın zaferine ya da ulusun mutlak zenginliğine, her durumda kendisi için değer verilen bir amaç olarak, bir başvuruda olduğu siyasal bir toplum varsayın. Böyle bir toplumda hak iddialarının pratik gücü bireye dezavantaj getiren bir kararın, siyasal amaçları geliştirse bile, yanlış olduğu iddiasında oluşur. Bununla beraber, 12. Bölüm'ün argümanları hakların içeriğinin bile arka plan haklılaştırmayla ya da farklı arka plan haklılaştırmalar uygulamak için tasarlanan siyasal kurumların yapısıyla farklılık gösterebilir. Harici tercihleri siyasal sürecin dışında bırakan haklar, yasa koyucu yapısı faydacı bir arka plan haklılaştırma gerektiren ve üyelerinin başka yerde gerekli olmayacak önyargılara sahip olduğu, siyasal bir toplumda gerekli olabilir. Belli bir azınlığın üyelerinin böyle bir toplumda belli hakları (muhtemelen karma eğitim hakkı gibi) olduğu iddiası başka yerde pek de gerekli olarak mevcut olmayan özelliklere hitap edecek. Birçok hak evrenseldir, çünkü siyasal bir toplumda mantıklı olarak bulunması muhtemel her koşulda her kolektif haklılaştırmaya karşı olan bu haklar lehine argümanlar mevcuttur. Makul olarak insan hakları denebilecek haklar bunlardır.

Raz haklar tezi fikrinin hakların sayısını grotesk bir biçimde şişirmek ve bir hakka başvuruyu sıradan kılmak için koz olarak böyle bir şekilde kullanılabileceğini belirtiyor. Bu kesinlikle mümkün – bir kişinin, eğer dezavantajı bu dezavantajı savunmak için diğer *herhangi bir* tür nedenden daha güçlü bir neden sağlarsa, bir hakka sahip olduğunun söylenebileceği koşulunu öne sürebiliriz. Birçok hak (bu durumda) ne olursa olsun hiçbir pratik önemde olmazdı. Sonra önemli kolektif haklılaştırmaların üzerinde kozlar olarak yeni bir haklar kavramına ihtiyaç duymalıyız, be-

nim ilk anda önerdiğim budur. Eğer ona talep ettiğini verme nedenleri normalde bir karar için tam bir siyasal haklılaştırma sağlayan kolektif bir haklılaştırmadan daha güçlü değilse, hiç kimsenin (benim hesabımda) siyasal bir hakkı yoktur. Bir kişinin şamfıstıklı dondurma güçlü tercihi aslında toplumun şamfıstığı üretmesi için nedendir ve şamfıstığı üretmek için bulunabilecek ya da uydurulabilecek diğer nedenlerden daha güçlü bir nedendir – başka birinin vanilyayı hafif tercihi gibi. Ancak şamfıstığına sahip olma hakkından (ya da güçlü tercihlere hizmet edilmesi daha genel hakkından) bahsetmek, eğer bu tercih, vanilya üretmekle toplumun *kolektif* tercihlerine daha iyi hizmet edilecek olsa bile, şamfıstığı üretmek için bir neden sağladığını kastetmiyorsak, anlamsızdır. ‘Yanlış’tansa ‘anlamsız’ diyorum çünkü benim haklar anlatımımın günlük dili tamamen ya da bütünüyle yakaladığını (söylemekte dikkatli olduğum gibi) iddia ediyorum. Anlatımım bu anlamda bir şart koşmadır. (Kesinlikle, Raz’ın bazen bir haklar kuramının olabileceğini ileri sürdüğü gibi, ampirik bir keşif değildir.) Ancak siyasal kuramda ayrıca önemli olan bir fikri – bireyin kolektif olarak haklılaştırılan kararlarını erteleme fikrini – beyan eden bir şart koşmadır (ya da ben öyle düşünüyorum). Aynı zamanda Amerikan anayasal uygulamasında kullanılan bireysel haklar fikrini taşıyan bir şart koşmadır.

Burada (bu sadece kitapta açık olanı tekrarlasa da) önerdiğim haklar kuramının bazı hakların diğerlerinden daha önemli olduğunu reddetmediğini eklemeliyim. Hiçbir sözde hak genel kolektif haklılaştırmanın en azından bir marjinal durumunu çığnemezse (bence) bir hak değildir; ancak bir hak, eğer sınırın üzerinde özellikle yararlı ya da acil bir kolektif haklılaştırma öncekini değil de sonrakini mağlup edecekse, diğerinden daha önemlidir.

Raz’ın yanlış anlaması ‘refah hakları’ dediği şeyin tartışmasında karışıklık yaratır. İnsanların refaha hakları olduğunu reddettiğimi ve bunun birçok insanın düşündüğünün tersi olduğunu söyler. Ancak refah talepleri kategorisinin altına çok farklı türde talepler ekler. Önerdiğim haklar anlatımından aslında bunun, genel arka plan haklılaştırması faydacı olan bir toplumda, bir kişinin sadece bu genel arka plan haklılaştırmanın önerdiği düzeye hakkı olduğunu söylemek için olduğu çıkar. Aptalcadır, çünkü bu varsayılan hak kolektif hakka üstün gelme değil, sadece onu onaylama işlevini görür. Herhangi bir bireysel haklar fikrinden yardım almadan kolektif haklılaştırmanın sağlayacağından daha fazlasını amaçlamaz. Ancak faydacılığın önerdiği bir refah hakkı talebinin, askeri gücün ya da ulusal şerefın kendi hatırına haklılaştırılması gibi, diğer bir arka plan ko-

lektif haklılaştırmaya karşı yapıldığını varsayın. Şimdi talep kuramın tasarladığı türde bir hakkın talebi olarak sayılmak için çok güçlüdür. Yerindeki kolektif arka plan haklılaştırmanın, sadece belli fırsatlarda koz olarak haklara boyun eğmesini değil, faydacılık tarafından imha edilmesi ve faydacılıkla yer değiştirmesi gerektiğini savunur. Bir kez, bireyleri faydacı haklılaştırmanın önereceği herhangi bir refahtan mahrum etmenin yanlış olduğu fikri tanınırsa, askeri gücün ya da ulusal savaşın kendi hatırları için meydan okunan amaçlarına hiçbir yer kalmaz. Bu nedenle, böyle bir hakkı talep eden bir hak fikrini benim önerdiğim şekilde kullanmıyordur ve demek istediğini (Bentham'ın ısrar ettiği gibi) haklar tezini tamamen göz ardı ederek daha basitçe belirtebilir.

Bununla beraber, Raz 'refah hakları'ndan bahsettiğinde aklında sadece sözde bir arka plan faydacı haklılaştırmanın isteyeceği herhangi bir refah düzeyi hakkı yoktur. Aklında, aynı zamanda bir kişinin (ya da grubun) belli bir minimum refah düzeyine hakkı olduğu iddiası da vardır; ya da en iyi durumda olan kişinin (ya da grubun) refahının belli bir parçasından daha azına hakkı olmadığı; ya da, muhtemelen, tamamen herhangi bir kişinin (ya da grubun) sahip olduğu kadar refaha hakkı olduğu iddiası vardır. Ancak bu popüler iddialar bir kişinin ya da bir grubun genel bir kolektif haklılaştırma tarafından istenen refaha hakkı olduğu iddiasından çok farklıdır. Örneğin, bir kişinin minimum refah düzeyine hakkı olduğu iddiası kolaylıkla, hükümetin belli bireylerin, grupların ya da ailelerin minimum refah düzeyinin altına düştüğü bir ekonomik sistemi, bu ekonomik sistem diğer herhangi bir sistemden daha yüksek ortalama yarar (daha büyük genel kolektif refah) sağlasa bile, sürdürmesinin yanlış olduğu iddiası olarak anlaşılabilir. Sanırım, diğer taraftan bu tür bir refah 'hakkı' tartışıldığında tehlikeye atılanın tamamıyla minimum refah düzeyleri ve genel kolektif refah arasındaki çekişmenin olduğunu açıkça göstermesi bu anlatımın bir faydasıdır.

Raz bu kitabın önceki bölümlerinde varsayılan ve 12. Bölüm'de ileri sürülen siyasal kuram arasında önemli bir değişim olduğuna inanıyor. Önceki bölümler, şimdi savunduğum, hakların kolektif refaha başvuran bir arka plan haklılaştırmada koz olarak rol oynadıkları haklar anlatımını varsayar. 12. Bölüm'de belli haklar ve kolektif refah arasındaki bu husumetin ortadan kaybolduğunu söyler, çünkü hem belli haklar hem de kolektif refah, benim siyasal bir toplumun üyelerinin hepsinin eşit davranılma hakkı dediğim, çok genel bir hakkın sonuçları olarak görülürler. Ancak burada bir tutarsızlık yoktur.

Belli siyasal haklar, az önce söylediğim gibi, bu hakların siyasal süreçteki rolüne katılarak fonksiyonel olarak anlaşılabilir. Bu rol bizim siyasal toplumumuzda haklara başvurular ve genel refaha başvurular arasında bir husumet varsayar. Ancak bu tanımlama sıradaki önemli soruyu ortaya atar. Siyasal argüman düzeyindeki bu husumet daha temel düzeyde bir derin husumeti mi yansıtır? Belli haklar, bireysel itibar ya da özerklik fikri gibi, derin bir siyasal ideali ve çekişen refah, zevkin kendi içinde iyi olduğu fikri gibi, *diğer bir* ve çekişen bir ideali mi yansıtıyor? Eğer öyleyse, siyasal kuram (ya da en azından bizimki gibi hem haklara hem de kolektif refaha hitap eden kurumları haklılaştırmak için gerekli olacak siyasal kuram) temel bir düzeyde çoğulcudur. Ya da, diğer taraftan haklar ve kolektif refah arasındaki yüzeysel husumet daha derin bir düzeyde bütünlüklü olan bir siyasal kuramın ürünü müdür? 12. Bölüm ve hem Giriş'in hem de bu ekin bölümleri sonraki hipotezi destekler ve benim çoktan gönderme yaptığım daha sonraki bir makalede (*Liberalizm*) daha fazla desteklenir. Belli siyasal hakların ve kolektif refah fikrinin ve bunların siyasal tartışma düzeyinde karşıt taraflar olarak rol oynamasının hepsi bir eşitler toplumu olarak siyasal bir toplum idealinin sonuçları olduğunu ileri sürüyorum. Bir eşit olarak eşit ilgi ve saygıyla davranılma 'hak'ından bahsettim, ancak aynı zamanda bunun "sınırlayıcı durumun haricinde kolektif amaçların üzerinde koz olan hakların genel ayırıcı niteliğiyle yakalanamayacak bir hak olduğunu, çünkü hem kolektif amaçların genel otoritesini hem de daha fazla belli hakkı haklılaştıran otoritelerinin üzerindeki özel kısıtlamaların kaynağı olduğunu" belirttim. Bununla beraber, Raz'ın yorumları eşit olarak davranılma fikrinden bir 'hak' olarak bahsetmenin yanıltıcı olduğunu ileri sürer.

Raz'ın, bir hak olarak tanımlansın ya da tanımlanmasın, eşit olarak davranılma fikrinin içeriği hakkında söyleyecek bir şeyi var. Profesör Benn'i⁷⁵ izleyerek bu fikrin eşitliğe hiç de hitap etmediğini söyler. (Daha önce bu öneriden bahsettim ve hakkında yorum yaptım.) Aynı zamanda, katkı sağlamanın çok farklı modelleriyle tutarlı olduğundan, fikrin boş olduğunu da söyler. Ancak bu iki yönden bir hatadır. Birincisi, soyut bir beyan olarak bile bir hükümetin üzerinde otorite iddia ettiklerine eşit ilgi ve saygıyla davranması gerektiği önermesinin boş olmadığıdır, çünkü eskiden baskın olan ve hâlâ bazı çevrelerde popüler olan siyasal pozisyon-

75) Bkz. Pennock and Chapman (yay. haz.), *Nomos IX: Equality* (1967) içinde Benn, "Egalitarianism and Equal Consideration of Interests", s. 66-7.

ları içerir. İkincisi, Raz'ın suçlamasının dayandığı çıkarım –eğer soyut bir kavramın iki farklı anlayışının her biri makul bir biçimde sürdürülebilirse, o zaman soyut kavramın bunların ikisini de önermez– soyut kavramların siyasal kuram ve tartışmadaki rolünü yanlış anlamaktadır. *Liberalizm*'de, her birinin farklı bir soyut eşitlik istemi anlayışını temsil ettiği görüldüğünde, en popüler siyasal pozisyonların anlaşılabilirliğini ve aralarındaki önemli ayrımların fark edilebileceğini savunuyorum. Bu farklı anlayışların yarıştığı doğrudur, çünkü başka şeylerin yanı sıra ekonomik dağıtımın farklı planlarını önerirler. Ancak bundan, bir anlayışın, anlayış olarak diğerlerinden üstün olamayacağı nadiren çıkar.

İsim Dizini

- Agnew, S. 247-248.
Albert, R. 63.
Ali, Muhammed 228.
Austin, John 12, 22, 39, 41-43, 45-46, 55, 68, 74.
Austin, J. L. 29.

Beale, Joseph 38.
Bentham, Jeremy 10-12, 14, 22, 107, 172, 224, 278-280, 289, 309, 313, 316, 320, 322, 371, 380.
Berlin, I. 315-317.
Bickel, A. 182, 183-186, 188, 276.
Blackstone, W. 38.
Brandeis, L. 155, 185, 200.
Brandt, R. 130.
Burke, E. 13, 185.

Cardozo, B. 152, 154.
Carrio, G. 74, 95.
Carswell, H. 167.
Christie, G. 74.

Coase, R. 28, 131, 133, 375-376.
Coffin, W. S. 250, 253, 267.
Cohen, Felix 24.
Cohen, Morris 24.
Coleridge, S. T. 309, 313-314.

DeFunis, M. 268-275, 277-279.
Devlin, Lord 212, 288-290, 292-294, 302-313, 319-323.
Douglas, W. O. 149, 270.

Feinberg, J. 199.
Ferber, M. 250, 264.
Frank, Jerome 24.
Frankfurter, F. 48, 158, 185.
Friday, H. 167.
Fuller, L. 24.

Gallie, W. 138.
Goodman, M. 250, 264.
Gray, John Chipman 23.
Gross, H. 74.

- Hall, Jerome 30-31.
 Hand, L. 133, 147, 149, 192, 197, 199, 252, 359, 373.
 Hare, R. 203.
 Hart, H. 24, 27.
 Hart, H. L. A. 12, 28-35, 40, 42-46, 54-55, 59-62, 66-70, 74-75, 77-80, 82-83, 85-86, 88-95, 97, 103, 147, 291-292, 343, 353-354, 391, 418, 420-421, 423-424.
 Hayek, F. 13, 308.
 Haynesworth, C. 167.
 Herkül 141-166, 332, 359, 373, 418, 423.
 Himmelfarb, G. 308-314.
 Holmes, O. W. 23, 33, 39, 177, 182, 237, 255, 392, 404, 419.
 Honoré, A. M. 28.
 Jefferson, T. 315-316.
 Kant, I. 211-212, 215, 241, 367.
 Kendall, W. 308.
 Laing, R. 321.
 Lasswell, H. 24.
 Lilly, M. 167.
 Llewelyn, K. 24.
 Lowell, A. L. 276-277.
 MacCallum, G. 74, 100, 427.
 Mackie, J. 214, 406, 416, 422, 424-427.
 Marcuse, H. 311.
 Marshall, J. 180.
 Marx, K. 248.
 McDougal, Myers 24.
 Mill, J. 312.
 Mill, J. S. 222, 282, 289, 308-314, 326.
 Nagel, S. 26.
 Nixon, R. 167-170, 175, 177-179, 186-187, 225.
 Paine, T. 211.
 Posner, R. 28, 131-132.
 Pound, R. 24, 65.
 Powell, L. 167.
 Pritchett, C. H. 26.
 Probert, W. 74.
 Quine, W. V. 204.
 Raskin, M. 250, 264.
 Rawls, J. 16, 19, 55, 121, 188-190, 193-199, 203-209, 211, 213-220, 222, 283, 377, 410.
 Raz, J. 74, 95-96, 100-113, 385, 422-427.
 Rehnquist, W. 167.
 Rostow, E. W. 303.
 Sachs, A. 12, 24, 27.
 Sartorius, R. 74, 88, 90, 96-97, 396.
 Schubert, G. 26.
 Shockley, W. 311.
 Sidgwick, H. 214.
 Spock, B. 250, 253, 264.
 Stephen, J. F. 308.
 Sturges, W. 24.
 Tapper, C. 74.
 Taylor, H. 308-309.
 Warren, E. 155, 200.
 Wechsler, H. 201.
 Wellington, H. H. 63.

